

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General”.  
*Polít. crim.* n° 1, D2, p. 1-223.

**MATERIALES DE DISCUSIÓN PRESENTADOS A LA COMISIÓN FORO PENAL  
PARTE GENERAL**

Versión refundida de los materiales de discusión de las unidades 1 a 5,  
con las observaciones recibidas y las conclusiones arribadas en las sesiones de la  
Secretaría Técnica y del Foro Penal

Elaborado por Jean Pierre Matus Acuña y Héctor Hernández Basualto  
Secretaría Técnica.

## 1. INTRODUCCIÓN

### **Tema 1. El método de trabajo**

En conformidad a lo dispuesto en el Dcto. Núm. 443 del Ministerio de Justicia, de 12 de junio de 2003 (DOF 4.7.2003), que crea la “Comisión de estudio para la elaboración de un anteproyecto de Código Penal o Comisión Foro Penal”, y a la Res. Exta. 1785, de 17 de Junio de 2003, la Secretaría Técnica del Foro Penal organizó los trabajos de la Comisión en Unidades temáticas, cuya mecánica de discusión, en orden a facilitar la participación en ellos de todos los miembros e invitados del Foro, fue la siguiente:

- a) Distribución a todos los miembros del Foro de los llamados “Materiales de Discusión”, que contenían el texto propuesto por la Secretaría Técnica y sus fundamentos;
- b) Otorgamiento de un plazo razonable a los miembros del Foro Penal para formular observaciones y sugerencias al texto propuesto por la Secretaria Técnica;
- c) Compilación de dichas observaciones en un documento que permitiera su discusión entre los miembros de la Secretaría Técnica, quienes hicieron las observaciones y los miembros del Comité Directivo del Foro Penal;
- d) Celebración de reuniones de trabajo entre los antes mencionados, para revisar los textos propuestos y las observaciones recibidas, para concordar el texto que en definitiva sería propuesto a la sesión plenaria del Foro Penal;
- e) Sesiones plenarias del Foro Penal, donde se expusieron los textos concordados en las reuniones de trabajo y se aprobaron, con las modificaciones que se estimaron necesarias, las normas que se incorporan a la Parte General del Borrador de Nuevo Código Penal. Se realizaron seis sesiones plenarias, una por cada Unidad Temática, más una última adicional, correspondiente a la segunda parte de la Unidad N° 5.
- f) Aprobadas las normas correspondientes a las cinco Unidades Temáticas de la Parte General, la Secretaría Técnica elaboró un texto refundido de las mismas, para efectos de darles su numeración y ubicación definitiva, conforme a los acuerdos del Foro, texto que nuevamente fue puesto a disposición de los miembros del Foro para que hicieran las observaciones que estimasen pertinentes, particularmente para salvar errores de estilo y de concordancia derivados de la tarea de reunir en un solo texto normas aprobadas en Unidades Temáticas separadas.
- g) Las observaciones recibidas sobre el texto refundido y el propio texto, fueron nuevamente revisadas por la Secretaría Técnica, resultando de dicha revisión el texto que se acompaña a este Compendio, como Parte General del Borrador de Nuevo Código Penal.

### **Tema 2. El texto de la Parte General del Borrador de Nuevo Código Penal**

Producto de la revisión practicada en la forma descrita anteriormente, el texto de La Parte General del Borrador de Nuevo Código Penal comprende los textos aprobados por la

Comisión Foro Penal en las seis Sesiones Plenarias realizadas durante el año 2003 (que pueden consultarse, por Unidades Temáticas, en las respectivas secciones de estos Materiales), respecto de los cuales se practicaron las modificaciones de carácter formal y de numeración.

#### A. Modificaciones formales de carácter general

Tomando en cuenta las observaciones recibidas y la propia revisión de la Secretaría Técnica, se realizaron los siguientes cambios formales generales a los textos aprobados en las respectivas Sesiones Plenarias:

- a) Uniformar el sistema de enumeración de requisitos, causales, circunstancias, reglas, obligaciones, etc.;
- b) Uniformar la designación “tribunal” en vez de “juez” u otras; la expresión “comisión”, en vez de “perpetración”, “realización”, “ejecución”, etc., salvo en casos excepcionales (i.e., art. 45); “ejecutoria” o “sentencia firme” por “sentencia ejecutoriada”; las expresiones “crimen o simple delito” por “delito”, cuando la distinción carece de efectos, etc.
- d) Uniformar los tiempos verbales<sup>1</sup>;
- e) Correcciones gramaticales, puntuación y ortografía<sup>2</sup>;
- f) Correcciones de referencias.

#### B.

#### C. Tablas

##### a) *Tabla de artículos modificados, suprimidos o refundidos en el período de revisión, ordenados por Unidades Temáticas*

Unidad / Artículo aprobado	Modificación
Unidad 1 (Efectos de la ley)	<b>Modificación general:</b> se cambia su ubicación sistemática, pasando de ser párrafo 1 del Título I a Título III del Libro Primero <sup>3</sup> .
Arts. 1º, 2º, 6º y 7º	Además de los cambios formales generales, se cambian las voces “país” por “Estado” y se practican otras modificaciones de estilo en los números 3º, 5º y 11 del art. 6º, y al art. 7º.

<sup>1</sup> Sugerencia de la Prof. Silvia Peña, en el período de revisión del texto refundido.

<sup>2</sup> Buena parte de estas correcciones se hicieron siguiendo las sugerencias que al texto refundido hicieron los Profs. Pedro Doren y Silvia Peña, aparte de la propia revisión de la Secretaría Técnica.

<sup>3</sup> La numeración y ubicación sistemática de las materias tratadas en esta Unidad fueron alteradas al discutirse la Unidad 2, transformándose en párrafo que aquí aparece como 1, en el Título II del Libro I, y alterándose consecuentemente la numeración de los artículos aprobados, como aparece en el texto de la Parte General que encabeza estos materiales.

**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

Art. 3°	Se mejora la redacción, sin alterar el sentido, eliminándose la doble referencia a la ley derogatoria.
<b>Unidad 2 (Del delito y los fundamentos de la responsabilidad penal)</b>	<b>General:</b> se cambia su ubicación sistemática, pasando de ser Título I del Libro Primero.
Art. 4°	Para no introducir en este párrafo normas sobre determinación de la pena, el efecto del error de prohibición evitable aprobado por el Foro se regula en el Título IV, agregándose aquí únicamente la referencia.
Art. 5°, N° 5, circunstancia <i>cuarta</i>	Se practica una modificación de estilo.
<b>Unidad 3 (Iter criminis)</b>	
Art. 6°	Salvo la ubicación y las correcciones formales generales correspondientes, no se hicieron cambios al texto aprobado por el Foro.
<b>Unidad 4 (Autoría y participación)</b>	
Arts. 9° a 12.	Salvo las correcciones formales generales correspondientes, no se hicieron cambios al texto aprobado por el Foro.
<b>Unidad 5 (Circunstancias, concursos, penas, extinción de la responsabilidad penal)</b>	<b>General:</b> En la mayor parte de las normas aprobadas se practican correcciones de estilo no mencionadas en las de carácter general, sin alterar su sentido, particularmente en los arts. 30, 31, 34, 41, 46, 55, 64, etc.
Arts. 7° y 8° (circunstancias atenuantes y agravantes)	Además de las correcciones formales generales, se corrigió el estilo de las formas verbales de las circunstancias 2ª a 5ª del art. 7°.
Arts. 20 y 21	Se practicaron las correcciones de estilo sugeridas por el Prof. Doren, y se suprimió el epígrafe que lo antecedía, al quedar el párrafo originario reducido a un solo artículo. Además, se trasladó como nuevo art. 21, detrás del que contiene la clasificación de las penas (art. 21 aprobado), que pasa a ser artículo 20. En este artículo se elimina la referencia a los “derechos políticos”, carente de sentido con relación al conjunto de normas aprobadas. La pena sustitutiva de “remisión condicional” pasa a denominarse “observación por la autoridad”
Art. 22	Se suprimió el art. 22 aprobado por superfluo, al entenderse implícito en los que regulan las penas accesorias.

**Comisión Foro Penal  
Secretaría Técnica**

Art. 23	Pasa a ser art. 22, corrigiéndose el error de transcripción existente con relación al actual art. 24 del Código Penal (omisión de la referencia a la responsabilidad civil proveniente del delito), sustituyéndose por la disposición vigente, con la sola salvedad de reemplazar la expresión “encubridores” por “inductores”.
Arts. 27 y 28	Se refunden en un solo artículo, sin modificación de su sentido y alcance
Art. 47	En concordancia con la modificación en el artículo 4° de la Unidad 2, se introduce una referencia a dicho artículo.
Arts. 57, 58, 60, 62	Se cambia la denominación “remisión condicional” por “observancia por la autoridad”
Arts. 66 y 67	Se funden en un solo artículo, pasando el 67 a ser inciso segundo del 66.

*b)*

*c) Tabla de numeración y correspondencia entre la Parte General del Borrador de Nuevo Código Penal y los textos aprobados por el Foro Penal, ordenados por Unidades Temáticas*

<b>Artículos de la Parte General del Borrador de Nuevo Código Penal</b>	<b>Unidad / Artículo aprobado</b>
<b>Art. 1°</b>	<i>Unidad 2 / Art. 1°</i>
<b>Art. 2°</b>	<i>Unidad 2 / Art. 2°</i>
<b>Art. 3°</b>	<i>Unidad 2 / Art. 3°</i>
<b>Art. 4°</b>	<i>Unidad 2 / Art. 4°</i>
<b>Art. 5°</b>	<i>Unidad 3 / Art. 6°</i>
<b>Art. 6°</b>	<i>Unidad 2 / Art. 5°</i>
<b>Art. 7°</b>	<i>Unidad 5 / Art. 7°</i>
<b>Art. 8°</b>	<i>Unidad 5 / Art. 8°</i>
<b>Art. 9°</b>	<i>Unidad 4 / Art. 9°</i>
<b>Art. 10</b>	<i>Unidad 4 / Art. 10</i>
<b>Art. 11</b>	<i>Unidad 4 / Art. 11</i>
<b>Art. 12</b>	<i>Unidad 4 / Art. 12</i>
<b>Art. 13</b>	<i>Unidad 1 / Art. 1°</i>
<b>Art. 14</b>	<i>Unidad 1 / Art. 2°</i>
<b>Art. 15</b>	<i>Unidad 1 / Art. 3°</i>
<b>Art. 16</b>	<i>Unidad 1 / Art. 4°</i>
<b>Art. 17</b>	<i>Unidad 1 / Art. 5°</i>

**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

<b>Art. 18</b>	<i>Unidad 1 / Art. 6°</i>
<b>Art. 19</b>	<i>Unidad 1 / Art.7°</i>
<b>Art. 20</b>	<i>Unidad 5 / Art. 21</i>
<b>Art. 21</b>	<i>Unidad 5 / Art.20</i>
<b>Art. 22</b>	<i>Unidad 5 / Art. 23</i>
<b>Art. 23</b>	<i>Unidad 5 / Art.24</i>
<b>Art. 24</b>	<i>Unidad 5 / Art. 25</i>
<b>Art. 25</b>	<i>Unidad 5 / Art. 26</i>
<b>Art. 26</b>	<i>Unidad 5 / Arts. 27 y 28</i>
<b>Art. 27</b>	<i>Unidad 5 / Art. 29</i>
<b>Art. 28</b>	<i>Unidad 5 / Art.30</i>
<b>Art. 29</b>	<i>Unidad 5 / Art. 31</i>
<b>Art. 30</b>	<i>Unidad 5 / Art. 32</i>
<b>Art. 31</b>	<i>Unidad 5 / Art. 33</i>
<b>Art. 32</b>	<i>Unidad 5 / Art. 34</i>
<b>Art. 33</b>	<i>Unidad 5 / Art. 35</i>
<b>Art. 34</b>	<i>Unidad 5 / Art. 36</i>
<b>Art. 35</b>	<i>Unidad 5 / Art. 37</i>
<b>Art. 36</b>	<i>Unidad 5 / Art. 38</i>
<b>Art. 37</b>	<i>Unidad 5 / Art. 39</i>
<b>Art. 38</b>	<i>Unidad 5 / Art. 40</i>
<b>Art. 39</b>	<i>Unidad 5 / Art. 41</i>
<b>Art. 40</b>	<i>Unidad 5 / Art. 42</i>
<b>Art. 41</b>	<i>Unidad 5 / Art. 43</i>
<b>Art. 42</b>	<i>Unidad 5 / Art. 44</i>
<b>Art. 43</b>	<i>Unidad 5 / Art. 45</i>
<b>Art. 44</b>	<i>Unidad 5 / Art. 49</i>
<b>Art. 45</b>	<i>Unidad 5 / Art. 46</i>
<b>Art. 46</b>	<i>Unidad 5 / Art. 47</i>
<b>Art. 47</b>	<i>Unidad 5 / Art. 48</i>
<b>Art. 48</b>	<i>Unidad 5 / Art. 50</i>
<b>Art. 49</b>	<i>Unidad 5 / Art. 51</i>
<b>Art. 50</b>	<i>Unidad 5 / Art. 52</i>
<b>Art. 51</b>	<i>Unidad 5 / Art. 53</i>
<b>Art. 52</b>	<i>Unidad 5 / Art. 54</i>
<b>Art. 53</b>	<i>Unidad 5 / Art. 55</i>
<b>Art. 54</b>	<i>Unidad 5 / Art. 56</i>
<b>Art. 55</b>	<i>Unidad 5 / Art. 57</i>
<b>Art. 56</b>	<i>Unidad 5 / Art. 58</i>
<b>Art. 57</b>	<i>Unidad 5 / Art. 59</i>
<b>Art. 58</b>	<i>Unidad 5 / Art. 60</i>
<b>Art. 59</b>	<i>Unidad 5 / Art. 61</i>
<b>Art. 60</b>	<i>Unidad 5 / Art. 62</i>
<b>Art. 61</b>	<i>Unidad 5 / Art. 63</i>

**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

---

<b>Art. 62</b>	<i>Unidad 5 / Art. 64</i>
<b>Art. 63</b>	<i>Unidad 5 / Art. 65</i>
<b>Art. 64</b>	<i>Unidad 5 / Arts. 66 y 67</i>
<b>Art. 65</b>	<i>Unidad 5 / Art. 68</i>
<b>Art. 66</b>	<i>Unidad 5 / Art. 69</i>
<b>Art. 67</b>	<i>Unidad 5 / Art. 70</i>
<b>Art. 68</b>	<i>Unidad 5 / Art. 71</i>
<b>Art. 69</b>	<i>Unidad 5 / Art. 72</i>
<b>Art. 70</b>	<i>Unidad 5 / Art. 73</i>
<b>Art. 71</b>	<i>Unidad 5 / Art. 74</i>
<b>Art. 72</b>	<i>Unidad 5 / Art. 75</i>
<b>Art. 73</b>	<i>Unidad 5 / Art. 76</i>
<b>Art. 74</b>	<i>Unidad 5 / Art. 77</i>
<b>Art. 75</b>	<i>Unidad 5 / Art. 78</i>
<b>Art. 76</b>	<i>Unidad 5 / Art. 79</i>
<b>Art. 77</b>	<i>Unidad 5 / Art. 80</i>
<b>Art. 78</b>	<i>Unidad 5 / Art. 81</i>
<b>Art. 79</b>	<i>Unidad 5 / Art. 82</i>

2. MATERIALES DE DISCUSIÓN UNIDAD 1 (SESIÓN DE 12 DE JUNIO DE 2003).

EFFECTOS DE LA LEY EN EL TIEMPO, EN EL ESPACIO Y EN LAS PERSONAS

Tema 1. Efectos de la Ley en el tiempo

A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica

*Código Penal*  
**LIBRO PRIMERO**

*DE LOS EFECTOS DE LA LEY PENAL, LOS DELITOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL, LA ATENÚAN O LA AGRAVAN*

*§ 1 De los efectos de la ley penal chilena*

*Artículo 1º. Ningún delito se sancionará con otra pena o medida de seguridad que la prevista por una ley vigente al tiempo del comienzo de su ejecución, con independencia de su consumación.*

*Si después de comenzado a ejecutar el delito y antes de encontrarse ejecutoriada la sentencia, se promulgare otra ley que lo exima de toda pena, le aplique una menos rigurosa o sea por cualquier otro motivo más favorable al imputado, deberá arreglarse a ella su juzgamiento, aun cuando ya no se encuentre vigente en ese momento. Si la ley más favorable se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, el Tribunal de primera o única instancia que la hubiere pronunciado deberá modificarla, de oficio o a petición de parte, en todo aquello en que la condena no se hubiere ya ejecutado.*

*Pero, si al momento de promulgarse la ley más favorable se estableciera su entrada en vigencia para un momento posterior al de su publicación, no se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior hasta su efectiva entrada en vigencia.*

*La sola derogación formal y expresa de una disposición penal no supone que el hecho queda eximido de toda pena, si éste se encuentra sancionado en la propia ley derogatoria, o es subsumible en una figura más amplia de dicha ley, de este Código o de otra ley penal. En tales casos, ha de estarse en su enjuiciamiento y sanción a la norma*



*que imponga la pena menos rigurosa o por cualquier otro motivo sea más favorable al imputado.*

*En caso de duda acerca de cuál de las normas concurrentes es la más favorable al acusado o condenado, deberá oírse antes de pronunciar o modificar la sentencia, en la forma establecida en el art. 345 del Código Procesal Penal, o en una audiencia especial citada al efecto, cuando ello no fuere posible.*

*No será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo de este artículo, tratándose del enjuiciamiento y sanción de hechos regulados por leyes excepcionales o temporales, aunque hayan cesado la causa o el tiempo de su vigencia, respectivamente, a menos que en ellas o en otras leyes se disponga lo contrario.*

## B. Fundamento

### a) *Regla general: irretroactividad de la ley penal*

Se propone mantener el sentido de las actuales disposiciones vigentes en la materia<sup>4</sup> – particularmente las referidas al principio de irretroactividad de la ley penal, respecto de las cuales no sólo existe disposición constitucional vigente, sino también un unánime consenso en la doctrina.

Sin embargo, como la Constitución y el actual art. 18, inc. primero, parecen permitir la aplicación *contra el reo* de leyes *promulgadas*, pero aún no vigentes, al momento de la comisión del delito, y tal conclusión no parece del todo compatible con un régimen democrático<sup>5</sup>; se propone, en correspondencia con el inequívoco sentido de la garantía constitucional, explicitar que sólo podrán aplicarse leyes penales vigentes al menos al momento del comienzo de la ejecución del delito.

En cuanto a su alcance, parece indispensable extender expresamente la garantía a la imposición de *medidas de seguridad*<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> -Art. 18 Cp: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

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

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.”

-Art. 11 CPP: “Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”.

<sup>5</sup> Su consagración constitucional evita mayores discusiones en la doctrina, si bien, a diferencia del art. 18 CP, la CPR sólo la permite, no la impone.

<sup>6</sup> La antigua discusión acerca de si se extendía o no a las reglas procesales se encuentra superada por el art. 11 CPP 2000. Indirectamente, dicha disposición también resulta aplicable a las *medidas de seguridad* contempladas en ese cuerpo legal. En el derecho comparado, este problema lo resuelve el §2 StGb, *limitando* la retroactividad benigna únicamente a las *penas principales y accesorias*. De dicho efecto se excluyen explícitamente las *medidas de seguridad*. En cambio, en el

---

**b) Excepción: retroactividad benigna**

Sin perjuicio de reiterar el sentido de la garantía constitucional, estimamos que deben resolverse algunos aspectos prácticos y, eventualmente de constitucionalidad, que presenta la actual regulación del art. 18 CP. En consecuencia proponemos:

- i) Mantener expresamente la regla de retroactividad benigna, vinculada a la promulgación de la ley;
- ii) Establecer con claridad que, en caso de que la propia ley determine un plazo o condición diferente para su vigencia, ella no será aplicable sino hasta ese momento;
- iii) Limitar, conforme al parecer de la doctrina mayoritaria, los alcances del deber de modificar sentencias ejecutoriadas, restringiéndolo a los casos en que éstas estén surtiendo efectos, pues el actual “deber” de modificar de oficio las sentencias, tomado a la letra conduciría a la paralización del sistema judicial<sup>7</sup>;
- iv) Eliminar la actual restricción del efecto de la ley favorable respecto de las inhabilidades y suspensiones, conforme a la crítica de la doctrina acerca de su probable inconstitucionalidad<sup>8</sup>;
- v) Dejar las cuestiones derivadas de la responsabilidad civil entregadas a la regulación de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, en materia civil.

**c) Ultractividad de la ley penal**

Con respecto a este problema, aunque consideramos que un adecuado entendimiento de las disposiciones constitucionales hace innecesaria una regulación expresa de esta materia, la experiencia nacional<sup>9</sup> y de la reciente entrada en vigencia del nuevo Cp español<sup>10</sup>, hacen aconsejable introducir una disposición que aclare, en la medida de lo posible, que derogaciones meramente formales no alteren la vigencia de las reglas de irretroactividad y retroactividad favorable.

**d) Momento de la comisión del delito**

Aunque entre nosotros suelen reproducirse las discusiones basadas en los principios de *actividad*<sup>11</sup> y *resultado*<sup>12</sup>, como momento de comisión para todos los efectos, parece

---

sistema español, el art. 2º.1 CPE. extiende expresamente la irretroactividad a las *medidas de seguridad*. Por otra parte, parece no haber diferencia entre los autores acerca de la vigencia *in actum* de las leyes procesales penales.

<sup>7</sup> Cfr. *Etcheberry I*, p. 146; *Cury I*, p. 212.

<sup>8</sup> *Politoff I*, p. 143.

<sup>9</sup> Parte aislada de la jurisprudencia exige para dar este efecto a la ley derogada, que la nueva ley regule “similares o idénticas conductas que la ley derogada” (SCS 17.6.1991). En la literatura prácticamente no hay tomas de posición explícitas sobre el punto, pero parece primar entre los profesores un rechazo a este verdadero “derecho a la intangibilidad de los textos legales”, que conduce a resultados absurdos.

<sup>10</sup> La experiencia recogida en España con la dictación del CP 1995 determinó que la jurisprudencia estableciera la *ultractividad* de las normas del Cp 1944, si éstas eran más favorables y contemplaban el mismo supuesto de hecho del CP 1995, aunque con diferente *nomen juris*. En cambio, no contempla el StGB regla alguna al respecto.

<sup>11</sup> *Etcheberry II*, p. 70, *Cury I*, p. 217; *Garrido I*, p. 114.

<sup>12</sup> *Novoa I*, p. 140.

preferible resolver aquí el problema del momento de la comisión únicamente para los efectos de la ley en el tiempo, siguiendo la idea predominante en el derecho comparado de que debe fijarse como tal, el del comienzo de ejecución de delito<sup>13</sup>, dejando a salvo claramente que esta decisión no importa prejuzgar en orden a cuándo se entiende *cometido* el delito que se trate para otros efectos, como por ejemplo, para el cómputo de la prescripción<sup>14</sup>.

**e) Concepto de ley más favorable**

Sólo cabría señalar la conveniencia de explicitar en el Cp, como lo hace el Cp español de 1995, la necesidad de oír al reo en casos dudosos (sin que su opinión obligue al Tribunal, naturalmente), utilizando los mecanismos del actual CPP 2000 (art. 345)<sup>15</sup>.

**f) Leyes intermedias**

Conforme al acuerdo de nuestra doctrina mayoritaria, consideramos que una regla que haga expresamente aplicable la más favorable de todas las leyes concurrentes, como la existente en el StGB<sup>16</sup>, sería de utilidad entre nosotros.

**g) Leyes temporales y excepcionales**

Finalmente, aquí también nos parece recomendable adoptar una solución como la de las legislaciones alemana y española<sup>17</sup>, coincidente con el pensamiento doctrinario mayoritario entre nosotros, de que, salvo disposiciones legales expresas, las leyes temporales y excepcionales deben aplicarse ultractivamente, aún después de transcurrido el tiempo o cesado la condición de su vigencia<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> El art. 7 Cp español y el §8 StGB, parecen decantarse por el criterio de la *actividad*, pero sólo para los efectos de determinar la ley aplicable; estableciendo, además, reglas especiales para el cómputo de la prescripción (art. 132 CPE y §78 StGB). En el Código Italiano, la regulación sólo se refiere a la prescripción, aunque la doctrina dominante acoge el criterio de la *actividad* para determinar la ley aplicable (Crespi / Stella / Zuccalá, Art. 2 I 2).

<sup>14</sup> En este sentido, *Politoff I*, p. 153 y s., está por no adoptar una única solución, atendidos los disímiles efectos que podría tener en otras instituciones, v. gr., la prescripción. La respuesta jurisprudencial a los casos de “delitos permanentes”, parece responder a esta última idea.

<sup>15</sup> El art. 2º. 2 Cp español establece expresamente que “en caso de duda...será oído el reo”, disposición que recoge una antigua tradición española que la doctrina se encarga de precisar se trata únicamente de una opinión no vinculante, recayendo en el Tribunal la decisión definitiva.

<sup>16</sup> El Código español no se preocupa del tema pero el alemán parece hacerse cargo del asunto, prefiriendo en todo caso la más benigna de las concurrentes (§2.III StGB).

<sup>17</sup> Todos los sistemas consultados establecen reglas que hacen aplicable la ley temporal o excepcional aún cuando haya pasado el tiempo de su vigencia o cesado las razones de su aplicación (art. 2.2 cp español; §2.IV. StGB; art. 2 inc. 4º Cp italiano). Sin embargo, existe un importante sector doctrinal que considera debe matizarse, al menos interpretativamente, el rigor de estas soluciones legales

<sup>18</sup> *Cury I*, p. 214; *Novoa I*, p. 198; *Garrido I*, p. 112 y s. *Oo Politoff I*, p. 150 y s.

**C. Observaciones recibidas**

**a) Formales**

(1) Del Prof. Raúl Carnevali

“Como primera observación, de carácter formal, quisiera afirmar que el Art. 1 me parece excesivamente largo. No debe olvidarse que los primeros artículos de un Código pretenden sentar los principios generales, por lo que deben ser lo más claro posibles. Para ello, lo ideal es que puedan ser comprendidos por el ciudadano común, lo que no se consigue tal cual se expone en la propuesta. Soy del parecer que las ideas allí expuestas, que en términos generales comparto, sean tratadas en diversas disposiciones. Con ello se ganaría en orden y claridad.”

(2) Del Prof. René García

La redacción del encabezado debe mejorarse, adecuándola a la del actual Título I del Libro I del Código Penal.

(3) De los Profs. Chaves/Ferdman/Medina y Soto

“Pareciera resultar necesario explicitar los criterios que inclinan por una sistemática similar a la del StGB en el inicio del tratamiento del Código. No es en si misma criticable pero su adopción requiere de fundamentos explícitos.

[Además], como está, el Art. [1º] Resulta aparece muy abirragada, sobrecargado de elementos heterogéneos de difícil comprensión.”

**b) Regla general: irretroactividad de la ley penal**

(1) Para referirse en este caso también a la promulgación, del Prof. René García

“Me parece inconveniente prescindir de la promulgación como requisito, debido a que pareciera no impedir la vigencia retroactiva de leyes. Aunque la consagración constitucional de la irretroactividad es clara —y aunque también parece claro el sentido del texto propuesto— es preferible mantener explícito el requisito de promulgación.”

(2) Sobre la expresión “comienzo de la ejecución”, del Prof. René García

“El reemplazo de la expresión original “perpetración” por “comienzo de ejecución” (del delito) introduce dificultades respecto de, por ejemplo, el delito permanente y,

eventualmente, del delito continuado. ¿Debemos entender que si el delito comenzó a ejecutarse durante la vigencia de una ley más benigna, las acciones delictivas posteriores (cometidas durante la vigencia de la ley más rigurosa) no pueden ser sancionadas según esta última ley? Parece preferible mantener la expresión “perpetración”, que, además, tiene tradición en nuestro sistema”.

(3) *Sobre el carácter “general” de la regla (y su rechazo), de los Profs. Chaves/ferdman/Medina/Soto*

“Respecto de la irretroactividad como regla general en la dogmática comparada, se ha puesto en duda que esa sea la regla general y no la inversa, dado el carácter de principio general que en materia penal tiene la retroactividad de la Ley más benigna.

Más importante es que además y en todo evento el parámetro de vigencia de la Ley para efectos de su irretroactividad es la fecha de su publicación”.

c) ***Excepción: retroactividad benigna***

(1) *Por instaurar el requisito de la “vigencia” también para estos casos*

(a) *Del Prof. Luis Ortiz Q.,*

A. Estoy de acuerdo que la vigencia de la ley comienza desde que entra efectivamente en vigor y no desde la fecha que se promulga. Esto implica la interdicción de castigar por delito, existentes en una ley promulgada, pero que todavía no ha entrado en vigor a la fecha de su principio de ejecución. Implica, además, la interdicción correlativa de favorecer al inculcado con las disposiciones previstas en una nueva ley más favorable que está promulgada pero todavía pendiente de vigencia.

B. En relación a la retroactividad de la ley más favorable conviene considerar entre ellas a las leyes integradas con exigencias o presupuestos de índole civil o administrativo o de otra naturaleza. El cambio de la disposición civil o administrativa que forma parte del contenido de la descripción penal, en la medida que en la práctica implique un tratamiento más favorable, debería aplicarse retroactivamente, aunque en estricto rigor no exista una nueva ley. Esto es igualmente aplicable a las leyes penales en blanco.

C.- Respecto del principio generalmente aceptado en nuestro país de que las leyes procesales rigen "in actum" y que por consiguiente no pueden tener efecto retroactivo aun siendo más favorable para el inculcado, hay que distinguir entre aquellas disposiciones procesales puras de aquellas otras que tienen claramente un contenido material, como ocurre, por ejemplo, en el caso de condiciones o presupuestos de procesabilidad y, de manera más general, en la prescripción.

En estos últimos casos, debería aplicarse el principio de retroactividad benigna.”

(b) *Del Prof. Juan Ignacio Piña*

“Es preciso preguntarse por qué en el **inciso segundo** seguimos anclados a la *promulgación* de la nueva ley que favorezca al afectado en lugar de su *efectiva entrada en vigencia*. Las exigencias constitucionales del art. 19 n° 3° de la CPR no se refieren a la promulgación de una nueva ley, sino simplemente a una “nueva ley” (la mención a la promulgación hace referencia a una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, y no a la nueva ley). Propongo reemplazar el “se promulgare” del inciso segundo por “entrare en vigencia”. En este último caso (en todo sentido concordante con el principio del inciso tercero propuesto), dicho **inciso tercero** se haría superfluo y sería preciso sacarlo.”

(c) *De la Prof. Silvia Peña*

“En los incisos 2° y 3°, reemplazaría el verbo "promulgar" por "entrar en vigencia", por cuanto el primer término –explicable sólo por razones históricas– supone aceptar que una ley pueda surtir efectos ANTES DE ENTRAR EN VIGENCIA. Tal hecho implica, a mi modo de ver, un absurdo jurídico que sería bueno corregir.

Además, no se entiende por qué en el caso de *vacatio legis*, a que se refiere el inciso 3°, la solución deba ser distinta, cuando el efecto de la entrada en vigencia diferida es exactamente el mismo que se produce durante el lapso que media entre la promulgación y la publicación: la ley aún no ha entrado en vigencia.

Hago presente, siempre en relación con el mismo punto, que este problema no se plantea sólo en el caso de leyes intermedias, sino siempre que se dicte una ley que despenalice una conducta que antes constituía delito o le imponga una pena menos severa.”

(d) *De los Profs. Chaves/Ferdman/Medina/Soto*

“En el artículo 1° se opta inicialmente, y a nuestro parecer, de manera correcta por el criterio normativo de la vigencia de la ley penal para la determinación del ámbito de validez temporal.

Sin embargo, en lo sucesivo la disposición hace referencia a la retroactividad con base en la promulgación de la ley. Este no es un problema de determinación del contenido de las garantías constitucionales sino de comprensión del sistema normativo.

En efecto, resulta inapropiado establecer un espacio jurídico de inseguridad para el sistema de administración de justicia criminal al tomar como incorporadas normas que no han cumplido los trámites que determinan su incorporación al sistema normativo.

Sólo el acto formal de publicación produce la incorporación válida de una disposición al contexto de normas válidas para aplicarse en el caso concreto. La regla de la promulgación introduce distorsiones injustificadas en el contexto normativo, por lo que su afirmación requiere de argumentos adicionales a los indicados en los fundamentos del articulado propuesto.

El tratamiento propuesto por el inciso tercero del artículo 1° no es sino consecuencia de criterio adoptado en la propuesta de articulado, cuya solución no es sino expresión de lo acertado que resulta el criterio de la publicación...

La falta de coherencia entre el parámetro de la regla general: publicación y el de la excepción: promulgación. Ha llevado al absurdo de que apliquen ¿ultraactivamente? leyes que conforme al parámetro de la regla general, nunca entraron en vigencia, lo que, ha nuestro entender, con razón, ha sido criticado como contrario a presupuestos deontológico mínimos, además de atentatorio contra la seguridad Jurídica.

..... Se insiste en usar dos referentes incompatibles e incoherentes, publicación, y ley vigente al principio de ejecución y promulgación para la ley “más favorable”.

(2) *Sobre el fundamento y alcance de la retroactividad favorable (y su limitación), de los Profs. Chaves/Ferdman/Medina/Soto*

“Debe ser y ha sido objeto de análisis y cuestionamiento cual es el fundamento material de la retroactividad de la Ley más benigna, pues es discutible. La ref. al derecho penal democrático es invertible...Se acepta un principio discutible en general, sin fundamentarlo...

[Además,] se ha cuestionado.

a)Que el parámetro usado por el C.P. sea la promulgación y no la publicación, cuando menos ello es incoherente con el parámetro usado en la regla general, en función de la que se aplica, sin perjuicio de otros múltiples argumentos.

b)Se ha cuestionado que en su tenor literal, ni en la Constitución, ni en el Código se haga expresa referencia a las medidas de seguridad propiamente penales.

c)Es cuestionable la indeterminación y por ende, eventualmente el excesivo alcance del art. 11 del Código de Procedimiento Penal.

En todo evento, sólo por referencia al parámetro usado en la regla general, la disposición del art. 11 debe ser puesta en relación con la fecha de publicación y no de promulgación.

... [Finalmente] El art. 1º, inc. 1º coloca o prejuzga la calidad de sanción de la “medida”, acogiendo un “monismo” que no es pacífico y que en todo caso si hay un acuerdo en tal sentido debería explicitarse donde corresponda y aludir aquí solo a las penas o a las sanciones.”

(3) *Sobre aspectos formales, del Prof. René García*

“Propongo cambiar la frase “si después de comenzado a ejecutar el delito” por “si después de cometido el delito”. La referencia al comienzo de ejecución se hace innecesaria con el texto que propongo para el artículo 4º.

Soy partidario de eliminar el adverbio “ya” por las razones que explico a propósito del inc. 3º.

En la parte final del inciso, estimo más clara la fórmula: “en todo aquello en que la condena continúe produciendo efectos desfavorables al imputado”.

Además, creo que es bueno mantener la aclaración de que: “La aplicación de este precepto no modificará lo resuelto en relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas”.

Sugiero la supresión del inc. 3º, porque tal disposición conduce a una innecesaria y gravosa postergación de lo inevitable. El Tribunal debería en tal hipótesis aplicar la pena de la ley más rigurosa, pero, una vez entrada en vigencia la norma más benigna, tendría que modificar la sentencia.”

*d) Ultraactividad de la ley penal*

(1) Observaciones que están por rechazar la introducción de la norma propuesta

(a) *Del Prof. René García*

“Sugiero su supresión. Pretende consagrar una especie de interpretación auténtica, que no parece propia de un código penal. Además, los criterios de interpretación propuestos darán, sin duda, origen a nuevas dificultades interpretativas: ¿Cuándo puede afirmarse que el hecho está “sancionado en la propia ley derogatoria, o es subsumible en una figura más amplia de dicha ley, de este código o de otra ley penal”?”.

(b) *De los Profs. Chaves/Ferdman/Medina/Soto*

“No parecen concluyentes las razones que se esgrimen a favor de regular expresamente la ultraactividad

... [Además] En la derogación tácita, al no distinguirse entre disposición y norma, se han suscitado polémicas en la doctrina y en la jurisprudencia.

... [Por tanto,] es innecesario lo allí apuntado es lógica aplicación de los principios generales de la derogación y sucesión de leyes<sup>19</sup> .”

(2) Observaciones formales

(a) *Del Prof. Waldo del Villar*

“La fundamentación que se ha enviado aparece como pertinente y adecuada para resolver las situaciones que se presentan cuando, a los efectos de mejorar algún tipo penal, en un mismo texto, se procede a derogar la disposición vigente y se establece otro tipo similar o que admita la posibilidad de que sea subsumible en la misma conducta derogada.

Lo anterior, supuesto que, como consecuencia de ello, puede estimarse que las conductas delictivas cometidas bajo la vigencia de la ley derogada y que no habían sido sancionadas al dictarse la ley derogatoria podrían quedar impunes, en razón de no existir ley dictada con anterioridad a la comisión de los hechos que castigare tal conducta, dado que la misma fue derogada.

La comisión redactora en el proyecto considera una fórmula para excluir tal posibilidad, en el inciso cuarto.

Con todo, frente al texto constitucional contenido en el artículo 19 N°3° inciso séptimo de la Carta Fundamental que es preciso en cuanto a señalar que "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a

---

<sup>19</sup> Nota de los Profs. Chaves/Ferdman/Medina/Soto: 2vid. Solo y por todos Marina Gascón Avellan en Rev. DOXA y Bascañan Rodríguez en anuario de filosofía”.



menos que una nueva ley favorezca al procesado", disposición que consagra el principio de la legalidad y la disposición del artículo 52 del Código Civil, que señala que "la derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua" y la interpretación que da el Diccionario de la Lengua a la voz derogar, en el sentido de "abolir, anular una norma establecida como ley o costumbre" pareciera que no se considera ni con rango constitucional, ni tampoco legal, la posibilidad de la sola derogación formal, frente a una derogación material, de efectos generales y absolutos.

Vale decir, que la derogación o produce los efectos que le son propios, de quitar vigencia total a una ley o no los produce.

Por ello, me permito sugerir la posibilidad de dar el sentido que la disposición, preparada por la comisión, ha otorgado a esta situación particular, en orden a dejar esta zona lacunaria en la sanción, modificando el mismo texto de la manera siguiente: "Para el caso que el hecho contenido en la disposición derogada se encuentre sancionado en la propia ley derogatoria o sea subsumible en una figura más amplia de dicha ley, de este código o de otra ley penal, se entenderá que rige para los efectos de su aplicación a aquellas situaciones cometidas bajo su vigencia que aún no hubieran sido falladas por sentencia ejecutoriada a la fecha de su derogación. En tales casos, ha de estarse en su enjuiciamiento y sanción a la norma que impugna la pena menos rigurosa o por cualquier alternativa sea más favorable al imputado".

(b) *De la Prof. Silvia Peña*

"En el inciso 4º, creo que el pronombre demostrativo "éste" para referirse al "hecho", podría interpretarse en el sentido de que tiene que haber una identidad absoluta entre el antiguo delito y el nuevo, lo que no siempre ocurre. La doctrina alemana habla en este caso de "continuidad del ilícito", constituida por la identidad del bien jurídico protegido y de las modalidades del ataque, la que no siempre queda cubierta por la simple relación de continencia de una norma en la otra."

e) *Momento de la comisión del delito*

(1) *Del Prof. René García*

"Propongo [...] fijar un criterio unitario para el lugar y tiempo de comisión del delito".

(2) *De los Profs. Chaves/Ferdman/Medina/Soto*

"No hay claridad alguna sobre el momento de consumación del delito, ni sobre el concepto y requisitos del "delito permanente"".

*f) Concepto de ley más favorable*

(1) De la Prof. Silvia Peña

“... pienso que sería conveniente precisar que debe tratarse de la ley que CONCRETAMENTE SEA MÁS FAVORABLE, y no sólo la que lo parezca al comparar las penas en abstracto.

Sobre este mismo tema, no creo que el sentido del art. 345 del nuevo CPP sea el que se pretende darle, pues el presupuesto de que parte dicha norma es que YA SE HAYA PRONUNCIADO LA DECISIÓN DE CONDENA, decisión que obviamente se referirá a un delito determinado, por lo que el único sentido que puede tener el debate que allí se menciona es determinar la pena concreta aplicable o la procedencia de eventuales beneficios alternativos a las penas privativas de libertad.”

(2) Del Prof. Juan Ignacio Piña

“Respecto del **inciso quinto**. En los *fundamentos para una propuesta de articulado* queda claro que lo que diga el acusado o condenado respecto de qué es más favorable no es vinculante para el juez. No estoy seguro de que ello quede suficientemente claro en el texto propuesto.”

(3) Del Prof. René García

“La opinión del acusado o condenado no es vinculante, de modo que el tribunal se limitará a oírlo; pero ello ocurrirá igualmente sin esta norma, pues será materia de los alegatos del defensor. Además, la norma del inciso final del artículo 338 del Código Procesal Penal obliga a otorgar al acusado la palabra, para que manifieste lo que estime conveniente”.

(4) De los Profs. Chaves/Ferdman/Medina/Soto

“La participación del condenado en la decisión sobre cual es la Ley más favorable, es cuando menos discutible y deben esclarecerse y explicitarse los argumentos a favor de una y otra solución.

El art. 345 del Código de Procedimiento Penal, dista mucho de ser claro en cuanto a su fundamento y alcances: ¿Cuánto tiene de cesura del Proceso Penal?; ¿Es una cesura de que clase? ; ¿Porqué es facultativo?, etc, etc.

...la consulta al afectado, en los términos del Art. 345 del CPP, en un Estado democrático ( en el que la ejecución de la pena no es pura retribución de expiación y que, en su manifestación exterior, no simbólica, sino instrumental, busca atenuar la desocialización) requiere una fundamentación y discusión.”

**g) Leyes intermedias**

- (1) Pidiendo volver al criterio de la promulgación, expresamente para este caso, de los Profs. Carlos y Karen Künsemüller

“... nos parece que con esta regla particular [criterio de *vigencia* propuesto por la Secretaría Técnica] se excepciona el postulado general anteriormente consagrado, cual es el de la promulgación de la nueva ley más benigna, criterio éste que desde la entrada en vigencia del Código Punitivo ha presidido la aplicación retroactiva de la ley menos rigurosa. También ha sido opinión dominante en nuestra doctrina la de considerar que normas especiales sobre postergación de la entrada en vigencia de una ley no pueden afectar y hacer inoperante el requisito legal de la promulgación, único requerido y cuyo sentido nadie pone en duda. Además, la jurisprudencia nacional, recaída por ejemplo en años recientes sobre el tema de las leyes intermedias - v.gr. Ley 19.450- ha precisado con énfasis el criterio de que lo esencial es la mera promulgación, careciendo de eficacia modificatoria las normas sobre vigencia diferida en el tiempo. Precisamente, si la ley intermedida está promulgada, pero no ha entrado aún en vigencia, ¿no tendría aplicación, pese a ser más benigna para el acusado que la primera y la tercera?”.

- (2) Rechazando la solución propuesta, de los Profs. Chaves/Ferdman/Medina/Soto

“Se regla expresamente una situación de aplicación de un principio discutible, en el caso más discutible:

La ley intermedia, sin que haya necesidad alguna o fundamento explicitado y convincente para hacerlo.

La solución al problema de la Ley intermedia, depende de cual sea el o los fundamentos de la retroactividad de la Ley más favorable ...

No se ve porque si no se ha explicitado el fundamento de la excepción, deba reglarse expresamente, convirtiendo en la ley la opinión doctrinaria, la situación de las leyes intermedias.

... [El] Art. 1º, inc.3º es un reconocimiento a la incoherencia anotada [entre los criterios de promulgación y vigencia], inútil si se elimina la incoherencia”.

**h) Leyes temporales y excepcionales**

- (1) De los Profs. Chaves/Ferdman/Medina/Soto

“El mismo artículo primero establece una norma de extractividad de la leyes temporales salvo norma en contrario. Esto resulta inadecuado ya que si lo propio es la aplicación de las normas vigentes en el ordenamiento jurídico al momento de comisión del hecho y la adjudicación de responsabilidad, la excepción a ello requiere de especiales justificaciones,

---

más aún cuando se establece la extractividad como regla general salvo disposición en contrario.

En tal sentido, el fundamento de esta extractividad requiere de presupuestos materiales que justifiquen el recurso a una norma penal derogada. Tal criterio es inexistente en la propuesta legislativa. Por lo que si se trata de una solución que no pretenda recurrir a fundamentos materiales, sería recomendable la excepcionalidad de la extractividad salvo disposición que posibilite su aplicación, a la inversa de la propuesta ...

La opinión mayoritaria en materia de leyes temporales y excepcionales, pone de manifiesto que dista mucho de ser obvia la corrección y fundamento de la solución de la retroactividad de la Ley más favorable.

...[Por tanto], Si se suprime la injustificada diferencia de parámetros: publicación, promulgación y se suprime el inc. 2º, puede suprimirse el inc. Final”.

(2) Del Ministerio Público (Sra. Sonia Rojas)

“Dicha observación se efectúa respecto del inciso 6º del artículo 1º de la propuesta, puesto que parece discutible someter a una misma regulación sobre ultra actividad tanto a las leyes temporales como a las leyes excepcionales. Lo anterior, atendido que, si bien ambas normas buscan dar solución a necesidades de pena en momentos determinados, nos parece inapropiado otorgar un efecto ultra activo a una ley excepcional.

Ello, pues tratándose de leyes temporales, el efecto ultra activo es absolutamente necesario en aras de respetar la voluntad del legislador que estableció que, para un determinado periodo de tiempo, existiría una necesidad de aplicar sanción penal a conductas concretas, poniéndose término a dicha necesidad por el mero trascurso del plazo previamente fijado. De este modo, se entiende que aplicar la ley posterior haría ilusoria la redacción de una ley temporal, toda vez que los delitos que sean cometidos en fecha cercana al término de vigencia de dicha norma serían juzgados siempre de acuerdo a una ley diferente.

En cambio, en el caso de las leyes excepcionales, el legislador no ha establecido la necesidad de aplicar sanción penal a conductas concretas para un periodo determinado, sino que mientras subsistan condiciones concretas que justifiquen esa necesidad de pena. Por lo tanto, para que se ponga término a la vigencia de la ley de excepción se requerirá de un nuevo acto de autoridad consistente en la dictación de una ley derogatoria, que fijará el límite de vigencia de la necesidad de aplicar la pena y permitirá que los casos pendientes sean juzgados acorde a la ley más favorable, toda vez que ya no concurren razones que justifiquen la imposición de una pena ya no considerada necesaria a partir del fin de la excepción<sup>20</sup> .”

---

<sup>20</sup> Esta posición es planteada en BUSTOS, Juan. Manual de Derecho Penal, Parte General. IV Edición. Editorial PPU, Barcelona, 1994. Pág. 164.

**D. Propuestas de redacciones recibidas**

- a) *Para reemplazar el encabezado y el art. 1º, del Prof. René García*

**“Código Penal  
LIBRO PRIMERO**

*DE LOS EFECTOS DE LA LEY PENAL, DE LOS DELITOS Y DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL, LA ATENÚAN O LA AGRAVAN*

*§ 1 De los efectos de la ley penal chilena*

*Artículo 1º. Ningún delito se sancionará con otra pena o medida de seguridad que la prevista por ley promulgada, que se encuentre vigente al tiempo de su perpetración.*

*Si después de cometido el delito y antes de ejecutoriada la sentencia, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena, le aplique una menos rigurosa o sea por cualquier otro motivo más favorable al imputado, deberá arreglarse a ella su juzgamiento, aun cuando no se encuentre vigente en ese momento. Si la ley más favorable se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, el Tribunal de primera o única instancia que la hubiere pronunciado deberá modificarla, de oficio o a petición de parte, en todo aquello en que la condena continúe produciendo efectos desfavorables al imputado. La aplicación de este precepto no modificará lo resuelto en relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas.*

*No será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo de este artículo, tratándose del enjuiciamiento y sanción de hechos regulados por leyes excepcionales o temporales, aunque hayan cesado la causa o el tiempo de su vigencia, respectivamente, a menos que en ellas o en otras leyes se disponga lo contrario.”*

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Código Penal  
LIBRO PRIMERO**

**TÍTULO I**

**DE LOS EFECTOS DE LA LEY PENAL, DE LOS DELITOS Y DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL, LA ATENÚAN O LA AGRAVAN**

*§ 1 De los efectos de la ley penal chilena*

**Artículo 1º.** *A ningún delito se aplicará otra pena o medida de seguridad que la prevista por una ley vigente al inicio de su perpetración.*

**Artículo 2º.** Si después de iniciada la perpetración del delito y antes de encontrarse ejecutoriada la sentencia, se promulgare otra ley que lo exima de toda pena o medida de seguridad, le aplique una menos rigurosa o sea por cualquier otro motivo más favorable al imputado, deberá arreglarse a ella su juzgamiento, aun cuando ya no se encuentre vigente en ese momento.

Si la ley más favorable se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, el Tribunal de primera o única instancia que la hubiere pronunciado deberá modificarla, de oficio, en todo aquello en que la condena no se hubiere ya ejecutado, o a petición del condenado, en los demás casos.

El imputado o condenado será oído, en lo que respecta a la apreciación de la ley que le sea más favorable, sin que su opinión sea vinculante para el tribunal.

**Artículo 3º.** No será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior, tratándose del enjuiciamiento y sanción de hechos regulados por leyes destinadas a regir temporalmente o en circunstancias extraordinarias, aunque hayan cesado el tiempo o la causa de su vigencia, respectivamente, a menos que en ellas o en otras leyes se disponga lo contrario.

**Artículo 4º.** La derogación de una disposición penal no supone que el hecho quede exento de toda pena, si éste se encuentra sancionado en la propia ley derogatoria, o está comprendido en otra norma de dicha ley, de este Código o de otra ley. En tales casos, ha de estarse en su enjuiciamiento y sanción a la norma que imponga la pena menos rigurosa o por cualquier otro motivo sea más favorable al imputado.

#### **F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. En cuanto a los aspectos formales, se acogieron las observaciones que consideraban preferible separar las materias tratadas en el propuesto artículo 1º, en los cuatro que se terminaron aprobando.

2. Con relación al art. 1º, en él se define como *momento de la comisión del delito*, para los efectos de la aplicación temporal de la ley penal, el de su perpetración, para no excluir las omisiones con la expresión propuesta “comienzo de la ejecución”.

Se acordó también extender expresamente la garantía de *lex praevia* a las medidas de seguridad.

2. Con relación al art. 2º inc. 1º, aprobado por el Foro, que corresponde parcialmente al inc. 2º del artículo 1º de la propuesta de la Secretaría Técnica, se estimó necesario mantener la retroactividad favorable, según el actual criterio de *promulgación*, rechazándose las observaciones en orden a incorporar aquí también el criterio de vigencia (estricto). Además, se estimó necesario incorporar explícitamente el criterio dominante en la doctrina de hacer aplicable la ley más favorable siempre, en caso de *leyes intermedias*.

3. En el inc. 2º del art. 2º aprobado por el Foro se mantienen los criterios de la propuesta de la Secretaría Técnica (parte final del inc. 2º del art. 1º), en orden a mantener la regla del art. 18 Cp actual que hace primar la *retroactividad favorable sobre la cosa juzgada*, limitándose el deber de actuar de oficio a los casos en que la sentencia sigue produciendo

efectos y la legitimación activa a la persona del condenado. Además, se eliminan las actuales excepciones del art. 18 Cp (inhabilitaciones e indemnizaciones pagadas).

4. El inc. 3º del art. 2º aprobado por el Foro, reproduce la idea de la propuesta (art. 1º, inc. 5º) en orden a *oír al reo* en estos casos, acogiendo el Ppio. Orientador N° 4 del Foro y el sentir mayoritario de la doctrina nacional. La redacción se altera, no obstante, eliminándose las referencias al Código Procesal Penal, en virtud de una observación de estilo realizada en ese sentido.

5. El art. 3º aprobado por el Foro, reproduce el inc. 5º del art. 1º propuesto por la Secretaría Técnica, como *excepción a la retroactividad*, con las alteraciones de estilo que se estimaron necesarias, para no confundir el término “leyes excepcionales” con las dictadas en estados de excepción constitucional, y aclarar el sentido de la limitación al principio de aplicación de la ley más favorable.

4. Finalmente, el art. 4º aprobado por el Foro, recoge la idea contenida en el inc. 4º del art. 1º propuesto por la Secretaría Técnica, en el sentido de regular expresamente *la ultractividad de la ley penal*, asumiendo que dicha regla –aunque podría tratarse de una norma superflua–, se hace cargo de un problema práctico. Las alteraciones de redacción dicen relación con la necesidad de no utilizar el concepto, inexistente, de “sola derogación formal y expresa”, contenido en la propuesta inicial, como se hizo ver en las observaciones recibidas.

## **Tema 2. Efectos de la Ley en el espacio**

### **A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Artículo 2º. La ley penal chilena se aplicará a todo delito cometido en Chile, sea dentro del territorio nacional, en el mar territorial o en el espacio aéreo sujeto a la soberanía estatal. Quedan también sujetos a las leyes nacionales los delitos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios cometidos en la zona contigua.*

*Artículo 4º [3º]. Para los efectos de lo previsto en el artículo anterior, se entienden cometidos en Chile los que se han ejecutado en todo o en parte, aunque se consumen fuera de sus fronteras.*

*Se entienden también cometidos en Chile los delitos que resulten de un abordaje culpable en alta mar o en el espacio aéreo no sometido a jurisdicción de otro país, entre naves o aeronaves chilenas y extranjeras.*

*Artículo 5º [4º]. Los crímenes o simples delitos cometidos fuera del territorio de la República, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley y, especialmente, tratándose de los siguientes crímenes o simples delitos:*

*1. Los cometidos a bordo de una nave o aeronave militar chilena;*

2. *Los cometidos a bordo de otras naves o aeronaves chilenas, en alta mar, o en el espacio aéreo no sujeto a jurisdicción de otro país;*
3. *Los cometidos a bordo de otras naves o aeronaves chilenas que se encuentran en aguas o en el espacio aéreo sometido a la jurisdicción de otro país, si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró;*
4. *Los cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró;*
5. *Cometidos por un agente diplomático o consular de la República, y por las restantes personas que gozan de inmunidad según el derecho internacional, y que no han podido ser castigados en virtud de dicha inmunidad;*
6. *Cometidos por funcionarios públicos, chilenos o extranjeros al servicio de la República, en el desempeño de sus cargos;*
7. *Cometidos por chilenos contra la soberanía o contra la seguridad exterior del Estado;*
8. *Contra la salud pública, cuando ellos pusieren en peligro la salud de habitantes de la República;*
9. *La falsificación de moneda y papel moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o establecimientos públicos, cometida por chileno, o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República, y también de moneda y papel moneda extranjero para hacerlo circular en Chile;*
10. *La piratería, el genocidio, los crímenes de guerra, la tortura, el terrorismo, la trata de blancas, la trata de negros y el comercio de esclavos, y el tráfico de personas; y*
11. *Los demás comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias, que obliguen precisamente al Estado de Chile a ejercer jurisdicción sobre ellos, aún cuando no se hayan modificado las leyes patrias.*

## **B. Fundamento**

### **a) Técnica legislativa**

Se ha preferido seguir la técnica de los Códigos alemán e italiano por sobre la actual – donde se regulan detalladamente, en sus §§3ss y arts. 3ss, respectivamente, no sólo el principio general de territorialidad, sino también los casos de aplicación extraterritorial de la ley penal (es importante destacar, además, que en el derecho alemán no sólo menciona los delitos perseguibles en el extranjero, sino que, además, indica precisamente los parágrafos del Código en que se encuentran, previendo así dificultades interpretativas como las que podrían surgir respecto a expresiones tales como “delitos cometidos ... en el ejercicio de sus funciones” y todas las indicaciones genéricas del Art. 6° COT, técnica que también se propone seguir)–, trayendo al texto del cuerpo punitivo los principales casos de



aplicación extraterritorial de la ley penal chilena, tanto por sus efectos didácticos como por el carácter sustantivo de la materia en cuestión<sup>21</sup>.

Nos parece aconsejable, además, explicitar el alcance de la jurisdicción nacional en relación a tratados ya suscritos y la necesidad de una regla más clara en la materia para el futuro, que intente evitar los problemas de interpretación del actual art. 6° N° 8 COT.

**b) Regla general: Territorialidad.**

No parece existir ninguna razón para alterar esta regla, recogida actualmente en el art. 5° del Código penal y en el Código de Bustamente<sup>22</sup>, y que se condice tanto con el parecer mayoritario de la doctrina<sup>23</sup> como con el del derecho comparado.

**(1) Definición de territorio**

Tampoco parece razonable hacerse cargo en el Cp de la delimitación del concepto de territorio, entregado al Derecho Internacional<sup>24</sup>.

No obstante, consideramos adecuado agrupar en una sola norma las distintas regulaciones en materia de territorio físico, marítimo y aéreo<sup>25</sup>, y en particular, resolver expresamente el sentido de la extensión de la jurisdicción a la *zona contigua*, entendiendo que los crímenes y simples delitos en las materias mencionadas en el art. 593CC, cometidos en ese espacio, son perseguibles en Chile.

---

<sup>21</sup> En cambio, en España el tratamiento de esta materia no es parte del Cp 1995, sino que ha quedado entregada completamente al art. 23 de la Ley Orgánica Del Poder Judicial.

<sup>22</sup> **Art. 5° Cp:** "La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código."

**Art. 296 CB:** "Las leyes penales obligan a todos los que residen en el territorio, sin más excepciones que las establecidas en este capítulo".

**Art. 349 CB:** "Para conocer los delitos y faltas y juzgarlos son competentes los jueces y tribunales del Estado contratante en que se hayan cometido".

<sup>23</sup> No existe mayor discusión en relación al establecimiento del *principio de territorialidad* como regla general, ni es ella posible en lo que respecta al concepto de territorio, entregado por su naturaleza a las reglas del Derecho Internacional: espacio de tierra, mar y aire sujeto a la soberanía del Estado.

<sup>24</sup> Ver nota N° 18.

<sup>25</sup> **art. 5° Cp:** "los delitos cometidos en el mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código".

**Art. 593 CC:** "el mar adyacente, hasta la distancia de doce millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base, es mar territorial y de dominio nacional. Pero, para objetos concernientes a la prevención y sanción de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios, el Estado ejerce jurisdicción sobre un espacio marítimo denominado zona contigua, que se extiende hasta la distancia de veinticuatro millas marinas, medidas de la misma manera.

Las aguas situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial, forman parte de las aguas interiores del Estado".

**Art. 1° Código Aeronáutico.**- "El Estado de Chile tiene la soberanía exclusiva del espacio aéreo sobre su territorio".

c) ***Definición de lugar donde se ha cometido el delito.***

Parece del todo necesario establecer una regla general, correspondiente con el *principio de ubicuidad*, recogido en parte de nuestra doctrina<sup>26</sup> y en los ordenamientos del derecho comparado<sup>27</sup>. Además, para evitar lagunas poco acordes con la idea de justicia (como el caso *American Reefer*<sup>28</sup>), estimamos que debe adoptarse, como norma general, la regla del art. 309 CB, para casos de abordaje en alta mar.

d) ***Excepciones: casos de aplicación extraterritorial de la ley penal chilena***

(1) ***Regulación de las excepciones actualmente contenidas en el art. 6º COT y otras disposiciones de leyes especiales***

Las excepciones existentes en la legislación nacional no parecen ser objeto de debate doctrinario, salvo en cuanto a la naturaleza de su fundamento (si unas u otras han de agruparse en los principios de *personalidad, defensa, o universalidad*), pero no respecto de su número, necesidad o utilidad<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> La discusión se centra aquí en la disputa acerca de los principios a aplicar para determinar el *lugar de la comisión del delito: actividad, resultado o ubicuidad*. A favor del principio de *actividad* se esgrime la disposición del art. 157 COT (*Etcheberry II*, p. 72, contra la ubicuidad por riesgo de un *bis in idem*). A favor del principio de ubicuidad se encuentran *Novoa I*, p. 167 y ss.; *Cury I*, p. 193; *Politoff I*, p. 121; *Garrido I*, p. 133 lo tiene por mayoritario. Cousiño I, p. 188 y ss., constata no resuelto el punto y no se opone a ninguna alternativa. En donde existe cierto acuerdo en nuestra doctrina es en el rechazo a las reglas del art. 302 del Código de Bustamante, no obstante ser derecho internacional vigente entre los estados contratantes.

Las disposiciones legales vigentes relativas a esta discusión son las siguientes:

**Art. 302 CB:** "Cuando los actos de que se componga un delito se realicen en Estados contratantes diversos, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, si constituye por sí solo un hecho punible.

De lo contrario, se dará preferencia al derecho de la soberanía local en que el delito se haya consumado".

**Art. 303 CB:** "Si se trata de delitos conexos en territorios de más de un Estado contratante, sólo estará sometido a la ley penal de cada uno el cometido en su territorio".

**Art. 157 COT:** "Será competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio.

El juzgado de garantía del lugar de comisión del hecho investigado conocerá de las gestiones a que diere lugar el procedimiento previo al juicio oral.

El delito se considerará cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución".

<sup>27</sup> Tanto el art. 6 del Cp italiano, como el § 9 StGB contemplan reglas que consagran legislativamente el principio de *ubicuidad*.

<sup>28</sup> En nuestra jurisprudencia, aunque el principio de *ubicuidad* fue reconocido de antiguo (SCS 14.9.1964), últimamente la SCS de 3 de junio de 1991, recaída en un proceso por cuasidelito de homicidio y lesiones que habría acontecido en aguas internacionales (el caso del "*Canadian Reefer*") declaró que el hecho –donde perecieron pescadores nacionales embarcados en una goleta de bandera chilena– no se encontraba en los casos del art. 6º COT, aplicando el principio de *actividad*. Una solución diferente se encontraba, con todo, en el art. 309 CB.

<sup>29</sup> Los casos son los siguientes:

- **Art. 6 COT:** "Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican:

**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

---

- 1°. Los cometidos por un agente diplomático tico o consular de la República, en el ejercicio de sus funciones;
  - 2°. La malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República;
  - 3°. Los que van contra la soberanía o contra la seguridad exterior del Estado, perpetrados ya sea por chilenos naturales, ya por naturalizados, y los contemplados en el Párrafo 14 del Título VI del Libro II del Código Penal, cuando ellos pusieren en peligro la salud de habitantes de la República;
  - 4°. Los cometidos, por chilenos o extranjeros, a bordo de un buque chileno en alta mar, o a bordo de un buque chileno de guerra surto en aguas de otra potencia;
  - 5°. La falsificación del sello del Estado, de moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o de establecimientos públicos, cometida por chilenos, o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República;
  - 6°. Los cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró;
  - 7°. La piratería;
  - 8°. Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias, y
  - 9°. Los sancionados por el Título I del Decreto No. 5 839, de 30 de septiembre de 1948, que fijó el texto definitivo de la Ley de Defensa Permanente de la Democracia, cometidos por chilenos o por extranjeros al servicio de la República”.
- **Art. 3° CJM:** Los Tribunales Militares de la República tienen jurisdicción sobre los chilenos y extranjeros, para juzgar todos los asuntos de la jurisdicción militar que sobrevengan en el territorio nacional.
- Igualmente tienen jurisdicción para conocer de los mismos asuntos que sobrevengan fuera del territorio nacional, en los casos siguientes:
- Cuando acontezcan dentro de un territorio ocupado militarmente por las armas chilenas;
- Cuando se trate de delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio;
- Cuando se trate de delitos contra la soberanía del Estado y su seguridad exterior o interior contemplados en este Código.
- Cuando se trate de los mismos delitos previstos en el número anterior, contemplados en otros Códigos y leyes especiales, cometidos exclusivamente por militares, o bien por civiles y militares conjuntamente”.
- Art. 428 CJM:** “Para los efectos del artículo 3.- del Código de Justicia Militar, se considerará territorio nacional todo buque de guerra chileno y toda nave mandada por un Oficial que pertenezca a la Armada cualesquiera que sean las aguas en que se encuentren”;
- Art. 55 Ley 19.366:** “Para los efectos de lo establecido en el N° 3 del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto al sometimiento a la jurisdicción chilena de crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República, las disposiciones de la presente ley se entenderán comprendidas en el Párrafo 14 del Título VI del Libro II del Código Penal, sobre crímenes y simples delitos contra la salud pública”;
- Art. 3° DL 2.222 (Ley de Navegación):** “Las naves y artefactos navales chilenos estarán sujetos a esta ley, aunque se encuentren fuera de las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, sin perjuicio de la vigencia de la ley extranjera cuando la nave o artefacto naval se encuentre en aguas sometidas a otra jurisdicción. Pero en este último caso, si incurrieren en infracción a la ley chilena, los tribunales nacionales y la Dirección podrán hacer efectivas las responsabilidades penales y disciplinarias por esas infracciones cuando pudieren quedar sin sanción”;
- Art. 2° Código Aeronáutico.-** “Las aeronaves, sean nacionales o extranjeras que se encuentren en el territorio o en el espacio aéreo chileno, y las personas o cosas a bordo de ellas, están sometidas a las leyes y a la jurisdicción de los tribunales y de las autoridades chilenas.
- Las aeronaves militares chilenas están sometidas a las leyes y a la jurisdicción de los tribunales y autoridades chilenas cualquiera que sea el lugar en que se encuentren”.
- **Art. 5° Código Aeronáutico.-** “Las aeronaves civiles y de Estado chilenas, mientras se desplacen en el espacio aéreo no sujeto a la soberanía de ningún Estado, están sometidas a la ley chilena.
- Están también sometidas a las leyes penales chilenas y a la jurisdicción de los tribunales nacionales, aunque se encuentren en vuelo en espacio aéreo sujeto a la soberanía de un estado extranjero, respecto de los delitos cometidos a bordo de ellas que no hubieren sido juzgados en otro país.
- Las leyes penales chilenas son aplicables a los delitos cometidos a bordo de aeronaves extranjeras que sobrevuelen espacio aéreo no sometido a la jurisdicción chilena, siempre que la aeronave aterrice en territorio chileno y que tales delitos afecten el interés nacional”.

Se han planteado, no obstante, dificultades interpretativas importantes respecto del principio de *universalidad*:

a) el problema de la “transformación analógica de los tipos penales” (p. ej, genocidio, trata de esclavos, hechos no punibles bajo ese título entre nosotros, pero sí bajo otros diferentes);  
b) el significado de “comprendido en los tratados internacionales” del N° 8° art. 6° COT. Según el Prof. Politoff, ello debiera significar: “que el tratado obligue al Estado a la persecución del hecho, aunque cometido fuera de sus fronteras, y no solamente a tipificarlo”, aunque no es el predicamento de la Cancillería.

Por tanto, se propone, aparte de la ya anunciada incorporación de la numeración de casos al Código –alterando la técnica del actual art. 6° Cp<sup>30</sup>–, una solución que aclare lo más precisamente posible los tipos penales a que se refiere el actual art. 6°, y además, el sentido de su N° 8, siguiendo la propuesta del Prof. Politoff. Además, se propone incorporar directamente en el texto del Código, siguiendo las directrices del derecho comparado, los casos más relevantes derivados de las obligaciones internacionales a que dicho N°8 del actual art. 6° COT parece referirse<sup>31</sup>.

---

**Art. 1° de la Ley 5.478, de 14 de septiembre de 1934:** "El chileno que, dentro del país o en el exterior, prestare servicios de orden militar a un estado extranjero que se encuentre comprometido en una guerra respecto de la cual Chile se hubiese declarado neutral, sufrirá las penas...";

**Art. 4°, letra g) ley 12.927 sobre Seguridad del Estado:** "... los chilenos que, encontrándose fuera del país, divulguen en el exterior noticias o informaciones tendenciosas o falsas destinadas a destruir el régimen republicano y democrático de gobierno, o a perturbar el orden constitucional, la seguridad del país, el régimen económico o monetario, la normalidad de los precios, la estabilidad de los valores y efectos públicos y el abastecimiento de las poblaciones";

**Art. 305 CB:** “Están sujetos en el extranjero a las leyes penales de cada Estado contratante, los que cometieren un delito contra la seguridad interna o externa del mismo o contra su crédito público, sea cual fuere la nacionalidad o el domicilio del delincuente”.

**Art. 306 CB:** “Todo nacional de un estado contratante o todo extranjero domiciliado en él, que cometa en el extranjero un delito contra la independencia de ese Estado, queda sujeto a sus leyes penales”.

**Art. 307 CB:** “También estarán sujetos a las leyes penales del Estado extranjero en que puedan ser aprehendidos y juzgados, los que cometan fuera del territorio un delito, como la trata de blancas, que ese Estado contratante se haya obligado a reprimir por un acuerdo internacional”.

**Art. 308 CB:** “La piratería, la trata de negros y el comercio de esclavos, de trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos y los demás delitos de la misma índole contra el derecho internacional, cometidos en alta mar, en el aire libre o en territorios no organizados aún en Estado, se castigarán por el captor de acuerdo con sus leyes penales”

**Art. 309 CB:** “En los casos de abordaje culpable en alta mar o en el aire, entre naves de distinto pabellón, se aplicará la ley penal de la víctima.”.

**Art. 341 CB:** “[La competencia en lo penal] alcanza asimismo a los delitos o faltas cometidos en el extranjero por funcionarios nacionales que gocen del beneficio de inmunidad”.

**Art. 345 CB:** “Los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales. La nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos estará obligada a juzgarlo”.

<sup>30</sup> - **Art. 6° CP:** “Los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley”.

<sup>31</sup> Particularmente, en cuanto a los casos basados en el *principio de la universalidad*, lo más notable es la introducción como derecho nacional de supuestos derivados del *derecho penal internacional* de la segunda post-guerra, vinculados a la protección de los derechos de las personas: *trata de blancas, genocidio, terrorismo y tortura* (art. 23.4 LOPJ España, § 6 StGB). Además, con miras a la protección de los compromisos de *cooperación internacional*, se persiguen hechos cometidos fuera del territorio, cuando importen *delitos relativos a la energía nuclear, ataques al tráfico aéreo, tráfico ilícito de estupefacientes, delitos vinculados a los tratados comerciales, difusión de pornografía (infantil) y corrupción de menores, falsificación de moneda y documentos de pagos extranjeros*, etc. (art. 23.4 LOPJ España, § 6 StGB).

En lo que respecta al resto de los casos de excepción que se contemplan, las legislaciones europeas citadas tienen en común una enorme ampliación de los supuestos de aplicación extraterritorial de la ley penal en comparación con nuestra legislación nacional:

---

(2) *Problema especial de la ausencia de regulación de los delitos cometidos a través de Internet*

Este problema no encuentra tratamiento en las legislaciones comparadas consultadas, debido a que en ellas lo decisivo para la aplicación de la jurisdicción nacional es el tipo de delito y no el medio de comisión. Así, por ejemplo, en materia de difusión de pornografía infantil y corrupción de menores, en vez de establecer una regla especial para el medio de comisión, se consideran dentro del principio de universalidad.

e) ***Casos de delitos cometidos en territorio nacional, excluidos de la jurisdicción nacional***

No se hace mención a este aspecto, propio del derecho internacional público, que entre nosotros regula el Código de Bustamante<sup>32</sup>.

C. **Observaciones recibidas**

a) ***Sobre la técnica legislativa, del Prof. Raúl Carnevali***

“Todavía no alcanzo a comprender por qué es tan importante que artículos como el 4 y 5 deban contenerse en un Código Penal.”

b) ***Sobre la definición de lugar donde se ha cometido el delito, del Prof. René García***

“Propongo [...] fijar un criterio unitario para el lugar y tiempo de comisión del delito”.

---

a) En cuanto al llamado *territorio ficto*, se admite como tal el de las naves y aeronaves bajo bandera propia, con independencia del lugar donde se cometa el delito, según el derecho alemán (§ 4 StBG); o, salvo las excepciones contempladas en los tratados internacionales, según el art. 23.1. LOPJ y 4 Cp italiano.

b) En cuanto a los casos vinculados al *principio de personalidad*, se admiten muchos más supuestos que nuestra legislación, pero sin llegar al extremo de perseguirse *todos* los delitos cometidos por o contra un nacional (§ 4 StGB). En el caso español (art. 23.2. LOPJ), las limitaciones al principio de *personalidad activa* se basan en los criterios de *doble incriminación*, *non bis in idem* y un requisito procesal: la *previa denuncia* del Ministerio Fiscal. En Italia (art. 9), las limitaciones se refieren también a un requisito procesal (que el delincuente se encuentre en Italia), y a una prohibición de perseguir delitos de baja gravedad (penas menores a 3 años). Además, el derecho italiano (art. 10 Cp) establece un supuesto de *personalidad pasiva* (extensivo al Estado italiano), sujeto a similares limitaciones que las antes mencionadas.

c) En los casos vinculados al principio de *defensa*, los supuestos recogidos en los distintos códigos, con mayor o menor detalle, no se alejan significativamente de la orientación de nuestra legislación (cfr. § 4 StGB, art. 23 LOPJ, art. 7 CI).

<sup>32</sup> **Art. 299 CB:** “Tampoco son aplicables las leyes penales de un Estado a los delitos cometidos en el perímetro de las operaciones militares, cuando autorice el paso por su territorio de un ejército de otro Estado contratante, salvo que no tengan relación legal con dicho ejército”

**Art. 300 CB:** “La misma excepción se aplica a los delitos cometidos en aguas territoriales o en el aire nacional, a bordo de naves o aeronaves extranjeras de guerra”.

**Art. 301 CB:** “Lo propio sucede con los delitos cometidos en aguas territoriales o en el aire nacional en naves o aeronaves mercantes extranjeras, si no tienen relación alguna con el país y sus habitantes ni perturban su tranquilidad”.

---

c) *Sobre la excepciones: casos de aplicación extraterritorial de la ley penal chilena*

(1) *Del Prof. Raúl Carnevali*

“En relación al Art. 5 n° 4, que mantiene la misma redacción del Art. 6 n° 6 COT, no me parece conveniente que se limite a los autores chilenos, pues, podría presentarse el supuesto de que el autor sea un extranjero que viene a Chile sin haber sido juzgado. De ser así, su juzgamiento no sería posible.

Por último, en lo que se refiere a lo dispuesto al n° 10 del Art. 5, me remito a lo ya expresado anteriormente, en cuanto a la necesidad de incorporar estas figuras en nuestro ordenamiento interno. Ahora bien, no me parece pertinente hablar de trata de negros o de blancas, amén de ser discriminatorios no aclaran cuáles son las conductas que se incriminan.”

(2) *Del Prof. Juan Ignacio Piña*

“En el número 10 del artículo 5° (que debería decir 4°) se establece que hace excepción a la territorialidad de la ley penal, entre otras, la trata de negros, la trata de blancas, el comercio de esclavos y el tráfico de personas.

Todas estas formas de comercio humano puede resumirse en la *trata o comercio de personas*.

Creo que carece de sentido seguir hablando de la trata de negros (especialmente en un final de siglo en que han proliferado violentamente las tratadas humanas de países de Europa oriental y el Magreb).

**Propongo reemplazar la enumeración anterior simplemente por “la trata o comercio de personas”,** de modo de que queden incluidos la trata de negros, blancas, niños, esclavos, etc.”

(3) *Del Prof. René García*

“Sugiero agregar a la enumeración los delitos ecológicos ... [y] .. agregar a esta enumeración la hipótesis que sugiero suprimir del inciso 2° del artículo 4° [*territorio ficto*].

(4) *De los Profs. Chaves/Ferdman/Medina/Soto*

“Art. 5, N° 10, la inclusión del terrorismo parece polémica por las mismas razones que no se lo incluyó en el tratado...

... Arts. 5, N° 10, la referencia a la “trata de negros” y al tráfico de personas, como hipótesis distintas, no se entiende: ¿Cual es la diferencia?, ¿Porqué sólo los negros y las blancas?.

... El art. 5, N° 11, último párrafo, me resulta incomprensible y abiertamente inconstitucional. Confunde obligación abstracta de criminalizar, con tipificación concreta y ya realizada.”

**D. Propuestas de redacciones recibidas**

**a) Para reemplazar el art. 2º, del Prof. René García**

*“Artículo 2º. La ley penal chilena se aplicará a todo delito cometido en Chile, sea dentro del territorio nacional, en el mar territorial o en el espacio aéreo sujeto a la soberanía estatal. Quedan también sujetos a las leyes nacionales los delitos aduaneros, fiscales, de inmigración, ecológicos y sanitarios cometidos en la zona contigua.”*

**b) Para incorporar una regulación expresa del lugar y tiempo de comisión del delito, del Prof. René García**

*“Artículo 4º. Para los efectos de lo previsto en los artículos anteriores, y según se trate de delitos de acción o de omisión, éstos se entienden cometidos en el lugar y en el momento en que el agente actuó o debió haber actuado, independientemente del lugar y del momento en que se produjo la consumación del delito.”*

**c) Para incorporar un nuevo N° 12 al propuesto art. 5º [4º], del Prof. René García**

*“12. Los que resulten de un abordaje culpable en alta mar o en el espacio aéreo no sometido a jurisdicción de otro país, entre naves o aeronaves chilenas y extranjeras”.*

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 5º.** La ley penal chilena se aplicará a todo delito total o parcialmente perpetrado en Chile, sea dentro del territorio nacional, en el mar territorial o en el espacio aéreo sujeto a la soberanía estatal. Quedan también sujetos a las leyes nacionales los delitos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios cometidos en la zona contigua.

**Artículo 6º.** Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley y, especialmente, tratándose de los siguientes crímenes o simples delitos:

Corrección de estilo

1. Los cometidos a bordo de una nave o aeronave militar chilena;
2. Los cometidos a bordo de otras naves o aeronaves chilenas, en alta mar, o en el espacio aéreo no sujeto a jurisdicción de otro estado;
3. Los cometidos a bordo de otras naves o aeronaves chilenas que se encuentran en aguas o en el espacio aéreo sometido a la jurisdicción de otro país, si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del estado en que delinquirió;
4. Los que resulten de un abordaje culpable en alta mar o en el espacio aéreo no sometido a jurisdicción de otro país, entre naves o aeronaves chilenas y extranjeras.

5. Los cometidos contra chilenos si el culpable se encuentra en Chile y no ha sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró;
6. Los cometidos por chilenos, cuando solicitada su extradición por otro estado, ella hubiere sido denegada sólo por razón de su nacionalidad;
7. Los cometidos por un agente diplomático o consular de la República, y por las restantes personas que gozan de inmunidad según el derecho internacional, y que no han podido ser castigados en virtud de dicha inmunidad;
8. Los cometidos por funcionarios públicos, chilenos o extranjeros al servicio de la República, en el desempeño de sus cargos;
9. Los cometidos por chilenos contra la soberanía o contra la seguridad exterior del Estado;
10. Los que afectaren la salud pública, cuando ellos pusieren en peligro la salud de habitantes de la República;
11. La falsificación de moneda y papel moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o establecimientos públicos, cometida por chileno, o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República, y también de moneda y papel moneda extranjero para hacerlo circular en Chile;
12. La piratería, el genocidio, los crímenes de guerra, la tortura, el terrorismo y el tráfico de personas, siempre que el culpable se encontrare en Chile; y
13. Los demás comprendidos en los tratados celebrados con otros estados, que obliguen precisamente a Chile a ejercer jurisdicción sobre ellos, aún cuando no se hayan modificado las leyes nacionales.

## F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto

1. El artículo 5° aprobado por el Foro, que corresponde a la materia regulada en los arts. 2° y 4° de la propuesta, regula en una sola disposición tres aspectos importantes en orden a la aplicación de la ley penal chilena en el espacio: a) el establecimiento del *principio de territorialidad* como regla general; b) el concepto de *territorio*; y c) el establecimiento del *principio de ubicuidad*, como regla para la determinación del *lugar de comisión del delito*. La redacción aprobada por el Foro penal corresponde a un mejoramiento de estilo, sin alterar los fundamentos de las soluciones a dichos problemas contenidas en la propuesta original de la Secretaría Técnica.
2. Teniendo en cuenta que su concreción está sujeta a una necesaria revisión derivada de la redacción definitiva de la parte especial del código, el art. 6° aprobado por el Foro –contra alguna observación aislada–, recoge la idea de regular en el propio Código penal los casos más relevantes de aplicación extraterritorial de la ley penal chilena, con las siguientes modificaciones respecto del propuesto para esta materia por la Secretaría Técnica:
  - a) En su número 4° se recoge el caso del abordaje culpable en alta mar (art. 309 Código de Bustamante), comprendido en la propuesta como inc. 2° del art. 4°;
  - b) En su número 5°, se altera el actual 6 N° 6 COT (recogido como N° 4 de la propuesta), para dar entrada al principio de *personalidad pasiva absoluta*, con la sola limitación del lugar en que se encuentra el delincuente (Chile);



c) Se agrega un N° 6, que recoge el principio general contenido en la mayor parte de los tratados de extradición y en el Código de Bustamante, según el cual, negada la extradición, forzosamente ha de juzgarse en Chile al requerido;

d) En el N° 12 aprobado por el Foro, que corresponde al N° 10 de la propuesta, se recogen los principales casos relativos al principio de UNIVERSALIDAD, cambiándose las expresiones “trata de blancas”, “negros” y “tráfico de esclavos”, por la comprensiva “tráfico de personas”, conforme a las observaciones recibidas en ese sentido. Se mantiene la referencia al *terrorismo*, a pesar de una observación aislada, por entenderse que se trata de una materia a que nos obligan los tratados internacionales, obligaciones que no pueden eludirse. En todo caso, este numeral queda sujeto a la revisión de los tratados efectivamente vigentes en Chile.

Además, se establece como límite práctico de aplicación de esta regla, la presencia en Chile del delincuente.

e) En su N° 13 (11 de la Propuesta), se cambia la expresión “leyes patrias” por “leyes nacionales”, como corrección de estilo.

### **Tema 3. Efectos de la Ley en las personas**

#### **A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Artículo 6° [5°]. La ley penal chilena se aplicará por igual a todas las personas, sean éstas chilenas o extranjeras, sin más excepciones que las establecidas por la Constitución Política de la República y por los tratados internacionales vigentes en Chile.*

#### **B. Fundamento**

##### **a) Principio general: igualdad ante la ley**

A este respecto, la actual regulación del art. 5° Cp<sup>33</sup>, que no es discutida por la doctrina nacional ni genera mayores problemas prácticos, parece suficiente.

En esta materia, la diferente estructura constitucional de los estados europeos utilizados como modelo impide una adecuada comparación de sus regulaciones con la nuestra, sobre todo por la inexistencia en ellos de discusiones como las referidas a nuestro art. 324 COT (que se explicará más adelante).

---

<sup>33</sup> Art. 5° CP: "La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros".

b) *Excepciones:*

(1) De derecho internacional

En esta materia, entendemos sólo es posible hacer una remisión genérica a la existencia de tales excepciones<sup>34</sup>, pero no corresponde a un Código de derecho interno regular estas cuestiones.

(2) De derecho interno

Puesto que la inviolabilidad parlamentaria no es materia de ley, sólo es posible hacer una remisión al texto constitucional<sup>35</sup>. Además, se propone derechamente la derogación del art. 324 COT<sup>36</sup>, por el mayoritario rechazo doctrinal a la misma, aunque no lo ve así nuestra jurisprudencia<sup>37</sup>. La derogación aparece en una norma final del Código.

**C. Observaciones recibidas**

No hay.

**D. Propuestas de redacciones recibidas**

No Hay

---

<sup>34</sup> Entre ellas, pueden consultarse las siguientes:

**Art. 297 CB:** "Están exentos de las leyes penales de cada Estado contratante los Jefes de los otros Estados, que se encuentren en su territorio".

**Art. 298 CB:** "Gozan de igual exención los Rrepresentantes diplomáticos de los Estados contratantes en cada uno de los demás, así como sus empleados extranjeros, y las personas de la familia de los primeros, que vivan en su compañía".

**Art. 43, N° 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares:** concede inmunidad de jurisdicción a los funcionarios consulares "por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares"

**NOTA: ADEMÁS,** existe una importante cantidad de Convenciones internacionales que acuerdan a determinados funcionarios de organizaciones internacionales (ONU, OEA, FAO, OIT, UNESCO, FMI, CEPAL, etc.) un régimen de inviolabilidad semejante al de los agentes diplomáticos

<sup>35</sup> **Art. 58 CPR:** "los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión".

<sup>36</sup> **Art. 324 COT:** "El cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y la torcida administración de justicia y, en general, toda prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen a los jueces, los deja sujetos al castigo que corresponda según la naturaleza o gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal.

Esta disposición no es aplicable a los miembros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de la justicia. "

<sup>37</sup> Cfr. Politoff/Matus, *Comentario al art. 5° Cp*, p.69s.

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 7°.** La ley penal chilena se aplicará por igual a todas las personas, sean éstas chilenas o extranjeras, sin más excepciones que las establecidas por la Constitución Política de la República y por los tratados internacionales vigentes en Chile.

....

**Art final...**

1° Deróganse los arts. 6° y el inc. segundo del art. 324 del Código Orgánico de Tribunales.

2° Derógase el art. 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El único cambio en esta regla es el de su numeración (correspondía al art. 6° de la Propuesta), pues la norma se aprobó sin discusión tal como venía en la propuesta de la Secretaría Técnica, por sus propios fundamentos.
2. A propósito del artículo final (derogatorio de ciertas disposiciones) se planteó en la Sesión del Foro por el Sr. Juan Domingo Acosta que, además del art. 324 del COT, debía considerarse la derogación del artículo 11 de la LOC del Tribunal Constitucional que dispone un régimen de no responsabilidad de los miembros de dicho Tribunal por determinadas actuaciones ejecutadas en el desempeño de su cargo (Art. 11. Las decisiones, decretos e informes que los miembros del Tribunal expidan en los asuntos de que conozcan, no les impondrán responsabilidad). Hubo pleno acuerdo en recoger la sugerencia.

**3. MATERIALES DE DISCUSIÓN UNIDAD 2, SESIÓN DE 31 DE JULIO DE 2003.**

## DEL DELITO Y LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

### Tema 1. Encabezado del párrafo

#### A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica

*Código Penal*  
**LIBRO PRIMERO**

**TÍTULO I**

**DE LOS EFECTOS DE LA LEY PENAL, DE LOS DELITOS Y DE LAS  
CIRCUNSTANCIAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL, LA  
ATENÚAN O LA AGRAVAN**

*§ 2 De los delitos*

#### B. Explicaciones generales

- Orientación fundamental en esta materia ha sido la *neutralidad sistemática*, esto es, la propuesta pretende exclusivamente arribar a normas que resuelvan con claridad y de un modo que se estima conveniente las cuestiones fundamentales de la definición de la conducta punible, eludiendo conscientemente la adopción de modelos teóricos determinados. A juicio de la Secretaría Técnica, no corresponde a la ley tomar partido en disputas académicas, sino exclusivamente regular del modo más claro y adecuado posible la convivencia de los ciudadanos. Consecuentemente, tanto en el epígrafe como en los artículos que componen el párrafo no se emplean categorías sistemáticas tales como tipicidad, antijuridicidad, justificación o culpabilidad.
- Asimismo se ha optado por la mayor *economía* posible del recurso regulatorio. Se regula sólo lo que se considera indispensable en términos de seguridad jurídica, atendido el estado de la aplicación práctica del derecho penal en Chile. Así, mientras ha parecido indispensable abordar expresamente los efectos del error de prohibición, consagrar la posibilidad de construir tipos de omisión impropia o ajustar la cláusula de inimputabilidad transitoria a las exigencias del principio de culpabilidad, se ha prescindido de definir el dolo o lo culpa o de consagrar la exigencia de causalidad o imputación objetiva para la tipicidad de los delitos de resultado.
- En la misma línea, se ha prescindido de declaraciones de principios o garantías jurídico-penales en cuanto no expresen en regulación concreta de cuestiones concretas. A juicio de la Secretaría tales declaraciones sólo tienen sentido en el

texto constitucional. Con todo, se trata de un aspecto que perfectamente puede revisarse.

**C. Observaciones recibidas**

**a) Sobre la técnica legal**

(1) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

“Respecto de los epígrafes que hacen alusión a las materias reguladas, considero más apropiada la técnica utilizada por el Código Procesal Penal de anteponer en una frase sintética el contenido de la regulación, método adoptado de los códigos alemanes. Dejaría ciertos epígrafes sólo para agrupar materias homogéneas y que abarquen varios artículos, como lo hace actualmente el CP chileno”.

(2) Del Prof. Raúl Carnevali

“...Me parece útil que el Código penal, tal como lo hace el Código Procesal Penal, anteponga una frase que clarifique el contenido de la norma, pues de alguna forma permite orientar la labor del intérprete.”

(3) Del Prof. Juan Ignacio Piña

“Estoy completamente de acuerdo con los enunciados de las Explicaciones Generales: es necesaria la mayor economía regulatoria y la evasión de declaraciones de principios o disposiciones superfluas.”

(4) Del Prof. René García

“No entiendo si el sistema se está usando sólo para efectos de ordenar la discusión o si se propone insertarlos en el texto mismo del futuro código. De ser ésta la intención, me parece un sistema inconveniente y confuso, más aún por el hecho de que se utiliza el mismo símbolo de párrafo (§) para enumerar tanto los párrafos de la ley como los epígrafes sintéticos que preceden a cada párrafo y a cada artículo. De pretenderse innovar en la materia, prefiero el sistema del código alemán, ya adoptado por el Código Procesal Penal.”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hubo

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Código Penal  
LIBRO PRIMERO**

**TÍTULO I**

**DE LOS DELITOS Y DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXIMEN DE  
RESPONSABILIDAD CRIMINAL, LA ATENÚAN O LA AGRAVAN**

*§ 1 De los delitos*

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se adecua el encabezado del Título y del párrafo, a la forma del actual Código, pasando a ser el material normativo aprobado en la Unidad 1, Título III.

**Tema 2. Definición de delito**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. 9. Es delito toda acción u omisión dolosa o culposa expresamente penada por la ley.*

**B. Fundamento**

- Si bien no se considera indispensable ni del todo aconsejable contar con una definición de delito (como hace el art.10 del CP español<sup>38</sup>), se opta por una muy neutral, en homenaje a la tradición y con fines de simple ordenación sistemática.
- Inequívocamente se trata de un concepto unitario que abarca tanto al delito doloso como al culposo, superando la discusión previa respecto del sentido de la expresión “voluntaria” en los arts. 1º y 2º del CP vigente<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> **Art. 10.** “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”.

<sup>39</sup> Se propone sustituir de la definición de delito la expresión “voluntaria” por las más precisas de “doloso” y “culposo”, siguiendo el modelo del art. 10 del Cp español (ver nota anterior), y eliminar consecuentemente la presunción de voluntariedad del inc. 2º. del actual art. 1º, atendida la discusión que ella ha traído (sobre su alcance y verdadero sentido), asumiendo que todos los elementos del delito deben ser probados en un juicio oral (carácter garantista), según se explica en el *Comentario* que a este art. 1º hacen Bustos/Caballero. También se suprime el inciso tercero, para incorporar su regulación a una regla general sobre el error.

**C. Observaciones recibidas**

**a) *Sobre el alcance de la definición propuesta***

(1) *De la prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz*

“Una definición por muy neutral que sea debería tener en cuenta los demás elementos del mismo: la antijuricidad y la culpabilidad. Sin embargo, estimo útil mantener la disposición por los fundamentos expresados por la Secretaría, sin plantearla como definición, y destacando el principio de legalidad en sus aspectos de reserva de ley y de taxatividad”.

(2) *Del Prof. Juan Ignacio Piña*

“Creo contradictorio con [las Explicaciones Generales de la Propuesta] la definición de delito del artículo 9. Naturalmente, y como lo reconoce la propia secretaría, es una norma superflua, que no aporta nada. No creo que razones de «tradicición» justifiquen su incorporación. Creo que lo que hace el foro, en parte, es desembarazarse de parte de esa tradición. Creo conveniente suprimir el artículo 9 y no contar con una definición de delito.”

(3) *De los Profs. Miguel Soto y Ferdman*

“Porque en el texto normativo consideraciones puramente decorativas no pueden ser determinantes, creemos no debe incluirse la definición de Delito propuesta”.

**b) *Sobre el adverbio “expresamente”***

(1) *Del Prof. Enrique Cury*

“En este artículo... me parece superfluo el empleo del adverbio “expresamente.””

(2) *De la Prof. Silvia Peña*

“Suprimiría el adverbio expresamente, que queda sobreentendido en la expresión “penada por la ley”, ya que ésta mal podría imponer penas de manera tácita o implícita”.

**c) *Sobre la expresión “culposa”***

(1) *Del Prof. Enrique Cury*

“En este artículo, como en todos los que la emplean, sugeriría sustituir las expresiones culposa o, en su caso, culpa o culposo, por el adjetivo “imprudente” y sus respectivos



derivados. Esta última expresión evita, en mi opinión, las confusiones con el concepto de culpabilidad y me parece describir mejor en nuestro idioma aquello a que nos estamos refiriendo.”

(2) *De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz*

“Se plantea la conjunción [“*dolosa y...i*” o “*dolosa e...*”] y no la disyunción entre las frases [“*dolosa o...*”], por no ser incompatibles, y se reemplaza “culposas” por “imprudentes” para evitar la habitual confusión con el concepto de “culpable”.”

(3) *Del Prof. Raúl Carnevali*

“...Estimo que la voz *culposa* debiera ser reemplazada por *imprudente*, no sólo por la tradicional confusión que tiene lugar con la voz *culpable*, sino porque además, permite seguir una línea ya adoptada por el Derecho comparado”.

(4) *Del Prof. Juan Ignacio Piña*

“Si se conserva la definición de delito (y nuevamente rompiendo con la tradición nacional) reemplazaría la expresión «culposa» por «imprudente», tal como ha sido empleada por varios miembros del Foro en sus propuestas”.

**D. Propuestas de redacciones recibidas**

a) *Para sustituir la redacción propuesta por la Secretaría Técnica, de la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz*

“Art.... *Sólo pueden constituir delito las acciones y omisiones dolosas e imprudentes expresamente descritas y penadas en la ley*”.

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 1º.-** Sólo son delitos las acciones u omisiones dolosas o imprudentes expresamente descritas y penadas en la ley.  
Las acciones y omisiones imprudentes sólo son punibles cuando la ley lo disponga excepcionalmente.

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Sobre la ubicación del artículo: se recoge el sentir mayoritario de los miembros del Foro Penal, de comenzar el Código con una idea referencia al principio de legalidad de los delitos, según la proposición de la Prof. Horvitz..

2. El inc. 2º recoge el contenido del art. 11 propuesto por la Secretaría Técnica, con las correcciones de estilo que aparecen, y se ubica en este lugar a proposición del Prof. Cury.

3. Tanto en este artículo como en los restantes, se aprueba la idea de reemplazar la expresión “culposa” y sus derivados por la de “imprudente” y sus derivados, para evitar confusiones entre la imprudencia y el concepto de culpabilidad.

### **Tema 3. Comisión por omisión**

#### **A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. 10. El que omite evitar la consumación de un delito sólo será punible por dicho delito cuando se encuentre especialmente obligado a evitarlo.*

#### **B. Fundamento**

- La norma se introduce con el propósito de adecuar a las exigencias del principio de legalidad la unánime aceptación de la punición de la omisión impropia o comisión por omisión<sup>40</sup>. La necesidad de esta adecuación es rechazada por reputadas opiniones tanto en la literatura comparada como nacional<sup>41</sup> que entienden que la tipicidad de la omisión impropia simplemente pasa por una correcta interpretación de los tipos penales. Siendo esto probablemente cierto, no es menos cierto, sin embargo, que la ausencia de norma genera incertidumbre y la sola consideración de la sutileza argumental necesaria para mantener los delitos de omisión impropia como delitos especiales sugiere que los límites deben encontrarse en la ley. Bien o mal, ésta es la decisión usual en el derecho comparado<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> *Novoa* I, p. 345; *Etcheberry* I, p. 203 y ss.; *Cury* I, p. 294 y ss.; *Garrido* II, p. 181; *Politoff* I, p. 240 y ss.; en la jurisprudencia baste la ya célebre sentencia de la Corte Suprema, de 4 de agosto de 1998, *Contra Carlos Castro Muñoz*, GJ 218 (1998), 109 (113), que abiertamente reconoce prescindir “de algunas reservas sobre la constitucionalidad” de la punición.

<sup>41</sup> *Carnevali*, Revista de Derecho UC del Norte N° 9, 2002, p. 69 [74 y ss.], con abundantes referencias.

<sup>42</sup> **Artículo 11 Cp Español.** “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

**§ 13 StGB. “Comisión por omisión.** (1) El que omite evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo es punible conforme a esa ley cuando deba responder jurídicamente porque el resultado no se produzca y cuando la omisión corresponda a la realización de del tipo legal mediante una acción.

(2) La pena puede disminuirse conforme al § 49 I.”

**Art. 40 Código Penal italiano – “Rapporto di causalità.** Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione.

- 
- Vinculada con la discusión anterior, surge luego la cuestión sobre el fundamento y, con ello, sobre los alcances de la responsabilidad por la omisión impropia. Como alternativas se presentan, por una parte, un modelo basado en la *infracción de un especial deber* de actuar (con base en una posición de garante); por la otra un modelo basado en la *equivalencia estructural* entre acción y omisión en determinados contextos y bajo determinadas circunstancias. Los textos legislativos tenidos en cuenta siguen el primer modelo (Italia) o mezclan ambos (Alemania y España: posición de garante + cláusula de equivalencia), quedando la impresión que la práctica jurisprudencial tiende a agotarse en la consideración del deber de actuar, es decir, tiende a imponer el primer modelo. Lo mismo ocurre mayoritariamente en nuestra literatura<sup>43</sup>. Aquí se propone una solución basada exclusivamente en el deber de actuar – prescindiendo de la mención del término técnico “posición de garante” – sin referencia a la equivalencia, aunque entendiendo que la posibilidad de construir responsabilidad por omisión pasa siempre por la interpretación del específico tipo penal. Se ha planteado que este modelo tiende a una indebida expansión de la responsabilidad penal, especialmente en países donde tradicionalmente los tribunales han sido reticentes a la omisión impropia, como sería en caso español y el chileno. Es dudoso, sin embargo, que dicha tradicional reticencia se deba sólo a la inexistencia de norma legal, en tanto que es abiertamente descartable que se deba a una cierta adhesión al poco desarrollado modelo de equivalencia estructural, de modo que nada permite prever un aumento significativo de la criminalización. Con todo, podría discutirse la posibilidad de introducir una cláusula de *numerus clausus* en materia de omisión impropia, limitando su aplicación a los delitos de la parte especial que lo ameriten, para lo cual nuestra jurisprudencia – centrada en delitos contra la vida y contra la salud – podría servir de orientación.
  - Sobre la base de lo anterior y contrariamente a lo que se aprecia en algunos ordenamientos extranjeros, no ha parecido necesario incluir una cláusula de atenuación de la pena, ni aun facultativa.
  - En cuanto a la definición de la omisión relevante se ha preferido vincular ésta a la *consumación* de un tipo penal y no a la verificación de un resultado, como es usual en el derecho comparado, con el objeto de no limitar necesariamente la aplicación de la norma a los delitos de resultado, cuestión que ha sido arduamente debatida en el derecho comparado<sup>44</sup>.
  - Por otra parte, se ha prescindido del intento de zanjar legislativa y formalmente cuáles son las fuentes del especial deber de evitación (posiciones de garante) de la consumación del delito. La discusión a propósito del nuevo CP español sugiere la inconveniencia del intento<sup>45</sup>.

---

Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.”

<sup>43</sup> Cury II, p. 295; sólo se hace cargo expresamente de la equivalencia Politoff I, p. 244, 250 y ss., si bien para abordar cuestiones que otros autores nacionales tratan en la interpretación de tipos penales específicos, específicamente la pregunta de si la redacción de un determinado tipo penal admite o no razonablemente su “transformación” en una omisión.

<sup>44</sup> cfr. Silva Sánchez, El nuevo CP. Cinco cuestiones fundamentales, p.74 y s.

<sup>45</sup> cfr. Silva Sánchez, cit., p. 68, 78.

- Por último, se entendió que la voz “omitir”, conforme a cómo la comprende nuestra literatura, supone la posibilidad concreta y actual de actuar, de suerte que no se requieren más referencias en ese sentido en el texto.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Sobre la denominación utilizada para identificar el tema, del Prof. F. Caballero*

“El título de Comisión por Omisión no aparece aconsejable dada la fuerte crítica que en doctrina se plantea a dicha denominación por la aparente contradicción que engloba su significación. En este sentido y de estimarse necesaria la denominación pareciera aconsejable el término de omisión impropia. “

#### b) *Sobre la necesidad de incorporar una regla general en esta materia (y su rechazo<sup>46</sup>)*

##### (1) *Del Prof. A. Etcheberry*

“Tales infracciones no son actualmente contempladas en nuestra ley. Los delitos de omisión en la Parte Especial son todos de omisión propia o simple. Más aún: las disposiciones sobre omisión de socorro (art. 494, N° 13 y 14) muestran más bien un criterio opuesto a su admisión: es posible que la omisión del socorro debido o posible sea seguida de la muerte de la víctima. Pero el Código no castiga en ese caso como homicida al omitente, sino como autor de una falta.

Si bien hay casos (109, inc. 11; 253; 273; 330; 491; 492) en que el delito de omisión simple ve aumentada su pena cuando ella es seguida de una consecuencia más grave, el Código no responsabiliza directamente al omitente como autor del delito que resulta, sino que simplemente eleva la pena del delito-base de omisión simple, que típicamente sigue siendo el mismo. Tampoco se ofrece un criterio para establecer cuándo el resultado más grave está vinculado causalmente con la omisión (lo que ya sabemos que es imposible de hacer).

Los delitos de comisión por omisión fueron creación de la doctrina y la jurisprudencia alemanas dentro de su antiguo Código, que no los contemplaba. Con el Código de 1975 se incorporaron al texto legal. El Código Rocco, de la Italia fascista los contempló en su art. 40. Nuestra doctrina los ha aceptado en general sin mayores problemas.

¿Cuál sería entre nosotros la extensión o campo de acción de estos delitos? Sólo el delito de homicidio y el de daños podrían concebirse como cometidos por “omisión”. Otros, en que podrían darse situaciones parecidas (lesiones, aborto, incendio, estragos) están estructurados de tal manera que forzosamente exigen la comisión por acción. Los ejemplos que la doctrina ofrece como delitos de esta naturaleza giran siempre en torno del homicidio.

<sup>46</sup> Se debe apuntar que la mayor parte de quienes emitieron observaciones sobre la materia están por su regulación de una forma u otra, según aparece en las restantes observaciones recibidas.

Con razón se ha caracterizado a los delitos de “comisión por omisión” como propios de un pensamiento autoritario y moralizante, empeñado en aumentar el campo de la represión. En verdad, la punibilidad en estos casos no puede soslayar la falta de relación causal entre una omisión y un resultado o acontecimiento determinado. El criterio que se ofrece para determinarla (la adición mental hipotética, reverso de la “supresión” en los delitos de acción) parte de una petición de principio: no es posible afirmar que añadiendo mentalmente la acción omitida, el resultado se habría evitado. Es imposible saber si en caso de haberse lanzado el salvavidas al rescate del bañista éste se habría salvado, ni que en caso de que la enfermera hubiera suministrado oportunamente la medicina al enfermo grave éste no habría fallecido. En ambos ejemplos, se trata de simples posibilidades.

En realidad, el castigo del omitente en estos casos no obedece sino al rechazo moral que nos produce su actitud de indiferencia hacia la posibilidad de un resultado grave, y al deseo de sancionar la peligrosidad evidenciada por el garante omisivo: una mezcla de la rígida moral kantiana y el derecho penal de autor del positivismo.

Cuando el art. 40 del CP Italiano dice que “no impedir” equivale a causar u ocasionar, sólo hace una afirmación de voluntad legislativa: “equivale” porque la ley quiere que equivalga, no porque lo sea en realidad. Igualmente, el art. 13 del CP Alemán cuando subordina la penalidad de estas infracciones a que “la omisión corresponda a la realización de un tipo legal mediante un hacer” cae también en una petición de principio: el quid está en saber cuándo (si es que alguna vez ocurre) una omisión “corresponde” a un hacer.

La mejor prueba de las incertidumbres creadas está en que el propio art. 13 del CP Alemán autoriza en esta clase de infracciones una considerable atenuación de la pena conforme a lo previsto en el # 49, párrafo 1.

El abierto quebrantamiento del principio “no hay pena sin culpa” a que estas disposiciones pueden llevar aparece más de manifiesto cuando se considera que la ley atribuye al garante omisivo la responsabilidad por el resultado típico doloso. Ahora bien, la omisión, si bien puede ser dolosa, también es posible culposamente. Parecería que en estos casos se impondría al menos un castigo por el resultado culposo, si está previsto en la ley, pero la totalidad de las disposiciones que consagran legislativamente la punibilidad de la comisión por omisión no hacen esta distinción.

Lo que ocurre con estas situaciones es que ellas constituyen abandono o incumplimiento grave de deberes que incumben al garante, y no una causación del resultado. El deber del garante no era el de impedir el resultado, sino el de esforzarse por evitarlo. A ese deber faltó y por eso debe ser castigado, pero no en virtud de una causación inventada por la simple voluntad legislativa.

*Las consideraciones precedentes permiten concluir nuestra personal oposición a la inclusión en el texto del propuesto Art. 10, que incorpora ampliamente los delitos de comisión por omisión al nuevo Código*<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Nota del Prof. Etcheberry: “Entendemos que estas infracciones serían más adecuadamente castigadas en la Parte Especial como infracciones (dolosas o culposas, en su caso) al deber de procurar la evitación de un evento. No habría a nuestro juicio inconveniente en graduar la pena según la importancia del bien jurídico que se debía proteger o garantizar, cuando el resultado indeseado se produce, pero siempre porque en tal caso el deber de procurar la evitación era más apremiante y urgía en forma especial: no porque el garante haya “causado” el resultado.

Otra posibilidad es la de contemplar un precepto parecido en este apartado del Proyecto, con carácter general, que prevea para tales casos la omisión dolosa y la culposa, con diferentes penas, y que vincule la omisión a la importancia del bien que resultó afectado, p. ej., limitando la penalidad a la mitad de la que habría correspondido a la realización positiva dolosa o culposa del evento ocurrido.”

(2) Del Prof. René García

“soy contrario a una norma general sobre la comisión por omisión, por estimar suficiente una correcta interpretación de los tipos penales, y porque una cláusula general de ese tipo afectará negativamente la posición tradicionalmente restrictiva de nuestra doctrina y jurisprudencia frente a la punibilidad de estas hipótesis. Por lo demás, la aplicación en concreto de una cláusula general como la propuesta va implicar siempre y necesariamente las mismas “sutilezas argumentales” que la CT pretende evitar con la norma analizada. Con todo, de estimarse necesaria una mayor claridad legislativa, prefiero un sistema de *numerus clausus*, caso en que se podría discutir la introducción en la parte especial — específicamente respecto de los delitos contra la vida y contra la integridad corporal (u otros que específicamente se señalarán)— una cláusula similar a la propuesta, aunque reducida en su aplicación a dichas figuras, con lo que se evitarían los riesgos de expansión excesiva ya expresados.”

(3) De Los Profs. Soto y Ferdman

“En el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión, no parece pertinente una cláusula como la propuesta en el artículo 10, que esta solucionando en la Ley problemas dogmáticamente muy discutidos.”

**c) *Sobre la limitación de la comisión por omisión a los delitos de resultado***

(1) Del Prof. Eduardo Novoa A.

“No me parece suficientemente atendible la razón esgrimida en la propuesta para abandonar la mención del resultado, a cuya evitación tiende la pasividad del sujeto, como el factor que define el injusto en la omisión impropia, y reemplazarlo por una referencia a la “consumación de un delito”, ya que la comprobación del hecho punible depende de una verificación previa donde el fundamento de la responsabilidad penal pertenece, al decir de Quintero Olivares, al ámbito normativo que determina cuando se podrá imputar el resultado disvalioso a quien nada hace para evitarlo. Refuerza lo anterior el que para generalidad de la doctrina la omisión impropia aparezca acotada principalmente a los ataques contra bienes jurídicos personales como la vida y la integridad física, donde el resultado asume un rol preponderante como fundamentador del injusto. Pienso por esas razones que es más adecuado usar la fórmula inicial empleada por la ley penal española y alemana.”

(2) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

“Estimo preferible hacer alusión al “resultado” —como hacen las legislaciones que la Secretaría considera— y no a la “consumación” del delito, por resultar más garantista. Los demás casos deberían ser objeto de tipificación expresa”.

(3) Del Prof. Raúl Carnevali

“Con respecto a la propuesta de la Secretaría debo manifestar mi discrepancia, pues el que sólo se adopte un modelo basado en la infracción de un deber, supone que el fundamento de la imputación está dado por haber infringido un determinado deber cualificado de evitación de un resultado y no por haber *realizado* el tipo que exige un resultado. Es decir, se está castigando a un sujeto únicamente por infringir un determinado deber de evitación. Como parece ser que el criterio de la Secretaría Técnica es considerar que los tipos de la Parte Especial se construyen sobre la base de tipos causales de base prohibitiva, mantener el modelo de infracción de deber implicaría recurrir a una analogía *in malam partem*. En efecto, tenemos por un lado un tipo penal que no comprendería las omisiones, pero, sin embargo, fundamentamos la punibilidad sobre la base de una norma de mandato, aplicando un tipo penal que no está escrito —el sujeto no mata, pero lo castigamos como si hubiese matado, por no haberlo evitado teniendo el deber—.”

(4) Del Prof F Caballero

“el artículo 10 de la propuesta parece confundir lo que es la obligación de impedir la realización de un delito (la cual autónomamente podría considerarse delictiva) con la obligación jurídica de actuación que puede recaer sobre una persona determinada (deber de garante) y que constituye una especial circunstancia que obliga al sujeto activo a la evitación de un riesgo que no necesariamente es delictivo. Por eso la obligación de actuación debe plantearse como dirigida a la evitación de un resultado (material o normativo) y no de un delito.”

**d) *Sobre la limitación de los delitos de omisión impropia a determinados bienes jurídicos, del Prof. Miguel Viveros***

“Por una parte, como la propia C. Técnica lo advierte, preocupa el riesgo de expansión del campo de la omisión punible, en circunstancias que los actuales apoyos dogmáticos (Art. 492 C.P.) alcanzan, en el mejor de los casos, a algunos de los hasta ahora llamados delitos contra las personas (en especial, atentados contra la vida y salud). Si a lo anterior se suma que las hipótesis que suelen discutirse, corresponden a homicidios o lesiones por omisión, en esta materia creo aconsejable hacer una referencia limitativa a esos bienes jurídicos.

Por otro lado, creo más exacto decir que el deber de actuar está referido a la evitación de una lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico, más que a impedir “la consumación de un delito”.

Igualmente, me parece mejor una redacción que enfatice que la omisión impropia no consiste en “no evitar” el resultado sino, cosa algo distinta, en “no actuar para evitar”, pues la obligación de actuar que emana de la posición de garante, creo no conlleva un deber de eficacia. Es cierto que lo dicho se vincula con la posibilidad concreta de evitar, implícita en la noción jurídica de la omisión; sin embargo, marcar el énfasis que sugiero, permite despejar cualquier equívoco posible y facilita la conexión con criterios normativos de imputación. De paso, subrayaría el carácter “jurídico”, no sólo especial, de la obligación de actuar.”

**e) *Sobre la necesidad de incorporar una cláusula de equivalencia***

(1) *De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz*

“Estimo preferible una solución como la existente en España y Alemania, esto es, la alternativa de la infracción del deber de actuar + cláusula de equivalencia, justamente porque una norma expresa que contenga criterios claros de imputación a título omisivo puede favorecer un desarrollo jurisprudencial prácticamente inexistente en el país en esta materia”.

(2) *Del Prof. Raúl Carnevali*

“...Se presentarían menos reparos ... si se agrega una cláusula de equivalencia estructural entre la acción y la omisión. Lo anterior podría permitir ir desarrollando criterios que nos permitan precisar estas cláusulas de equivalencia<sup>48</sup> .

... En cuanto en no precisar las fuentes de posición de garante, estoy de acuerdo con la propuesta...

... En definitiva, si se toma la decisión de tratar legislativamente la comisión por omisión, creo que debería seguirse la disposición alemana...”

(3) *Del Prof. F. Caballero*

“se hace necesario (...) incorporar la cláusula de correspondencia para darle certeza a la previsión legal de la omisión impropia”.

**f) *Sobre la expresión “especialmente obligado”, del Prof. Juan Ignacio Piña***

“Creo que es adecuado incorporar un artículo que resuelva los problemas de legalidad de la omisión impropia. Sin embargo —y especialmente al leer las consideraciones de la Secretaría de optar por un fundamento en la posición de garante— no creo que la expresión «se encuentre especialmente obligado» sea la más correcta. No creo que el «especialmente» refleje adecuadamente la idea de una posición de garante (un deber de actuar), ni creo que tenga un alcance definible. Habría que buscar una expresión que hiciera mención a dicha posición, tal vez sería mejor decir «cuando se encuentre personalmente obligado a evitarlo», creo que al hablar de «personalmente» se hace una referencia más limpia al deber de evitación que sobre él recae.

Por otro lado, estoy de acuerdo respecto de la conveniencia de eludir cualquier orientación respecto de las fuentes de las posiciones de garante. Sin embargo, tengo mis dudas respecto

---

<sup>48</sup> Nota del Prof. Carnevali: “Es cierto, que la voz resultado puede presentar algunos inconvenientes, pero hay que consignar que los reparos que plantea Silva Sánchez al respecto, se deben a la redacción del CP español —delitos que consistan en la producción de un resultado—, lo que no acontecería si sólo se habla de resultado, tal como lo hace el CP alemán. En consecuencia, resultado debe entenderse desde una perspectiva jurídica y no material.”



---

de si ello es efectivamente posible en nuestro estado actual de evolución jurisprudencial. Es cierto que la experiencia española no ha sido muy feliz, pero especialmente en nuestro país, tal vez sería conveniente incorporar alguna orientación para el juez a este respecto. Obviamente este intento debería omitir cualquier tecnicismo y, en general, contener una cláusula normativa amplia que permitiera la incorporación, cuando corresponda, de determinados hechos que son capaces de poner a alguien en posición de garante.”

**g) *Sobre la penalidad de la comisión por omisión***

(1) *Del Prof. Enrique Cury*

“Me inclinaría a discutir la posibilidad de una atenuación de la pena, siquiera sea facultativa, para los delitos omisivos impropios. Siempre he pensado que ellos importan un injusto inferior que el del respectivo delito activo.”

(2) *Del Prof. Raúl Carnevali*

“No comparto [del modelo alemán]... [lo relativo a la disminución de la pena] ... aun cuando sea facultativa.”

(3) *Del Prof. Miguel Viveros*

“En fin, acoger el modelo basado en la infracción del deber de actuar no es incompatible con tener en cuenta que la equivalencia de los injustos del hacer y el omitir es dudosa y discutible; por tal motivo, me parece conveniente contemplar una atenuación facultativa de la pena, confiando al juez la valoración final.”

(4) *Del Prof. Alfredo Etcheberry*

“Para el caso de que el art. 10 propuesto se incorpore en definitiva al nuevo texto, propondríamos al menos que se contemplara en él una atenuación obligatoria de la pena en la medida que se estimare justo”.

**D. Propuestas de redacciones recibidas**

**a) *Para sustituir la redacción propuesta por la Secretaría Técnica***

(1) *Del Prof. Eduardo Novoa A.*

Art. ... “El que omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal sólo será penado cuando se encuentre especialmente obligado a evitarlo”.

(2) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

“Art.... El que omite evitar el resultado de un delito sólo será castigado como autor del mismo cuando sobre él pese un deber jurídico de evitarlo y cuando la omisión corresponda a la realización del delito mediante una acción”.

(3) Del Prof. Miguel Viveros

“Art. .... Quien no actúe para evitar un daño para la vida o salud de las personas, estando jurídicamente obligado a hacerlo, será sancionado con la pena prevista para el autor de homicidio o lesiones según corresponda. En estos casos el juez podrá rebajar la pena en un grado.”<sup>49</sup>”

(4) De la Prof. Silvia Peña

“Art. ...El que no evite la producción de un resultado previsto en la ley como delictivo, sólo será punible cuando pese sobre él un especial deber de evitarlo”.

(5) Del Prof F. Caballero

Art. 11 (art. 10 de la propuesta): "Omitir evitar un resultado que forma parte de la conducta punible equivaldrá a su causación sólo cuando el que omite se encuentra jurídicamente obligado a su evitación".

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**NO REGULAR LA MATERIA.**

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

El Foro, tomando en cuenta las numerosas observaciones recibidas respecto del art. 10 propuesto por la Secretaría Técnica, estuvo por eliminar la norma propuesta, en el entendido de que los delitos de comisión por omisión deben legislarse expresamente en la parte especial, aunque también hay quienes optaron por la supresión del artículo, considerándolo simplemente superfluo.

---

<sup>49</sup> Nota del Prof. Viveros: “Incluso la norma podría ubicarse dentro del Título correspondiente a los crímenes o simples delitos contra la vida y la salud, lo que permitiría redactarla haciendo referencia a los “Arts. precedentes””.

---

**Tema 4. Dolo y culpa**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. 11. Sólo son punibles las acciones y omisiones dolosas, a menos que la ley imponga especialmente pena para la conducta culposa.*

**B. Fundamento**

- Se mantiene el sistema de *numerus clausus* tradicional en nuestro derecho en materia de responsabilidad por culpa (art. 10 N° 13) y en la actualidad absolutamente dominante en el derecho comparado<sup>50</sup>. No parece requerir mayor fundamentación. La redacción no es más que adecuación a la nueva sistemática propuesta (que no distingue entre delito y cuasidelito) y a la terminología asentada en nuestra literatura (y legislación reciente, v. gr. art. 241 CPP 2000)<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> **Artículo 5 Código Penal Español.** “No hay pena sin dolo o imprudencia”.

**Artículo 12 Código Penal Español.** “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.”

**§ 15 StGB.** “**Actuar doloso y culposo.** Sólo es punible el actuar doloso si la ley no amenaza expresamente con pena el actuar culposo.”

**§ 18 StGB.** “**Pena más grave en caso de consecuencias especiales del hecho.** Si la ley vincula a una consecuencia especial del hecho una pena más grave, ésta sólo se le aplica al autor o partícipe cuando respecto de esa consecuencia se le pueda reprochar al menos culpa”.

**Art. 42 Código Penal italiano – “Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva** - Nessuno può essere punito per una azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà.

Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge.

La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione od omissione.

Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa.”

**Art. 43 Código Penal italiano – “Elemento psicologico del reato - Il delitto:**

è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione;

è preterintenzionale, o oltre la intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente;

è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico”.

<sup>51</sup> Cabe destacar que en España, donde hasta la entrada en vigencia del Cp 1995 se mantuvo el sistema de *numerus apertus*, la fuerte resistencia doctrinal y jurisprudencial llevó a consagrar también un sistema similar al vigente entre nosotros, aunque con una técnica legislativa diferente (los cuasidelitos se mencionan en cada título de la parte especial y no al final, como en el actual t. X de nuestro Cp, L. II).

- Se prescinde, sin embargo, de todo intento de definición del dolo o de la culpa con sus formas o grados, por considerarse tarea propia de la jurisprudencia y de la doctrina, sin perjuicio que en la Parte Especial se uniforme la terminología y se revisen globalmente las exigencias particulares de la responsabilidad culposa. En la legislación comparada consultada esto es lo habitual, con la sola excepción del longevo código italiano.
- Asimismo, no ha parecido necesario introducir una norma sobre preterintencionalidad, en consideración a que existe un amplio consenso doctrinario y jurisprudencial en torno al correcto tratamiento de dichas hipótesis en el marco de la teoría concursal<sup>52</sup>.
- Por último, tampoco se propone una norma sobre *calificación por el resultado*, similar a la contenida en el § 18 del código alemán. La razón es política. La norma alemana expresa algo que entre nosotros no sólo concita unánime respaldo doctrinario sino que se ha impuesto en buena medida en la práctica, como piso mínimo impuesto por el principio de culpabilidad. La pregunta es si es satisfactorio quedarse en ese piso y aceptar la correlativa *potencial expansión genérica de la responsabilidad culposa*. En efecto, si sólo puede haber responsabilidad penal con dolo o culpa y si la culpa se sanciona sólo si la ley lo dispone especialmente, en rigor sólo se debe responder por la producción *dolosa* del resultado, en circunstancias que con esta norma de calificación por el resultado habría de responderse también a título de culpa. Esta consecuencia expansiva no se da tratándose de resultados cuya producción culposa se encuentra expresamente penada por ley, caso en el cual el punto se resuelve sencillamente conforme a las reglas concursales; en caso contrario, si no ha habido dolo a su respecto, la producción del resultado no debería ser punible. Parece conveniente que cualquier expansión de la responsabilidad culposa se aborde específica y conscientemente en la Parte Especial.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Sobre su ubicación sistemática*

##### (1) *De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz*

“[Lo] pondría luego del 9º y antes del 10”.

##### (2) *Del Prof. F. Caballero*

El artículo 11 de la propuesta (pasaría a ser art. 10) debería ir inmediatamente a continuación del art. 9, toda vez que de dicho modo adquiriría mayor sentido e importancia

---

<sup>52</sup> Cfr. ya el panorama presentado por Rivacoba y Rivacoba, El principio de culpabilidad, p. 67 y s.

sistemática el tratar el concepto de delito junto a las formas que puede revestir el elemento subjetivo integrante de dicho concepto.

**b) Sobre la expresión “culposa”**

(1) Del Prof. Enrique Cury

“...sugeriría sustituir las expresiones culposa o, en su caso, culpa o culposo, por el adjetivo “imprudente” y sus respectivos derivados. Esta última expresión evita, en mi opinión, las confusiones con el concepto de culpabilidad y me parece describir mejor en nuestro idioma aquello a que nos estamos refiriendo...”

(2) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

“Estoy de acuerdo con su contenido; sólo cambiaría “culposa” por “imprudente” por lo explicado [en la observación al art. 9 propuesto]”

(3) Del Prof. Raúl Carnevali

“...Cambiar la expresión *culposa* por *imprudente*...”

**c) Sobre la necesidad de regular supuestos de preterintencionalidad, del Prof. A. Etcheberry**

“El Proyecto, expresamente, no ha querido introducir un precepto o inciso relativo al tratamiento de las infracciones preterintencionales, aduciendo que entre nosotros existe amplio consenso en el tratamiento de tales infracciones por la vía de la reglamentación concursal, y al rechazo unánime de los delitos calificados por el resultado y de los casos de *versari in re illicita*. Esto último nos parece aceptable, pero en las infracciones preterintencionales propiamente tales (dolo en la base y culpa en el resultado ulterior) la construcción doctrinal hoy consensuada tropieza con ciertas dificultades cuando el llamado delito-base doloso no ha llegado en realidad a adquirir entidad objetiva propia (se buscaba una lesión leve y el único resultado fue una gravísima), que aconsejarían dedicarle algún precepto.”

**d) Sobre la necesidad de limitar la punibilidad (a culpa grave y culpa simple acompañada de infracción reglamentaria), del Prof F. Caballero**

“El art. 11 de la propuesta, sin perjuicio de las definiciones que en la parte especial se adopten respecto de la culpa, debería tener contener una cláusula que limite en general la punibilidad sólo a la culpa grave y a la simple cuando vaya acompañada de infracción reglamentaria.”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

**a) Del Prof. René García**

“Art... *Las acciones y omisiones culposas sólo son punibles cuando la ley lo disponga expresamente*”.

**b) Del Prof. F. Caballero**

*Art. 10 (art. 11 de la propuesta) "Únicamente son punibles las acciones y omisiones dolosas, a menos que la ley imponga especialmente pena para la conducta culposa, en cuyo caso sólo podrá ser por culpa grave o bien por mera culpa cuando además se infrinjan los reglamentos"*.

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

“Art. 1º inciso, 2º ... *Las acciones y omisiones imprudentes sólo son punibles cuando la ley lo disponga excepcionalmente*”.

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El artículo 11 propuesto por la Secretaría, pasó, con las correcciones de estilo que se aprecian, a ser inc. 2º del art. 1º, según propuesta del Prof. e. Cury.

**Tema 5. Error de tipo**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. 12. El error sobre la concurrencia de un elemento esencial de la conducta punible excluye el dolo. Si el error ha sido evitable, la conducta podrá sancionarse a título de culpa, si procede.*

*Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará también al error sobre la concurrencia de un presupuesto esencial de una causa de exención de responsabilidad penal.*

*Las circunstancias desconocidas por el sujeto no se considerarán para agravar o calificar su responsabilidad penal, pero sí para atenuarla o privilegiarla.*

**B. Fundamento**

- La disposición regula el *error de tipo*, separadamente del error de prohibición, que se trata en el artículo siguiente, recogiendo el consenso fundamental presente en los

textos legales extranjeros<sup>53</sup> y en nuestra doctrina (nítidamente también en las propuestas presentadas al Foro<sup>54</sup>), en cuanto a que el error de tipo *siempre* excluye

<sup>53</sup> **Artículo 14 Código Penal español.** “1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

**§ 16 StGB. “Error sobre circunstancias del hecho.** (1) El que durante la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por comisión culposa permanece.

(2) El que durante la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que habrían realizado el tipo de una ley menos gravosa, sólo puede ser castigado por la comisión dolosa de la ley menos gravosa.”

**Art. 47 Código Penal italiano – “Errore di fatto - L'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.**

L'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso.

L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce reato.

**Art. 48 Código Penal italiano – “Errore determinato dall'altrui inganno - Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche se l'errore sul fatto che costituisce il reato è determinato dall'altrui inganno; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo.**

**Art. 49 Código Penal italiano – “Reato supposto erroneamente e reato impossibile - Non è punibile chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato.**

La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso.

Nei casi previsti dalle disposizioni precedenti, se concorrono nel fatto gli elementi costitutivi di un reato diverso, si applica la pena stabilita per il reato effettivamente commesso.

Nel caso indicato nel primo capoverso, il giudice può ordinare che l'imputato prosciolto sia sottoposto a misura di sicurezza.”

**Art. 59 Código Penal italiano – “Circostanze non conosciute o erroneamente supposte - Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti.**

Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa.

Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di lui.

Se l'agente ritiene per errore que esistano circunstancias de exclusión de la pena, estas son siempre evaluadas a favor de él. Tuttavia, se si tratta di errore determinado da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.”

**Art. 60 Código Penal italiano – “Errore sulla persona dell'offeso - Nel caso di errore sulla persona offesa da un reato, non sono poste a carico dell'agente le circostanze aggravanti, che riguardano le condizioni o qualità della persona offesa, o i rapporti tra offeso e colpevole.**

Sono invece valutate a suo favore le circostanze attenuanti, erroneamente supposte, che concernono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano, se si tratta di circostanze che riguardano l'età o altre condizioni o qualità, fisiche o psichiche, della persona offesa”.

<sup>54</sup> **Propuesta Prof. Cury al Foro.**

“Están exentos de responsabilidad criminal:

N.º ...: El que obra en error inevitable sobre un hecho constitutivo de la infracción penal. Si el error fuere evitable, se impondrá, en su caso, la pena establecida para el correspondiente delito imprudente.

N.º...: El que no obstante conocer los hechos constitutivos de la infracción penal, obra en error inevitable sobre su ilicitud. Si el error fuere evitable, se impondrá la pena inferior en un grado, a menos que recaiga sobre los presupuestos

---

el dolo, en tanto que la distinción entre error de tipo evitable o inevitable sólo tiene importancia para una eventual responsabilidad culposa. Así, el error de tipo inevitable necesariamente exime de toda responsabilidad penal y el evitable puede dar lugar a responsabilidad si existe el tipo culposo correlativo. Sólo por razones de armonía de la redacción (expresar todas las decisiones en los mismos términos) se ha preferido una redacción más cercana a la alemana por sobre la española (seguida por las propuestas de los Profs. Cury, Horvitz y Soto), sin mencionar expresamente el carácter eximente del error inevitable, el que de todos modos se desprende indudablemente.

- Se define como objeto del error de tipo la concurrencia de un “elemento esencial de la conducta punible”. De esta forma debería quedar claro que se trata de la correcta comprensión de la conducta misma y no de su valoración por parte del ordenamiento jurídico. Se prefiere esta redacción a la probablemente más equívoca expresión “hecho constitutivo de la infracción penal” que emplea el Código español, inductiva por una parte a excluir elementos normativos (“hecho”) y por otra, no obstante lo previsto en el inciso tercero del precepto peninsular, a una cierta inclusión de conciencia del injusto (“infracción”, esto mismo puede ocurrir con el texto alemán, referido a una circunstancia “perteneciente a un tipo penal”). Por las mismas razones se le propone como alternativa a las propuestas de los Profs. Cury y Soto y Horvitz. Con todo parece una cuestión estrictamente terminológica. Lo mismo ocurre con la preferencia del adjetivo evitable / inevitable (adoptado también por las propuestas de los profesores citados) en vez de la alternativa vencible / invencible que emplea el código español y que suele emplearse en la literatura.
- Con la exigencia de tratarse de un elemento *esencial* (tomado de la propuesta de los Profs. Horvitz y Soto) se alude a la irrelevancia de *errores accidentales*, procurando, en todo caso, no adentrarse en una delimitación que parece corresponder a doctrina y jurisprudencia, como sería el caso especial del *aberratio ictus*. En la misma línea, se prescinde de la norma sobre *error in persona*, por considerársele superflua y, en todo caso, no concluyente sobre la problemática más relevante (la mantiene, sin embargo, la propuesta de Horvitz y Soto).
- Conforme al parecer prácticamente unánime expresado en el Foro, no obstante existir diversas visiones teóricas en nuestra doctrina y jurisprudencia, se cumple con darle igual tratamiento al *error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación*. En aras de la neutralidad sistemática se ha optado por referirse simplemente a las “causas de exención de responsabilidad criminal”. De esta forma,

---

de hecho de las eximentes de los números 4, 5, 6, 7, 10 y 12 primera parte del artículo anterior. En este último caso, se impondrá la pena establecida para el correspondiente delito imprudente, si la hubiere. [Alternativa si la eximente incompleta se trata como atenuante privilegiada: En este último caso tendrá lugar la rebaja de pena contemplada en el artículo 73 de este Código].

#### **Propuesta Profs. Horvitz y Soto al Foro**

Art. ...1º El error inevitable sobre la concurrencia de un elemento esencial de la definición de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere inevitable, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del hechor, la conducta podrá ser calificada como imprudente, si existiere en la ley el correspondiente tipo culposo. Estas disposiciones se aplicarán también el error que recae sobre un presupuesto esencial de una causal de justificación.

2º El error evitable sobre la concurrencia en el hecho de una circunstancia calificante o agravante, impedirá su aplicación; por el contrario sí se tomarán en consideración, en todo caso, las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal del hechor. Es irrelevante el error que recaiga sobre la identidad de la persona a quien el hechor se proponía ofender”.



simultáneamente, resulta que se le da el mismo tratamiento al error sobre la concurrencia de los presupuestos de otras causas de exención de responsabilidad, específicamente de causas de exculpación o disculpa, como podría ser el caso del error sobre las circunstancias en que se funda el miedo insuperable.

- En cuanto al *error sobre circunstancias modificatorias* de la responsabilidad, sea que se expresen en el propio tipo penal o aparte, se aplica consistentemente el principio del error de tipo, impidiendo la consideración agravatoria cuando no se han conocido las circunstancias. Por la inversa, manteniendo el criterio benigno del código vigente, *las circunstancias favorables se aplican objetivamente*. En cuanto a la redacción, frente a los modelos comparados, ha parecido más sintética y adecuada la del art. 1° del código vigente, con leves retoques.
- En lo sistemático, se ha preferido una *regulación separada* del error – tanto de tipo como de prohibición – en vez de incorporarla en el catálogo de causas eximentes, pues su contenido trasciende a la exención de responsabilidad.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Sobre la técnica legal empleada, de la Prof. Silvia Peña*

“Esta materia yo la trasladaría a los párrafos que vienen después de la clasificación de los delitos.”

#### b) *Sobre la distinción entre error de tipo y error de prohibición (y su rechazo), del Prof. A. Etcheberry*

“...El Proyecto se aparta de su loable propósito enunciado en la pág. 1, de guardar una neutralidad sistemática y de “no tomar partido en disputas académicas” es en las diferentes consecuencias que se atribuyen al error evitable en el art. 12 (errores de clase (1) y (2)) y al inexcusable en el caso del art. 13. Mientras en la primera situación se afirma la subsistencia de la responsabilidad, ya no a título doloso, sino culposo, y ello sólo para el caso de que la ley contemple la sanción a ese título del mismo hecho realizado o resultado producido, en el segundo caso la responsabilidad subsistente lo es a título doloso, sólo con una atenuación facultativa y algo mezquina de sólo un grado.

No es difícil advertir que estos artículos toman derechamente partido por la llamada “teoría de la culpabilidad”, y dentro de ésta, al asimilar el error sobre los presupuestos de hecho de las causales de justificación (y más aún, de cualquiera eximente) al error de clase (1) (error de tipo), adhiere a la llamada “teoría estricta de la culpabilidad”, por oposición a la “teoría limitada”.

Dentro de quienes polemizan científicamente en torno del tema, estas discrepancias son explicables por la adhesión a las consecuencias lógicas de las premisas de que cada uno parte; llevadas a la legislación positiva, no son fáciles de explicar al ciudadano a quien la ley va dirigida. ¿Por qué, si la persona pudo percatarse de la situación de hecho con algo más de atención, recibe pena sólo en casos muy excepcionales (delitos culposos) y aún en esos casos, con una pena considerablemente inferior a la correspondiente a lo efectivamente hecho? ¿Por qué, en cambio, si pudo informarse acerca de la ley con mayor diligencia,

recibe siempre la sanción “completa”, o a lo más, según la benevolencia del juez, una pena un poco menor?

Creemos que la dificultad puede resolverse si consideramos que la razón por la cual el error excluye la responsabilidad penal es que el que actúa padeciéndolo no tiene conciencia de que su acto es contrario al derecho. Ello, sea porque ignora el derecho mismo, su contenido o interpretación correctas; sea porque aprecia equivocadamente la dimensión que el derecho adquiere en las circunstancias fácticas en que se encuentra al obrar. En todos los casos, la persona no cree o no sabe que está obrando contra la ley, y ésta es la razón por la cual en justicia la ley no debe castigarlo. No existe ningún caso del llamado doctrinalmente “error de tipo” que no signifique a la vez el erróneo convencimiento de que no se obra contra la ley. (Por esa razón preferimos un término comprensivo como “error sobre la licitud” por sobre el de “error de prohibición”, que es más restringido).

*La solución radicaría en adoptar una misma fórmula para ambos casos de error, y ella no podría ser otra que eximir de responsabilidad penal por la forma dolosa de comisión y mantener sólo la responsabilidad por culpa, cuando ella está prevista en la ley.”*

**c) *Sobre el rechazo a la distinción entre errores “evitables e inevitables”, del Prof. A. Etcheberry***

“La distinción entre error *evitable/inevitable; vencible/invencible; superable/insuperable; excusable/inexcusable* u otras semejantes es difícil de aplicar en la práctica y quedará siempre al arbitrio del juez, aunque se le agreguen algunos criterios, que siempre y necesariamente han de ser vagos y subjetivos, como “que le fuere exigible en razón de las circunstancias y de sus condiciones personales” u otra fórmula semejante, que en realidad no agregan nada y son hasta redundantes, puesto que toda indagación razonable de la eventual “evitabilidad” del error siempre tendrá que partir por considerar esos aspectos. Es preferible suprimir la distinción. Si el error de verdad ha existido, ello basta para suprimir la punición dolosa. La eventual punición culposa, si ha existido negligencia, será suficiente.”

**d) *Sobre la expresión “elemento esencial”***

**(1) *Del Prof. Miguel Viveros***

“Sugiero modificar los incisos primero y segundo, eliminando en ambos la expresión “esencial” ... La expresión esencial plantea de inmediato la idea contraria de lo no esencial, en circunstancias que, en mi opinión, todo error es esencial, afectando el elemento intelectual del dolo, en tanto recaiga sobre un elemento de la descripción legal del delito. Luego, es infrecuente que la descripción típica se agote en la conducta (verbo rector), siendo el error sobre las demás circunstancias (objeto material, medios), tan relevante (esencial) como el recaído en la primera.”

(2) Del Prof. Juan Ignacio Piña

“Respecto del inciso segundo se generan bastantes más problemas, especialmente por la idea de un «presupuesto esencial de una causa de exención de responsabilidad penal». No me queda muy claro a qué se hace referencia con la idea de un presupuesto esencial. Prefiero la idea del Profesor Cury respecto de un «elemento constitutivo» de la conducta punible. La calificación de esencialidad o inessentialidad no creo que aporte mucho en la ley.”

(3) De la Prof. Silvia Peña

“Sugiero eliminar en la primera oración las expresiones *la concurrencia de y esencial* [En mi opinión no es lo mismo un *error* esencial que un *elemento* esencial]”.

(4) Del Prof. F. Caballero

“Acotar el error de tipo sólo a los casos en que recaiga sobre un elemento esencial no aparece conveniente dada la discusión que puede plantearse en torno a la determinación de qué es o no es esencial (como ocurría en la regulación española anterior al CP 1995).”

**e) Sobre la expresión “conducta”**

(1) Del Prof. René García

“Propongo...evitar la expresión “conducta”, debido a que puede inducir a creer equivocadamente que se pretende excluir los errores que recaen sobre elementos normativos del tipo. Soy partidario de acercarse en ese punto a la “propuesta Horvitz-Soto” con [ciertas] variaciones”.

(2) Del Prof. Miguel Viveros

“...Sugiero modificar los incisos primero y segundo, ... reemplazando la expresión “conducta punible” por “hecho punible””.

**f) Sobre el término “evitable”**

(1) Del Prof. René García

“Respecto al error “evitable”, y dado que, en definitiva, reconduce al eventual delito culposo respectivo, soy partidario de usar un lenguaje coherente con lo anterior, y que, a su vez, sea más neutro.”

(2) De los Profs. Soto y Ferdman

“En el párrafo primero segunda parte aludiríamos a error insuperable por el carácter más objetivo que tiene dicha expresión.”

**g) *Sobre el efecto del error de tipo (“exclusión del dolo”)***

(1) Del Prof. Miguel Viveros

“Sugiero modificar los incisos primero y segundo, ... reemplazando la expresión ... “podrá sancionarse” por “será sancionada”... existiendo el tipo penal culposo y siendo el error evitable, el sujeto debe ser sancionado a ese título; no corresponde entonces la expresión “podrá”; si con este verbo se alude a la alternativa de que no se contemple el tipo culposo, basta para ello la expresión “...si procede...” usada al final del inciso primero.”

(2) De la Prof. Silvia Peña

“Reemplazaría la forma verbal *ha sido* por *fuera* y la frase *si procede* por una referencia explícita a que la pena queda condicionada a la existencia del correspondiente delito culposo, del estilo de: “siempre que la ley prevea el correspondiente delito culposo.”

**h) *Sobre la expresión “culpa”, en el inc. primero***

(1) Del Prof. Enrique Cury

“En este artículo, como en todos los que la emplean, sugeriría sustituir las expresiones culposa o, en su caso, culpa o culposo, por el adjetivo “imprudente” y sus respectivos derivados. Esta última expresión evita, en mi opinión, las confusiones con el concepto de culpabilidad y me parece describir mejor en nuestro idioma aquello a que nos estamos refiriendo. Asimismo, en esta misma disposición, me parece superfluo el empleo del adverbio “expresamente.””

(2) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

“Se plantea ... reemplaza[r] “culposas” por “imprudentes” para evitar la habitual confusión con el concepto de “culpable”.”

(3) Del Prof. Juan Ignacio Piña

“Respecto del inciso primero siempre estará el problema terminológico, pero es tan superfluo que no vale la pena detenerse en él.”

(4) Del Prof. Raúl Carnevali

“...Cambiar la expresión *culposa* por *imprudente*...”

**i) *Sobre la extensión de la regla del error de tipo a las circunstancias esenciales de todas las causales de exención***

(1) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

“Discrepo con la inclusión, dentro del error de tipo, de los presupuestos esenciales de las causas de exculpación (al hacerse referencia a las exenciones de responsabilidad penal). En la fundamentación se hace expresa mención al miedo insuperable. Estimo que las cuestiones cognitivas NO son las decidoras en lo que se refiere a la exigibilidad de la conducta, por tanto, no cabría plantear, por ejemplo, responsabilidad a título de culpa en caso de un error vencible sobre la existencia, realidad o idoneidad del estímulo que originó el miedo. En caso de una causal de exculpación putativa cabría todavía estimar la concurrencia de la eximente o de una atenuante, en su caso.”

(2) Del Prof. René García

“...Comparto la “propuesta Etcheberry” en el sentido de limitar el alcance de la norma a las determinadas causales eximentes en que ésta tiene algún sentido.”

(3) De la Prof. Silvia Peña

“En el inc. 2º del art. 12, cambiaría el texto a partir de las palabras “la concurrencia de ...” por el siguiente: “...algún elemento constitutivo de una causa de justificación o de exculpación.”. La razón del cambio sugerido obedece a que, en mi opinión, la referencia genérica a causas de exención de responsabilidad penal es excesivamente amplia, pues podría entenderse que se aplica también en el caso de error sobre la imputabilidad o, incluso, sobre causas personales de exención de pena.

Hago presente, sin embargo que no parece lógico ni justo que el que actúa en una situación exculpante puramente putativa resulte mejor parado que el que actúa amparado por una exculpante realmente existente, la cual, por definición, sólo excluye la culpabilidad (exigibilidad), pero no el dolo. En cambio, el que a causa de un error vencible, cree actuar en una situación que lo disculparía, sólo es castigado a título de culpa, y siempre que exista el respectivo delito culposo. De ahí que la doctrina alemana considere que el error acerca de los presupuestos de una causa de exculpación es de naturaleza *sui generis*, sin que pueda asimilarse ni al error de tipo ni al de prohibición<sup>55</sup>.”

---

<sup>55</sup> Cfr. Jescheck, Lehrbuch, Allg. Teil, 3ª ed. 1978, págs. 411 y ss.

(4) Del Prof. A. Etcheberry

“El art. 12, inciso 2º, se refiere al efecto de un error “sobre la concurrencia de un presupuesto esencial de una causa de exención de responsabilidad penal”. Obviamente, se está refiriendo al error sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación: así se explica en la presentación del Proyecto, pág. 9, pero se nos dice que se ha escogido la fórmula propuesta “en aras de la neutralidad sistemática”. Las consecuencias, sin embargo, pueden ser desconcertantes. Entendemos que el error excluyente de responsabilidad penal debe recaer sobre el tipo o la antijuridicidad, pero no sobre la propia culpabilidad. Siguiendo el texto del art. 15 del Proyecto, ¿cabría asignarle relevancia o es siquiera imaginable un error del agente sobre su propia enajenación mental, o sobre su sordomudez, o sobre su privación temporal de razón? Podría sí concebirse un error sobre la propia edad, pero ¿sería razonable eximir de pena a quien delinque precisamente porque se cree al amparo del castigo legal por tener menos edad de la que realmente tiene? Incluso en el ejemplo que se menciona en la fundamentación del Proyecto (pág. 9), esto es, el error sobre las circunstancias en que se fundamenta el miedo insuperable, la verdad es que tanto el miedo insuperable como la fuerza moral irresistible son ambas realidades psicológicas existentes, que limitan o anulan la libertad de determinar la propia conducta, y es por eso que son eximentes de responsabilidad, sea que deriven de situaciones reales o solamente imaginarias o equivocadamente interpretadas por el agente. Para que la regla del art. 15 N° 8 del Proyecto pudiera ser aplicable aquí, el error del agente tendría que recaer sobre el miedo mismo (cree erróneamente que está aterrorizado, cuando no lo está, lo que es una imposibilidad psicológica).

Mejor nos parece, por lo tanto, hacer una referencia directa, en el art. 12, inciso 21, al error que recae sobre un presupuesto esencial de las causales eximentes señaladas en los números 5, 6 y 7 del art. 15.”

(5) Del Prof. F. Caballero

“La referencia amplia, en el inciso 2º, a causas de exención de responsabilidad penal se presta para confusión, toda vez que habría que considerar también a las causas de inculpabilidad, las cuales están en relación con el juicio de exigibilidad que recae sobre el sujeto y por lo mismo la posibilidad de concebir la culpa en el caso de un error evitable sobre las mismas no se entiende”.

**j) *Sobre la mantención de la regla del error en las circunstancias del actual art. 1º inc. 3º.***

(1) Del Prof. Juan Ignacio Piña

“Respecto del inciso tercero, también estimo que hay un problema de tradición que no tiene mucho asidero dogmático. Si bien tradicionalmente se ha establecido la necesidad de que las circunstancias agravantes deban ser conocidas por el autor para que tengan eficacia agravante, mientras que en las circunstancias atenuantes o privilegiantes ello no es necesario, no veo cuál es la razón para hacer esa distinción.

---

Naturalmente se trata de una concesión graciosa por parte de la ley, pero claramente contraria a la idea de un principio de culpabilidad coherente. Creo que el foro es el lugar adecuado para pronunciarse si existe una razón que vaya más allá de la mera beneficencia del reo.”

(2) *Del Prof. A. Etcheberry*

“Entendemos que el art. 12 inciso tercero se hace cargo de las situaciones de error accidental o no esencial, esto es, en que el sujeto entiende estar cometiendo un delito, pero diferente del que objetivamente perpetra. Dígase lo mismo respecto de los casos de aberratio ictus y de error in persona. Así lo explica el fundamento del Proyecto (pág. 9): se dejan a la doctrina y jurisprudencia. Sin pretender que la ley lo reglamente todo, creemos conveniente un precepto conciso (que podría derivarse del criterio que inspira el actual inciso 3° del art. 1° de nuestro C. Penal) sobre el particular.”

(3) *Del Prof. F. Caballero*

“El inciso 3° propuesto no debe extenderse a circunstancias que califiquen la responsabilidad, toda vez que las circunstancias a las cuales se refiere pueden, eventualmente, sólo calificar el hecho y no la responsabilidad. Por su parte no se ve razón plausible para beneficiar con atenuantes o privilegios si el conocimiento no recae sobre éstas”.

#### **D. Propuestas de redacciones recibidas**

a) ***Para sustituir el inc. primero de la propuesta***

(1) *Del Prof. René García*

“Art... inc. 1°. *El error sobre la concurrencia en concreto de un elemento esencial de la descripción legal de un delito excluye el dolo. Lo anterior es sin perjuicio de la punibilidad del correspondiente delito culposos, si existiere*”.

(2) *Del Prof. F. Caballero*

“*El error sobre la concurrencia de un elemento de la conducta punible excluye el dolo. Si el error ha sido evitable, la conducta podrá sancionarse a título de culpa, si procede*”.

**b) Para sustituir el inc. segundo de la propuesta, del Prof F. Caballero**

*“Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará también al error sobre la concurrencia de un presupuesto de una causal de justificación.”*

**c) Para sustituir el inc. tercero de la propuesta**

(1) Del Prof. Juan Ignacio Piña

Inc. tercero.... “Las circunstancias desconocidas por el sujeto no se considerarán para modificar su responsabilidad penal”.

(2) Del Prof F. Caballero

*“Las circunstancias desconocidas por el sujeto no se considerarán para agravar su responsabilidad penal o para calificar el hecho”.*

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 3º.-** El error sobre la concurrencia en el hecho de un elemento integrante de la descripción legal del delito excluye el dolo respecto del mismo. Si el error fuere evitable, el hecho se sancionará a título de imprudencia, si procede.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará también al error sobre la concurrencia de un presupuesto de las causas de justificación de la conducta.

Las circunstancias desconocidas por el sujeto no se considerarán para agravar o calificar su responsabilidad penal, pero sí para atenuarla o privilegiarla

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El artículo aprobado recoge, con alteraciones únicamente de estilo en sus incisos 1º y 3º, el contenido del art. 12 propuesto por la Secretaría Técnica, alterándose su ubicación, para dejarlo en el párrafo primero del Código, correspondiente a los “delitos”, después de la definición y clasificación de los mismos.

2. En cambio, el inciso segundo se modifica sustancialmente respecto del propuesto por la Secretaría Técnica, al recogerse la observación generalizada de reducir sus efectos únicamente a las llamadas *justificantes putativas*, y eliminar la referencia a artículos y numerales concretos del Código, reemplazándola por la expresión técnica “causales de justificación de la conducta”.



---

## Tema 6. Error de prohibición

### A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica

*Art. 13. El error excusable sobre la ilicitud de la conducta excluye la responsabilidad penal. Si el error no fuera del todo excusable, se podrá rebajar la pena en un grado.*

### B. Fundamento

- El artículo trata separadamente el *error de prohibición*, haciéndose cargo expresamente del consenso fundamental construido progresivamente desde los años sesenta también en Chile – desde luego unánimemente en el Foro -, respecto del necesario efecto eximente del error de prohibición excusable. Asimismo, recoge el acuerdo de acordarle efecto atenuante al mismo error cuando no ha sido excusable, si bien con matices que más abajo se indican.
- La redacción mantiene la expresión “error” (empleada en la propuesta del Prof. Cury<sup>56</sup>) en vez de la referencia a la “ausencia de conciencia” presente en la propuesta de los Profs. Horvitz y Soto<sup>57</sup> (también en el código alemán), sólo para no introducir una discrepancia terminológica con el artículo precedente que pueda ser fuente de discusiones interpretativas no deseadas y, sobre todo, entendiendo que la diferencia fundamental que los autores han querido remarcar es que el tratamiento del error de prohibición se basa en la (in)exigibilidad y no en la deficiente cognición del agente. Esta diferencia queda expresada nítidamente en la elección del adjetivo “excusable”, que ha parecido preferible al binomio “evitable / inevitable” empleado en el artículo precedente y en la propuesta del Prof. Cury.

---

<sup>56</sup> **Propuesta del Prof. Cury al Foro.**

“Están exentos de responsabilidad criminal:

N.º ... El que no obstante conocer los hechos constitutivos de la infracción penal, obra en error inevitable sobre su ilicitud. Si el error fuere evitable, se impondrá la pena inferior en un grado, a menos que recaiga sobre los presupuestos de hecho de las eximentes de los números 4, 5, 6, 7, 10 y 12 primera parte del artículo anterior. En este último caso, se impondrá la pena establecida para el correspondiente delito imprudente, si la hubiere. [Alternativa si la eximente incompleta se trata como atenuante privilegiada: En este último caso tendrá lugar la rebaja de pena contemplada en el artículo 73 de este Código].”

<sup>57</sup> **Propuesta del Prof. Soto al Foro.**

“... 3º Si al momento de la comisión de un hecho punible el autor carece de conciencia sobre lo injusto del mismo actuará sin culpabilidad, salvo que en sus concretas circunstancias le fuere exigible dicha conciencia, en cuyo caso el tribunal podrá rebajar la pena en un grado, pudiendo rebajarla en dos grados cuando concurren en el hecho circunstancias muy calificadas”.

**Propuesta Prof. Horvitz al Foro.**

“...3º La ausencia de conciencia de lo injusto del hecho punible excluye la responsabilidad penal, cuando ella sea inexigible por insuficiente ilustración, escasez de recursos pecuniarios u otra causa personal análoga.

El tribunal podrá rebajar en un grado la pena al mínimo previsto en la ley cuando concurrieren circunstancias de menor entidad que las previstas en el inciso anterior que hicieren exigible la conciencia de lo injusto del hecho punible. Podrá, sin embargo, rebajarla hasta en dos grados cuando concurren circunstancias muy calificadas.”

- En cuanto al objeto del error, conforme a la opinión dominante tanto en Chile como en el derecho comparado, en particular en las legislaciones consultadas<sup>58</sup>, éste es la *ilicitud* de la conducta, entendiendo, en todo caso, que esta elección no clausura definitivamente el debate sobre si se trata de la ilicitud en general o específicamente en cuanto tiene relevancia *penal*.
- En cuanto a la rebaja de pena en caso de un error no del todo excusable, se ha preferido la *rebaja facultativa* (así también el derecho alemán y la propuesta de los Profs. Horvitz y Soto), por entender que los errores inexcusables sólo merecen ese tratamiento cuando concurren circunstancias calificadas que no se dan en todos los casos. Una solución distinta probablemente conduciría a dudosas restricciones jurisprudenciales (“ceguera u hostilidad jurídica”) o a una falsificación del conocimiento de la ilicitud. Esta realidad constatada en el derecho comparado permite, asimismo, sostener que la propuesta no necesariamente se identifica con la teoría de la culpabilidad, manteniendo así su neutralidad sistemática: la rebaja facultativa parece en efecto tributaria de ésta, pero al mismo tiempo permite a los partidarios de la teoría del dolo eludir los efectos perniciosos de su tesis en casos de desconocimiento absolutamente inexcusable.
- Por último, la facultad se limita a una rebaja en *sólo un grado*. Una rebaja mayor no parece justificada si se considera que se trata de un beneficio reservado para situaciones muy excepcionales, máxime si se tiene en cuenta la histórica resistencia de nuestro medio para reconocer efectos al error de prohibición. Por lo demás, el caso principal respecto del cual este tratamiento puede parecer excesivamente severo, cual es el del error sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de una causa de justificación, ya tiene un trato diferenciado en el artículo anterior.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Rechazando en su globalidad el texto propuesto, de la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz*

“Insisto en la redacción efectuada con anterioridad y citada por la Secretaría, por las razones expuestas en el texto remitido oportunamente. Sólo desisto de mi propuesta en la parte que plantea una rebaja en la pena de hasta dos grados.”

---

<sup>58</sup> **Artículo 14 Código Penal español.**

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

**§ 17 StGB. “Error de prohibición.** Cuando durante la comisión del hecho le falta al autor la conciencia de actuar injustamente, actúa sin culpabilidad si no ha podido evitar ese error. Si pudo evitar el error, puede reducirse la pena conforme al § 49 I”.

**Art. 5 Código Penal italiano - Ignoranza della legge penale** - Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale [declarado inconstitucional en la parte que niega relevancia a la ignorancia inevitable de ley, sentencia de la Corte Constitucional italiana, de 24 de marzo de 1988].

**b) *Respecto de la expresión “error”***

(1) *De los Profesores Soto y Ferdman*

“Los argumentos expuestos para mantener la expresión “error”, no parecen convincentes; más aún la referencia a la excusabilidad hace aconsejable el uso de otra expresión.”

(2) *Del Prof. F. Caballero*

“Creo que la regla relativa al error de prohibición debe ser explícita en el sentido de que el problema que aborda es una materia propia de la exigibilidad del sujeto y no un problema de falta de conocimiento o de conocimiento errado. De ahí entonces que la regla deba hacer referencia directa a la ausencia o falta de conciencia respecto a la ilicitud del hecho que es objeto de desvaloración por parte del ordenamiento jurídico.”

**c) *Respecto de la expresión “excusable”***

(1) *Del Prof. Juan Ignacio Piña*

“No creo que sea conveniente utilizar diferente nomenclatura respecto de los errores. Al hablar de un «error excusable» se hace referencia en realidad, al efecto del error (es decir a su eficacia excusante). En cuanto error, el punto central descansa, al igual que en el error de tipo, respecto de la posibilidad de salir de él. En este sentido, sea cual sea la opción establecida para el error de tipo (vencible/invencible; evitable/inevitable) creo que el error de prohibición debería utilizar la misma expresión.”

(2) *De la Prof. Silvia Peña*

“Mantendría la misma terminología empleada al regular el error de tipo para referirse al error debido a culpa, esto es, *evitable*, por tener una connotación más objetiva que el término *excusable*.”

**d) *Respecto de la atenuación propuesta***

(1) *De los Profs. Soto y Ferdman*

“Si bien por regla general estamos de acuerdo en una rebaja facultativa en un grado, nos parece que debería considerarse para casos excepcionales una rebaja de hasta dos grados.”

(2) *Del Prof. A. Etcheberry*

“Si se ha de mantener una atenuación, ésta debe ser:

- (1) Obligatoria;
- (2) Libre en toda la extensión que la ley lo permita; y
- (3) Cuando la falta de conciencia de la ilicitud se debe a condiciones de insuficiente ilustración; de miseria o extrema pobreza u otras circunstancias de grave marginalidad social, el tribunal podrá eximir de toda pena.”

#### D. Propuestas de redacciones recibidas

##### a) *Para sustituir la redacción del artículo propuesto*

###### (1) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

“Art.... *La ausencia de conciencia de lo injusto del hecho punible excluye la responsabilidad penal, cuando ella sea inexigible por insuficiente ilustración, escasez de recursos pecuniarios u otra causa personal análoga.*

*El tribunal podrá rebajar en un grado la pena al mínimo previsto en la ley cuando concurrieren circunstancias de menor entidad que las previstas en el inciso anterior que hicieren exigible la conciencia de lo injusto del hecho punible”.*

###### (2) Del Prof. F. Caballero

*Art. 13. "La ausencia excusable de conciencia sobre lo injusto del hecho punible excluye la responsabilidad penal. Si la ausencia no fuera del todo excusable, se podrá rebajar la pena en un grado".*

##### b) *Para agregar una remisión a las medidas de seguridad, del Prof. A. Etcheberry*

Para el caso del error sobre la licitud, propondría agregar:

*“También podrá el juez, en vez de la pena, disponer la internación en un establecimiento adecuado, de acuerdo con el régimen de los arts. ...., cuando la ignorancia de la ilicitud revele una personalidad desvinculada en tal grado del medio civilizado, que sea de temer una repetición de hechos análogos o más graves y el hecho sea punible con una pena superior a tres años de presidio”.*

#### E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro

**Artículo 4º.** El error inevitable sobre la ilicitud del hecho excluye la responsabilidad penal. Si el error fuera evitable, se rebajará la pena en uno o dos grados.

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El artículo aprobado, salvo su ubicación sistemática, corresponde en lo esencial al propuesto art. 13 de la Secretaría Técnica, rechazándose las observaciones en orden a no referirse en este caso al “error”, entendiéndose que las observaciones recibidas en contra apuntan a aspectos dogmáticos, que se irán decantando posteriormente.
2. En cambio, se cambia la expresión “excusable” del texto propuesto por “inevitable”, para mantener la simetría con el artículo anterior, dejando a la doctrina y la jurisprudencia la determinación del alcance del término.
3. Finalmente, sobre la rebaja de penalidad, se acuerda hacerla obligatoria y no facultativa como en el texto propuesto, dejando sólo su entidad entregada a la prudencia del tribunal.

**Tema 7. Clasificación de los delitos**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. 14. Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la mayor de las penas que le está asignada por la ley, conforme la escala general del artículo ....*

*Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará a la privativa de la libertad, para su clasificación; en caso contrario, se estará siempre a la mayor.*

**B. Fundamento**

Se recoge un acuerdo anterior del Foro, aprobado al discutirse el sistema de penas, en orden a mantener el actual sistema tripartito. El inc. segundo aclara la redacción del actual art. 94 Cp, en el sentido propuesto por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

**C. Observaciones recibidas**

*a) Sobre la clasificación tripartita de los delitos*

*(1) Del Prof. Alfredo Etcheberry*

“Personalmente, preferiría una división bipartita entre delitos de mayor y menor gravedad y dejar fuera del Código las faltas, que deberían ser objeto de una ley especial. No obstante, creo que el asunto no envuelve ninguna cuestión de principio y que también puede ser aceptado así como está.”

(2) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

“Me parece que debemos excluir las faltas del catálogo de delitos (penales), en el sentido del párrafo 12 alemán, y hacer referencia a las contravenciones o infracciones como pertenecientes al derecho administrativo sancionador, cuya diferencia cuantitativo material con los delitos debe ser la imposibilidad de que aquéllas se sancionen con penas privativas de libertad. Esto me parece importante, también, a los efectos de evitar un posible planteamiento de inconstitucionalidad respecto de los procedimientos de aplicación de sanciones administrativas por infracciones administrativas o faltas cuya “investigación” no corresponda al Ministerio Público (art. 80-A Constitución)<sup>59</sup>”.

(3) Del Prof. Raúl Carnevali

“Aun cuando se expone una idea ya resuelta por el Foro, estimo que buena parte de las conductas que hoy son consideradas faltas deberían ser excluidas del Código Penal y ser tratadas en otra ley dentro del Derecho administrativo sancionador.”

(4) De la Prof. Silvia Peña

“Ya sé que se trata de un acuerdo previo del Foro, pero quería hacer presente que la clasificación tripartita entre crímenes, simples delitos y faltas no es seguida en la actualidad por casi ningún código (de los más conocidos, se mantiene sólo en el francés), habiéndose impuesto, en cambio, la que distingue sólo entre delitos y faltas, solución por la que me inclinaría, pudiéndose, si se quiere, hacer una subclasificación de los primeros entre delitos graves y menos graves, como lo hace el Código español (art. 13). La cuestión tiene importancia, a mi entender, porque el actual sistema tripartito obliga a precisar, cada vez que se habla de *delito*, si el término está empleado en su acepción amplia o restringida; asimismo, dada la tendencia del legislador chileno a tomar literalmente disposiciones procedentes de ordenamientos foráneos, se dan casos (como ocurre en el actual Proyecto de una nueva ley de drogas) en que nominalmente se contemplan sólo delitos y faltas, no obstante que un considerable número de las infracciones previstas se castigan con pena de crimen.”

**b) *Sobre la ubicación del artículo, de la Prof. Silvia Peña***

“Cambiaría la ubicación sistemática de esta materia, dejándola a continuación de la definición del delito (complementada en la forma ya expresada), por estar conceptualmente más cercana a ella que el tratamiento del error, vinculado más bien a las causas que eximen de responsabilidad penal.”

---

<sup>59</sup> Nota de la Prof. Horvitz: La observación se mantiene, aunque ella admite que la materia está “prejuizada en la discusión sobre las penas”, pues estima “necesaria replantearla”.

c) **Sobre la regla para determinar si la clasificación de un delito, de la prof. Silvia Peña**

“Creo advertir una contradicción lógica en la oración final, pues si la pena no es compuesta, ¿a qué se refiere el comparativo *la mayor*? Bien podría no haber pena privativa de libertad en absoluto, sino, verbigracia, sólo pena de multa, en cuyo caso creo que no cabe hablar de mayor ni menor, sino de monto o cuantía de la multa, que en sí misma constituiría una sola pena. Finalmente, en el mismo inciso, me parece que la coma (,) después de *libertad* está de más.”

**D. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 2º.** Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes y simples delitos y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del artículo [21].

Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará a la mayor de las privativas de libertad, para su clasificación; en caso contrario, se estará siempre a la mayor. Cuando la pena señalada por la ley sea únicamente la de multa, el hecho se considerará siempre simple delito.

**E. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se sugirió que, por razones de estilo, este artículo debía pasar a ser 2º en el Código y así se acordó.
2. Hubo acuerdo mayoritario en acoger las múltiples observaciones recibidas para suprimir las faltas, de entre los delitos y proponer, en su reemplazo, una Ley de Contravenciones.
2. Aunque en la sesión respectiva se entendía como *provisional* el acuerdo en orden a distinguir entre *crímenes* y *simples delitos*, la clasificación se mantuvo en las sesiones posteriores, otorgándose distintos efectos a los delitos según su clasificación, particularmente en aspectos relativos al *iter criminis* y al *sistema de penas*.
3. Al discutirse posteriormente (Unidad 5) el sistema de penas, y pasar a ser la multa pena común a crímenes y simples delitos, se estimó necesario agregar la parte final del inc. 2º, para establecer que si un delito tiene *pena única de multa*, ello importa su consideración, para todos los efectos, como *simple delito*.

**Tema 8. Encabezado del párrafo y artículo sobre eximentes**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

**§ 3. De las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal**

**Art.15. Están exentos de responsabilidad criminal:**

## **B. Fundamento**

Se reproduce aquí la actual fórmula y técnica legislativa, por su carácter neutro en materia dogmática, siguiendo nuestra tradición que, en esta materia, no fue variada por el art. 20 del Código español de 1995<sup>60</sup> (con excepción del art. 19, que recoge la inimputabilidad por menor edad<sup>61</sup>), a pesar de la fuerte influencia del texto alemán, que trata las circunstancias eximentes en artículos separados<sup>62</sup>, según su naturaleza; lo mismo que el Código italiano<sup>63</sup>.

## **C. Observaciones recibidas**

### *a) Sobre el epígrafe del párrafo, de la Prof. Silvia Peña*

“Por una cuestión meramente estilística, eliminaría del epígrafe del § 3 el artículo determinante la que antecede a responsabilidad criminal, dejándolo tal como está en el código actual. Eso permitiría, por lo demás, una perfecta congruencia entre el epígrafe y el enunciado del art. 15, en el cual no figura dicho artículo.”

### *b) Sobre el encabezado del artículo, del Prof. Alfredo Etcheberry*

“En fin, dado que se suprime la mención expresa de la omisión por causa legítima o insuperable (en el criterio de la fundamentación del Proyecto, más bien por redundante), ya que el delito ha sido definido como “acción u omisión”, y en el texto del art. 15 se dice varias veces “el que obra”, sería conveniente, en el encabezamiento [incluir la omisión]”.

## **D. Propuestas de redacción recibidas**

### *a) Sobre el encabezado del artículo, del Prof. Alfredo Etcheberry*

“Art. 15. Están exentos de responsabilidad penal, por acción u omisión: ...”

## **E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

### *§ 2. De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal*

---

<sup>60</sup> **Artículo 20 CP español.** “Están exentos de responsabilidad criminal:...” (los 7 numerales de esta disposición se transcribirá al analizar cada eximente en particular).

<sup>61</sup> **Artículo 19 CP español.** “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”.

<sup>62</sup> §§19 a 21 y §§32 a 35 StGB. Su texto se transcribirá al analizar cada eximente en particular, en lo que sea pertinente

<sup>63</sup> Arts. 50 a 55 y 85 a 98 Su texto se transcribirá al analizar cada eximente en particular, en lo que sea pertinente



**Artículo 5º.** Están exentos de responsabilidad criminal, por sus acciones u omisiones:

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. En cuanto a la ubicación del texto y el párrafo, corresponde al cambio general de ubicación acordado a partir del art. 1º.
2. El texto aprobado recoge una observación del Prof. Etcheberry, para referirse en el encabezado tanto a “sus acciones u omisiones”, con el objeto de evitar problemas interpretativos, al no existir en la propuesta una disposición como la del actual art.10 N° 12.

**Tema 9. Enajenación mental**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. 15 N° 1.- El enajenado mental.*

**B. Fundamento**

Parece haber acuerdo unánime entre nosotros (incluyendo la jurisprudencia) en la admisión de esta eximente<sup>64</sup> y en la afirmación de que la referencia a “locura” o “demencia” podría ser conveniente cambiarla por “enajenación mental”, como ya se ha hecho en los códigos de procedimiento<sup>65</sup>, y en el propio texto del Código penal (art. 361 N° 3). Admitiendo que existe un parecer ampliamente dominante entre nosotros acerca del criterio para apreciar esta condición (*mixto*, antes que puramente *psiquiátrico* o *psicológico*<sup>66</sup>), se ha preferido, con todo, no resolver legalmente una materia que depende, en buena medida, de las ciencias médicas, cuyos constantes avances podrían volver obsoleta una formulación más precisa que la propuesta. Por lo mismo, se ha obviado en el texto la referencia común al §20 StGB<sup>67</sup> y al art. 20 N° 1 CPE<sup>68</sup>, sobre la capacidad de apreciar el injusto del actuar y

---

<sup>64</sup> Actualmente contemplada en el art. 10 N° 1 Cp en los siguientes términos: “Están exentos de responsabilidad penal ... N° 1. El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido”.

<sup>65</sup> **Art. 455 Cpp 2000. “Procedencia de la aplicación de medidas de seguridad.** En el proceso penal sólo podrá aplicarse una medida de seguridad al enajenado mental que hubiere realizado un hecho típico y antijurídico y siempre que existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que tentará contra sí mismo o contra otras personas”. Con todo, Náquira, *Comentario al art. 10 N° 1 Cp*, p. 104, considera que expresiones de la vida cotidiana, como “locura o demencia”, permiten con facilidad su adaptación progresiva a la evolución de las ciencias o al cambio de nomenclatura en la literatura especializada.

<sup>66</sup> Politoff I, 407ss..

<sup>67</sup> § 20StGB. “Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas. Actúa sin culpabilidad quien en la comisión de un hecho es incapaz por una perturbación síquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración síquica grave de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión”.

determinar la conducta conforme a ese sentido, o una indicación del sentido de la imputabilidad como capacidad de entendimiento y voluntad, según el art. 88 Cp italiano<sup>69</sup>. Tampoco se menciona la excepción del *intervalo lúcido*, que no aparece en el Código español, en el alemán ni en el italiano; y que es rechazada por la doctrina mayoritaria y que, huelga decirlo, sigue dependiendo, en definitiva de consensos acerca de materias médicas que creemos no se pueden resolver legislativamente<sup>70</sup>. Finalmente, no se hace expresa regulación de lo sostenido en el Principio Orientador N° 6 del Foro Penal, en el sentido de que “de establecerse un sistema de medidas de seguridad o corrección, no podrán aplicarse tales medidas sino a quienes sean incapaces de conformar su conducta a la norma, y sólo en cuanto hayan incurrido previamente en un hecho ilícito en condiciones en que a cualquier persona hubiese sido exigible evitarlo”, en el entendido de que esta es una aspiración suficientemente recogida por el actual art. 463 CPP 2000<sup>71</sup>.

### C. Observaciones recibidas

#### a) Sobre la expresión “enajenación mental”

##### (1) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

“Para evitar una cierta rigidización del concepto de enajenación mental asociada a las psicosis, pondría a “los que padecen de trastornos o perturbaciones mentales graves” al estilo del artículo 361 CP o del parágrafo 20 StGB, para abarcar otras enfermedades que la jurisprudencia no suele considerar como enajenación mental pero que pueden afectar su imputabilidad.”

---

<sup>68</sup> **Artículo 20.** “Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.”

<sup>69</sup> Art. 88 “**Vizio totale di mente.** Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d’intendere o di volere”.

<sup>70</sup> Cfr. Náquira, *Comentario al art. 10 N° 1 Cp*, p. 104s, quien se muestra, con todo, partidario de su introducción legal.

<sup>71</sup> **Art. 463 Cpp 2000.** “Reglas especiales relativas a la aplicación de medidas de seguridad. Cuando se proceda en conformidad a las normas de este Párrafo ...:

...c) La sentencia absolverá si no se constatare la existencia del hecho típico y antijurídico o la participación del imputado en él, o, en caso contrario, podrá imponer al imputable una medida de seguridad”.

Las restantes exigencias del Principio Orientador N° 6 (“No podrá aplicarse al mismo tiempo y por un mismo hecho una pena y una medida de seguridad o corrección. La aplicación de medidas de seguridad y protección debe estar sujeta a garantías y controles equivalentes a los vigentes para las penas”), parecen también suficientemente recogidas en los arts. 457ss CPP 2000. Así, el mencionado **Art. 457 Cpp 2000**, establece en su inc. 1º, las siguientes “clases de medidas de seguridad” post-delictuales, “según la gravedad del caso”: la internación en un establecimiento psiquiátrico o su custodia y tratamiento. Además, en los arts. 456 a 464 CPP 2000 existen otras reglas de carácter procesal para la aplicación –bajo un sistema de garantías– de medidas de seguridad a quien no ha sido absuelto por otra razón diferente a considerarlo *sujeeto inimputable por enajenación mental*.

(2) *Del Prof. Raúl Carnevali*

“Quizás podría buscarse otra fórmula que permita comprender otros supuestos que puedan no entenderse como enajenación mental, pero que sí digan relación con su imputabilidad.”

**b) *Sobre la necesidad de hacer referencia a los efectos de la enajenación***

(1) *Del Prof. René García*

“Siguiendo los modelos de los códigos español y portugués, agregaría la fórmula [sobre los efectos de la enajenación mental], que haría innecesario el N° 2”.

(2) *De la Prof. Silvia Peña*

“Yo preferiría adoptar la fórmula que emplea el Código español en el art. 20, N° 1 (sin incluir el inciso segundo), por considerarla más precisa y, al mismo tiempo, más amplia, puesto que el término *enajenado mental* posiblemente no resulte aplicable a todas las anomalías psíquicas con efecto eximente; piénsese, por ejemplo, en un epiléptico que actúa durante un estado crepuscular. Por otra parte, creo que es importante consignar el fundamento de la inimputabilidad, cual es la incapacidad para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión, porque los peritos llamados a informar al tribunal sobre la existencia de una anomalía mental utilizan, por lo general, criterios de índole más bien moral (“capacidad para distinguir el bien del mal”) que jurídica, en términos, por lo demás, puramente cognitivos, sin atender a la capacidad de dejarse determinar por dicha intelección.

... Me tienta la idea de encontrar una fórmula general que abarque tanto el N° 1 como el N° 3, al estilo del art. 42 del código de Costa Rica<sup>72</sup>.”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

**a) *Del Prof. René García***

1. “El enajenado mental y el que por cualquier anomalía grave fuere incapaz de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión”.

---

<sup>72</sup> “Art. 42. Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes.”

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 5°...**

**N°1.-** El enajenado mental y el que por cualquiera otra anomalía grave fuere incapaz de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión..

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se conserva la expresión “enajenado mental”, por los fundamentos de la propuesta de la Secretaría, evitando una definición legal de aspectos médicos-psiquiátricos.
2. Se agrega, con todo, la referencia a “cualquiera otra anomalía grave etc.”, contenida en la propuesta de redacción de R. García, coincidente con un importante número de observaciones en el mismo sentido.
3. A consecuencia de lo anterior, se elimina el N°2 del art. 15 MDU2 (sordomudez etc.), por entenderse comprendido en la nueva redacción adoptada.

**Tema 10. Grave alteración de la percepción**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. 15 N° 2.- El sordomudo de nacimiento que no pueda darse a entender, y el que por enfermedad congénita o infantil sufra una limitación de gravedad análoga.*

**B. Fundamento**

Esta causal de inimputabilidad, reconocida en la doctrina nacional<sup>73</sup>, se prevé para el caso que los discapacitados que se indican no sean considerados propiamente enajenados mentales. No se explicita, como en el art. 20 N° 3 del CP español<sup>74</sup>, o en el 96 del Código Italiano<sup>75</sup>, el efecto de la grave alteración de la percepción, por las mismas razones que se mencionan en el número anterior: se trata de una materia discutida y en la cual la influencia del desarrollo de las ciencias médicas es muy determinante como para adoptar alguna decisión a nivel legislativo.

---

<sup>73</sup> Politoff I, 439.

<sup>74</sup> **Artículo 20.** “Están exentos de responsabilidad criminal:

...3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.”

<sup>75</sup> **Art. 96 – “Sordomutismo.** Non è imputabile il sordomuto che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva, per

causa della sua infermità la capacità d'intendere o di volere.

Se la capacità d'intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, la pena è diminuita.”

**C. Observaciones recibidas**

**a) Para su remisión al N° 1 (con fórmula sobre sus efectos)**

(1) Del Prof. René García

“La referencia al sordomudo que no pueda darse a entender me parece innecesariamente casuística, además de excesivamente amplia. Lo mismo respecto de la referencia a la “enfermedad congénita o infantil”. Prefiero subsumir estos casos en una fórmula general como la que propongo en la segunda parte del N° 1.”

(2) Del Prof. Miguel Viveros

“Pese a las razones consideradas para no efectuar referencia al efecto de la grave alteración de la percepción, la diferencia de este caso respecto al enajenado mental es, precisamente, la difundida interpretación de la antigua “locura o demencia” como una fórmula mixta, que no necesariamente se hará extensiva a este nuevo precepto. Es decir, hay motivos para esperar que la enajenación mental seguirá interpretándose del modo hasta ahora predominante en la doctrina; en cambio, esos motivos no están presentes del mismo modo, tratándose de este nuevo caso. Por eso, sugiero discutir el punto.”

**b) Sobre el nombre dado al tema [“grave alteración”]**

(1) Del Prof. Juan Ignacio Piña

“Estoy de acuerdo con la idea de incorporar una eximente como esta, pero su formulación me genera severas dudas.

En primer lugar, no creo que se trate de alteraciones graves a la «percepción», pues incluso en el caso del sordomudo la alteración a la percepción se refiere sólo a la sordera, mientras que la mudez sólo guarda relación con su capacidad de comunicación.

Creo que lo esencial en el sordomudo que no se puede dar a entender es que tiene una «socialización» muy deficiente (sólo en parte fundada en su alteración de la percepción). Es muy difícil que un sordomudo que no se puede dar a entender termine «haciendo suyas» las normas de una sociedad con la que no tiene un cauce fluido de comunicación.

Por lo mismo, el eje de las reflexiones respecto de los «otros casos» no debe centrarse en la analogía respecto de la limitación —como se plantea en la propuesta—, sino de su efecto, esto es la «deficiente socialización».

Sólo en este entendido puede comprenderse la exigencia de la segunda parte de que se trate de una enfermedad congénita o infantil, pues una enfermedad que tiene lugar posteriormente difícilmente podrá obstar a esa socialización, cosa que efectivamente ocurre cuando el quiebre de comunicación con la sociedad tiene lugar en etapas muy tempranas del desarrollo. Si efectivamente se tratara de una deficiencia en la percepción, no debería

haber limitación alguna respecto de enfermedades que tuvieran lugar cuando el individuo ya se ha desarrollado, pues su percepción quedaría igualmente limitada”.

(2) *De los Profs. Soto y Ferdman*

“...En el caso del sordo mudo, sólo describiríamos la situación y no la nominaríamos, “grave alteración de la percepción”.

c) *Sobre la necesidad de hacer referencia a los fundamentos de la causal, de la Prof. Silvia Peña*

“En cuanto a la causa de inimputabilidad prevista en el **art. 15, N° 2**, me parece demasiado casuística la forma como está redactada, además de que lo que exige al sordomudo no es su incapacidad de *darse a entender*, sino la de *comprender* la materia de lo injusto a consecuencia de su incomunicación (receptiva) o aislamiento del mundo exterior. Por tal razón, en esto me inclinaría igualmente por la solución española, incorporando tal vez la posibilidad de imputabilidad disminuida que contempla el Código italiano para aquellos casos en que la limitación física no sea absoluta”.

d) *Sobre la expresión “enfermedad”, del Prof. Juan Ignacio Piña*

“Probablemente también sea aconsejable prescindir de la mención de enfermedad congénita o infantil, pues este tipo de limitaciones han generado serios problemas en el ámbito anglosajón para determinar qué es una enfermedad (ejemplo, es una enfermedad un traumatismo craneano causado por el padre al que se le cae el niño recién nacido: en rigor, enfermedad no es).”

**D. Propuestas de redacciones recibidas**

a) *Para sustituir la redacción del numeral propuesto, del Prof. Juan Ignacio Piña*

N° 2... “*El sordomudo de nacimiento que no pueda darse a entender y el que por alguna otra causa sufriera alguna limitación que afectara su desarrollo cognitivo en sus etapas tempranas de desarrollo*”.

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**ELIMINAR EL TEXTO PROPUESTO.**

---

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. La eliminación se produce como consecuencia de la modificación realizada en el aprobado art. 5° N° 1, donde se entienden comprendidos los casops que pretendía regular la propuesta de la Secretaría Técnica.

**Tema 11. Privación temporal de la razón**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. 15 N° 3.- El que se halla privado temporalmente de sus facultades mentales, cuando dicho estado no lo hubiere provocado para cometer el delito, ni su perpetración fuese previsible al momento de ponerse voluntariamente en dicha condición. Tampoco se aplicará esta eximente a los casos en que la ley castiga especialmente la realización de determinadas conductas en estado de embriaguez o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.*

**B. Fundamento**

No parece existir entre nosotros discusión acerca de la conveniencia de la fórmula relativa a la privación temporal de la razón, restando únicamente intentos dogmáticos por limitar las aparentemente contradictorias consecuencias con el principio de culpabilidad que acarrea la exclusión de las *actio liberae in causa* de la eximente<sup>76</sup>.

Con independencia de los diferentes fundamentos y soluciones propuestas al problema de la actuación en estado de inconciencia, lo cierto es que la doctrina mayoritaria entre nosotros *tiende a conceder un trato más benévolo* (ncluyendo la apreciación de una verdadera eximente) a quien actúa en estado de ebriedad o autointoxicación voluntario, culpable o fortuito, que respecto de quien se embriaga o intoxica con el fin *preordenado* de delinquir o siendo *previsible* la comisión del delito, al que se considera *excepcionalmente* susceptible de castigarse conforme la regla de la parte final del actual art. 10 N° 1 Cp<sup>77</sup>. No es este, por cierto, el parecer de la jurisprudencia absolutamente dominante, ni del legislador que ha prodigado figuras especiales donde la embriaguez o la autointoxicación es un elemento del delito<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Cfr., a modo ejemplar, Cury II, 52ss.

<sup>77</sup> Náquira, *Comentario al art. 10 N° 1 Cp*, p. 104s

<sup>78</sup> **Art. 114 Ley General de Ferrocarriles.** El maquinista, conductor o guardafrenos que abandonase su puesto durante su servicio o *lo atendiese en estado de ebriedad*, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de 50 a 500 pesos.

**Art. 115 Ley General de Ferrocarriles.** Si a consecuencia del abandono del puesto o *del estado de embriaguez*, ocurrieren accidentes que hicieren o causaren la muerte de alguna persona, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 50 a 500 pesos.

**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

---

**Art. 116 Ley General de Ferrocarriles.** Si el abandono o *la embriaguez* se hiciera con intención criminal para causar daño a alguna de las personas que van en los trenes, se aplicarán al maquinista, conductor o guardafrenos, las penas que señalan los artículos 105, 106, 107, 108, 109 y 111, según el caso.

**Art. 117 Ley General de Ferrocarriles.** Las penas señaladas en los tres artículos precedentes, se aplicarán, según los casos, a cualquier otro empleado en el servicio del ferrocarril que teniendo un puesto que desempeñar, lo abandonare o *lo sirviere en estado de ebriedad*.

**Art. 193 Código Aeronáutico.** *El personal aeronáutico que desempeñe sus funciones bajo la influencia del alcohol o de drogas estupefacientes o sicotrópicas*, será castigado con presidio o reclusión menores en sus grados medio a máximo y multa de diez a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, el tribunal decretará la cancelación definitiva de su licencia.

**Art. 199 Código Aeronáutico.** Si, a causa de las conductas delictivas descritas en los artículos 190 a 198, se causaren daños a la aeronave, cosas transportadas u otros bienes, la pena privativa de libertad se aumentará en un grado.

**Art. 121 Ley 17.105, Sobre Alcoholes (en trámite de sustitución por una norma similar, incorporada como art. 196 E de la Ley de Tránsito, Boletín 1192-11, actualmente en Comisión Mixta).** Todo maquinista de embarcación y ferrocarriles, como asimismo todo conductor de vehículos motorizados o a tracción animal, guardafrenos o cambiador que se desempeñe en estado de ebriedad, será castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, aunque no cause daño alguno, o sólo cause daños materiales o lesiones leves. Se reputarán leves, para estos efectos, todas las lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días.

Si, a consecuencia de desempeñarse en estado de embriaguez, se causare lesiones menos graves o graves a una o más personas, los individuos señalados en el inciso precedente serán castigados con presidio menor en su grado medio y multa de cuatro a doce unidades tributarias mensuales.

Si resultare la muerte de una o más personas, se impondrán al culpable las penas de presidio menor en su grado máximo y multa de ocho a veinte unidades tributarias mensuales.

Se aplicará como pena accesoria, además de las establecidas en el Código Penal, el retiro o suspensión del carnet, permiso o autorización para conducir vehículos por el término de seis meses a un año en los delitos previstos en el inciso primero; de uno a dos años si se causaren lesiones menos graves o graves; y de dos a cuatro años si resultare la muerte. En caso de reincidencia, los plazos máximos señalados en este inciso se elevarán al doble, debiendo el Juez decretar el retiro definitivo del permiso cuando estime que el manejo de vehículos por el culpable ofrece peligro para el tránsito o la seguridad públicos.

Las medidas indicadas en el inciso precedente no podrán ser suspendidas, ni aun cuando el juez hiciera uso de la facultad contemplada en el artículo 398 del Código Procesal Penal, pero, tratándose del retiro definitivo, el Juez podrá, después de transcurrido el tiempo requerido para la prescripción de la pena principal, alzar la prohibición de manejar, cuando nuevos antecedentes así lo justifiquen.

El funcionario municipal que, a sabiendas, otorgue o conceda permiso o carnet para manejar vehículos a cualquiera persona impedida por alguna de las sanciones a que se refieren los incisos precedentes, será penado con multa de media unidad tributaria mensual a tres unidades tributarias mensuales.

**Art. 11 Ley 19.366, Sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes.** Los Oficiales y el personal de Gente de Mar de dotación de buques de la marina mercante, de naves especiales y de artefactos navales que, a bordo o en el cumplimiento de sus funciones, fueren sorprendidos consumiendo alguna de las substancias señaladas en el artículo 1º o en circunstancias que hagan presumir que acaban de hacerlo, serán sancionados con la pena de presidio o reclusión menores en sus grados medio a máximo y multa de diez a cien unidades tributarias mensuales.

La misma sanción se aplicará a los Oficiales y personal de Gente de Mar que fueren sorprendidos, en idénticas circunstancias, portando dichas substancias para su exclusivo uso personal.

Las penas indicadas en los incisos anteriores no se aplicarán a los que justifiquen el uso, consumo, porte o tenencia de alguna de dichas substancias en virtud de prescripción médica.

**Art. 300 CJM.** El centinela que abandonare su puesto o *se embriagare* en él, estando frente al enemigo, será castigado con la pena de presidio militar mayor en su grado máximo a presidio militar perpetuo.

Si el delito lo cometiere en campaña o en lugar declarado en estado de sitio, sin estar frente a enemigos, la pena será de presidio mayor en su grado máximo; y si fuere en otras circunstancias, con la de presidio militar menor en su grado máximo a presidio militar mayor en su grado medio.

**Art. 406 CJM.** Todo miembro de Carabineros que *se embriagare* estando en acto de servicio será castigado con la pena de prisión militar en cualquiera de sus grados, y si como consecuencia de la embriaguez cometiere algún delito, será castigado con la pena correspondiente al delito, estimando la embriaguez una circunstancia agravante del mismo.



Por lo mismo, parece conveniente introducir una disposición que, como el art. 20 N° 2 Cp español<sup>79</sup> y los arts. 91ss Cp italiano (cuyo régimen es sensiblemente más severo que el que aquí se propone)<sup>80</sup>, permita una mejor solución práctica al problema planteado, impidiendo una aplicación mecánica de las figuras dolosas a la actuación en estado de embriaguez (esto es, limitar la idea de que “al ebrio lo persigue el dolo”), sea consistente con el parecer de nuestra doctrina mayoritaria en la materia en orden a mantener la punibilidad de lo *preordenado* y de lo *previsible*, y permita mantener el castigo que leyes especiales establecen para la autointoxicación, cuya validez política y práctica parece difícil de discutir en este lugar<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> **Artículo 20.** “Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

<sup>80</sup> **Art. 91 – “Ubriachezza derivata da caso fortuito o da forza maggiore.** Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva la capacità d'intendere o di volere, a cagione di piena ubriachezza derivata da caso fortuito o da forza maggiore.

Se l'ubriachezza non era piena, ma era tuttavia tale da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, la pena è diminuita.

**Art. 92 - Ubriachezza volontaria o colposa ovvero preordinata.** L'ubriachezza non derivata da caso fortuito o da forza maggiore non esclude né diminuisce l'imputabilità.

Se l'ubriachezza era preordinata al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa, la pena è aumentata.

**Art. 93 - Fatto commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti.** Le disposizioni dei due articoli precedenti si applicano anche quando il fatto è stato commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti.

**Art. 94 - Ubriachezza abituale.** Quando il reato è commesso in stato di ubriachezza, e questa è abituale, la pena è aumentata.

Agli effetti della legge penale, è considerato ubriaco abituale chi è dedito all'uso di bevande alcoliche e in stato frequente di ubriachezza.

L'aggravamento di pena stabilito nella prima parte di questo articolo si applica anche quando il reato è commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti da chi è dedito all'uso di tali sostanze.

**Art. 95 - Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti.** Per i fatti commessi in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool ovvero da sostanze stupefacenti, si applicano le disposizioni contenute negli articoli 88 e 89.”

Debe tener en cuenta, además, la regla general sobre *preordenación delictiva* del art. 87: “**Stato preordinato d'incapacità d'intendere o di volere.** La disposizione della prima parte dell'art. 85 non si applica a chi si è messo in stato d'incapacità d'intendere o di volere al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa.”

<sup>81</sup> Incluso en el derecho alemán, cuyo § 20 parece excluir en su literalidad la idea de la *actio liberae in causa*, al exigir el juicio de culpabilidad “en el momento de la comisión del hecho”, se admite ésta como “excepción ... reconocida por el Derecho consuetudinario”, de amplia aplicación en la jurisprudencia, que en su mérito ha condenado por los delitos *dolosos* correspondientes, sin recurrir a la figura del §323a, aparentemente reservada sólo para la embriaguez dolosa o culposa no preordenada al delito o cuya comisión no fuere previsible (Jescheck PG, 478ss).

**C. Observaciones recibidas**

**a) *Sobre la necesidad de volver al criterio actual de Código en la regulación de esta materia, del prof. Eduardo Novoa A.***

“No creo acertado adoptar, como premisa general, la exención de responsabilidad penal para la autointoxicación voluntaria y la culpable, excluyendo sólo a la preordenada y a aquella donde la comisión del delito sea previsible. La mención a pie de página de un gran número de conductas que harían excepción a la exclusión de responsabilidad, donde justamente el sujeto actúa en estado de ebriedad o bajo autointoxicación voluntaria o culpable, demuestra que la valoración social de una exención como la que se propone "no pasaría la prueba de la blancura" al discutirse su aprobación legislativa, más aún si en las leyes citadas la autointoxicación es presupuesto, en muchos casos, de auténticos delitos de peligro. En mi opinión el beneficio de exención de pena debe abarcar únicamente a hipótesis de intoxicación fortuita o forzada, descartando las demás.”

**b) *Que consideran las limitaciones de la propuesta contrarias al principio de culpabilidad***

**(1) *Del Prof. Alfredo Etcheberry***

“...Debe reconocerse que [en las excepciones del artículo] no se respeta estrictamente el principio “no hay pena sin culpa” (salvo el caso muy raro de intoxicación preordenada)”.

**(2) *De los Profs. Soto y Ferdman***

“la regulación propuesta deja subsistente importantes espacios de “versari””.

**(3) *Del Prof. F. Caballero***

“Aquella parte final del N° 3 (Privación temporal de razón), relativa a excluir de la exención casos delictivos que tienen ocurrencia mientras el sujeto activo está bajo los efectos del alcohol u otras drogas, no parece aconsejable introducirla; ya que implica una limitación respecto de situaciones particulares que tienen que ser apreciadas conforme a las reglas generales. Además de modo indirecto se plantea una forma de presunción de derecho de *actio liberae in causa*, que aparece contradictoria con la cláusula expresada en la primera parte de la norma.”

**c) *Sobre la necesidad de adoptar una fórmula como la del art. 20 español, referida únicamente a la autointoxicación***

*(1) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz*

“Habiéndose descartado el trastorno mental transitorio. ¿no será más adecuado referirse directamente a las hipótesis a las que se refiere el artículo 20 N° 2 del Código penal español (intoxicación plena...). La “privación temporal de las facultades mentales” me parece un concepto anticuado y vago, y permite a la jurisprudencia escabullir los casos relevantes. Por otra parte, permitiría una mejor delimitación con los casos de no exigibilidad de otra conducta.”

*(2) De la Prof. Silvia Peña*

“Me referiría al hecho que determina la inimputabilidad, derechamente como estado de autointoxicación plena, tal como hace el Código español, pero excluyendo la parte final relativa al síndrome de abstinencia”.

*(3) Del Prof. Raúl Carnevali*

“Estimo, por razones de mayor seguridad jurídica, que cuando se hace referencia a los supuestos de embriaguez o de intoxicación plena por consumo de drogas se exprese de manera similar a como lo hace el Art. 20 N° 2 del CP español. Es decir, si el sujeto se halla en ese estado está exento de responsabilidad —siempre claro está, que se trata de una intoxicación plena—, salvo que haya actuado con un fin preordenado.”

**d) *Sobre la necesidad de incorporar el adjetivo “total”, respecto de la privación de facultades mentales, del Prof. Miguel Viveros***

“La Comisión Técnica no expresa el fundamento específico que ha tenido en vista para la innovación y por lo mismo, mientras tanto, consigno que no estoy seguro de la conveniencia de eliminar el carácter “total” de la privación transitoria de la razón”.

**e) *Sobre el actuar en estado de síndrome de abstinencia***

*(1) Del Prof. Raúl Carnevali*

“...Estimo importante una referencia expresa al síndrome de abstinencia, sobre todo, si buena parte de los delitos que se cometen bajo la influencia de las drogas tienen lugar bajo este síndrome.”

(2) De la Prof. Silvia Peña

“Me referiría al hecho que determina la inimputabilidad derechamente como *estado de intoxicación plena*, tal como lo hace el código español, pero excluyendo la parte final relativa al síndrome de abstinencia (me parece peligroso).”

**f) *Sobre la excepción relativa a los hechos especialmente punibles de embriaguez o autointoxicación***

(1) Del Prof. Juan Ignacio Piña

“Creo que la segunda parte del artículo («Tampoco se aplicará...») no aporta nada y debería sacarse. Resulta evidente que cuando la ley castiga especialmente la realización conductas borracho o drogado, la eximente no se aplica.”

(2) De la Prof. Silvia Peña

“Llamo asimismo la atención acerca de que la segunda oración, cuyo contenido me parece correcto, se justifica sólo si el nuevo código admitiera también una profusa legislación especial paralela. De lo contrario, sería superflua.”

(3) Del Prof. Miguel Viveros

“Efectuaría ajuste de redacción a fin de consagrar pura y simplemente, en la primera frase, la exención de responsabilidad, eliminando “el tampoco se aplicará...”. Luego de consagrada positivamente la exención, señalaría los casos en que no será aplicable.”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

**a) *Para sustituir la redacción propuesta***

(1) Del Prof. Eduardo Novoa A.

“3. *El que por causa independiente de su voluntad se halle privado temporalmente de sus facultades mentales*”

(2) Del Prof. F. Caballero

“*El que se halla privado temporalmente de sus facultades mentales, cuando dicho estado no lo hubiere provocado para cometer el delito, ni su perpetración fuese previsible al momento de ponerse voluntariamente en dicha condición*”.

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 5°...**

Nº 2. El que, en forma transitoria, se halla privado totalmente de razón, siempre que dicho estado no se lo hubiere provocado para cometer el delito, ni su perpetración le fuere previsible al momento de ponerse voluntariamente en dicha condición.

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El texto aprobado corresponde a regulación propuesta por la Secretaría Técnica para las *acciones libres en su causa*, como solución de compromiso, atendido el actual estado de la cuestión entre nosotros, agregándose la expresión “totalmente” –a sugerencia del Prof. Caballero–, para mantener el sentido del actual 10 Nº 1, y evitar problemas de interpretación (El cambio de numeración se debe solamente al acuerdo de suprimir el Nº2 propuesto).
2. Además, se eliminó la frase final del texto propuesto por la Secretaría Técnica (“Tampoco se aplicará etc.”), por parecer superflua, según un importante número de observaciones recibidas.

**Tema 12. Menor edad**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. 15 Nº 4.- El menor de catorce años. La responsabilidad criminal del mayor de catorce años cumplidos y menor de dieciocho se regirá por lo dispuesto en las leyes especiales dictadas al efecto.*

**B. Fundamento**

No parece entre nosotros discutible el efecto eximente de la menor edad. La doctrina mayoritaria entre nosotros estima la menor edad como forma de *inimputabilidad* o *incapacidad de culpabilidad*, aunque en la práctica, las decisiones legislativas acerca de la edad en que se adquiere dicha capacidad, y las jurisprudenciales acerca del *discernimiento*, parecen haber estado influidas más por posturas correccionalistas y peligrosistas; criterios rechazados por la mayor parte de nuestra doctrina, que sostiene debe tenderse a la formación de un derecho penal juvenil, eliminándose el criterio del *discernimiento* y de todo atisbo correccional en las sanciones aplicables<sup>82</sup>.

Así, conforme al Principio Orientador Nº 5 del Foro Penal, “los delitos cometidos por menores deben ser regulados por un estatuto jurídico diferente del aplicable a los adultos, que, en todo caso, debe considerar al menos las mismas garantías y derechos que rigen para

---

<sup>82</sup> Cillero, *Comentario al art. 10 N°s 2 y 3*, p. 109ss.

éstos. Tanto el catálogo de conductas punibles como las sanciones aplicables deben ser proporcionalmente menos gravosos que los vigentes para los adultos”.

Puesto que esa es también la solución dominante en el derecho comparado y se corresponde con la propuesta del Ejecutivo de establecer un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes<sup>83</sup>, diferenciado del de los adultos, estimamos que, sin perjuicio de las adecuaciones que a dicho sistema debieran proponerse una vez terminada la redacción del nuevo Código penal, éste debe asumir que regulará exclusivamente la conducta de los adultos, esto es, los mayores de dieciocho años cumplidos.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Proponiendo restablecer el actual límite de 16 años para la inimputabilidad plena, del Prof. Alfredo Etcheberry*

“En el número 4, rechazo la rebaja de los actuales dieciséis años a catorce. Propongo reemplazar la expresión “catorce” por “dieciséis”, las dos veces que figura en el texto. Estoy consciente de que existe un proyecto de ley en el sentido del texto propuesto, pero el Foro debe representar un criterio científico y humano, y no político”.

#### b) *Sobre el sentido de la redacción propuesta*

##### (1) *Del Prof. F. Caballero*

El número 4 debe plantear derechamente la exención respecto del menor de 18 años. La responsabilidad del joven, conforme a los principios recogidos por el proyecto de ley individualizado como boletín N° 3021-07, es diversa (en términos de imputabilidad) a la responsabilidad penal que se predica sobre el adulto.

##### (2) *De los Profs. Soto y Ferdman*

“En la minoría debería hacerse referencia al menor de 18 años, pues el código sólo se aplica a su respecto, luego, resulta un equívoco aludir al menor de 14 años.”

---

<sup>83</sup> Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. (boletín N° 3021-07). Artículo 84.- Modificaciones al Código Penal. Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

a) *Sustitúyese el número segundo del Artículo 10 por el siguiente:* “El menor de 18 años. Sin perjuicio de lo anterior la responsabilidad de los menores de 18 años pero mayores de 14 cumplidos, será establecida de acuerdo a lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil”;

b) *Derógase el número tercero del artículo 10.”*

**D. Propuestas de redacción recibidas**

*a) Para sustituir la redacción propuesta, del Prof. F. Caballero*

*“El menor de dieciocho años. La responsabilidad del mayor de catorce años cumplidos y menor de dieciocho se regirá por lo dispuesto en las leyes especiales dictadas al efecto”.*

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 5**

... N° 3. El menor de catorce años. La responsabilidad del mayor de catorce años cumplidos y menor de dieciocho se regirá por lo dispuesto en las leyes especiales dictadas al efecto.

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El Foro aprobó por sus propios fundamentos la propuesta de la Secretaría Técnica, admitiendo que existe acuerdo generalizado en la edad propuesta como límite a la imputabilidad penal, conforme el proyecto legislativo en trámite.
2. Sólo se cambia la expresión “responsabilidad criminal” de la redacción propuesta por la Secretaría Técnica, por “responsabilidad”, para evitar se consideren las sentencias dictadas en el ámbito de la responsabilidad penal juvenil como propiamente “condenadas criminales”, para los efectos del Código penal.
3. El Foro expresó entender como absolutamente necesaria una Ley de Responsabilidad Juvenil para hacer operativo el articulado propuesto.

**Tema 13. Legítima defensa**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. 15 N° 5.- El que obra en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

*Primera. Agresión ilegítima.*

*Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.*

**B. Fundamento**

La discusión en nuestra doctrina respecto del del actual art. 10 N° 4, tiene, en lo dogmático, como punto fundamental la admisión o no de si el término “en” hace referencia a los elementos subjetivos de justificación. La profunda división existente en la materia, nos

parece aconsejar que, al igual que el actual art. 20 Cp español<sup>84</sup>, no tome el Código no tome partido al respecto, sobre todo por lo limitado de los efectos prácticos de adoptar una u otra decisión<sup>85</sup>. Por lo mismo, se prefiere mantener el encabezado de la justificación por legítima defensa en términos muy similares al actual, dejando para una decantación doctrinal posterior la solución a esta disputa que, insistimos, carece de efectos prácticos relevantes.

En lo que sí hay acuerdo doctrinal, y ello se recoge en la propuesta, es en la supresión de la arcaica y desafortunada regulación de la legítima defensa de parientes y de terceros de los N°s. 5 y 6 del art. 10. El acuerdo parece extenderse a la supresión de la también arcaica exigencia de la “falta de provocación suficiente” del actual art. 10 N° 4, de difícil aprehensión y menor aplicabilidad práctica, no contenida en el § 32 StGB<sup>86</sup> ni en el 52 Cp italiano<sup>87</sup>.

En cuanto a los bienes defendibles, se hace mención a la conveniencia de excluir de ellos los llamados *derechos colectivos*, lo que de alguna manera –no muy categórica– recoge la propuesta, atendido que la distinción entre derechos subjetivos y colectivos parece no ser siempre muy clara<sup>88</sup>.

Por lo que respecta al criterio para juzgar la legitimidad de la defensa, aunque se plantea por algunos la conveniencia de explicitar más los criterios de subsidiariedad y proporcionalidad subyacentes en ésta –como lo hace el citado art. 52 del Código penal italiano– parece haber, con todo, acuerdo en que la actual fórmula legal (“necesidad racional del medio”) permite dar cuenta de la rica y variada gama de posibilidades de realización fáctica de esta justificante<sup>89</sup>.

Por otra parte, las críticas formuladas por la doctrina nacional respecto de la aparentemente desmesurada extensión que han pretendido darle a los supuestos de *legítima defensa privilegiada* no sólo las últimas modificaciones del Código, sino también la legislación

---

<sup>84</sup> **Artículo 20.** “Están exentos de responsabilidad criminal:

...4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.”

<sup>85</sup> Politoff/Matus, *Comentario al art. 10 N° 4 Cp*, p. 132.

<sup>86</sup> **§ 32 StGB. “Legítima defensa.** (1) Quien comente un hecho que está admitido por la legítima defensa, no actúa antijurídicamente.

(2) Legítima defensa es la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica para sí mismo o para otro”.

<sup>87</sup> **Art. 52 “Difesa legittima.** Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un’offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all’offesa”.

<sup>88</sup> Politoff/Matus, *Comentario al art. 10 N° 4 Cp*, p. 129.

<sup>89</sup> Politoff/Matus, *Comentario al art. 10 N° 4 Cp*, p. 128



especial, particularmente la relativa al orden militar<sup>90</sup> (donde se sigue una sistemática parecida a la del art. 53 Código Italiano<sup>91</sup>), parece hacer aconsejable su supresión. Finalmente, en cuanto al tratamiento del *exceso en la defensa*, tanto *intensivo* como *extensivo*, parece encontrar adecuada regulación en las diversas disposiciones concurrentes que rigen en la actualidad (art. 73, 11 N° 1), cuyas normas sucesoras ya han sido discutidas en parte por el Foro<sup>92</sup>, a propósito de algunos aspectos particulares de determinación de la pena, o se mantienen en esta propuesta (art. 10 N° 9 actual, para el caso de *inexigibilidad*), sin necesidad de recurrir a disposiciones especiales, como la del art. 55 Código Italiano<sup>93</sup> y el § 33 StGB<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> **Art. 410 CJM.** Además de las exenciones de responsabilidad establecidas será causal eximente de responsabilidad penal para los Carabineros, el hacer uso de sus armas en defensa propia o en la defensa inmediata de un extraño al cual, por razón de su cargo, deban prestar protección o auxilio.

**Art. 411 CJM.** Estará también exento de responsabilidad penal, el Carabiniro que haga uso de sus armas en contra del preso o detenido que huya y no obedezca a las intimaciones de detenerse.

Esto no obstante, los Tribunales, según las circunstancias y si éstas demostraren que no había necesidad racional de usar las armas en toda la extensión que aparezca, podrán considerar esta circunstancia como simplemente atenuante de la responsabilidad y rebajar la pena en su virtud en uno, dos o tres grados.

**Art. 412 CJM.** La disposición del artículo anterior se aplicará también al caso en que el Carabiniro haga uso de sus armas en contra de la persona o personas que desobedezcan o traten de desobedecer una orden judicial que dicho Carabiniro tenga orden de velar, y después de haberles intimado la obligación de respetarla, como cuando se vigila el cumplimiento del derecho de retención, el de una obligación de no hacer, la forma de distribución de aguas comunes, etc.

**Art. 208 CJM.** Será causal eximente de responsabilidad para los militares, el hacer uso de armas cuando no exista otro medio racional de cumplir la consigna recibida.

Serán, asimismo causales eximentes de responsabilidad penal para el personal de las Fuerzas Armadas que cumplan funciones de guardadores del orden y seguridad públicos, las establecidas en los artículos 410, 411 y 412 de este Código.

**Art. 23 bis Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile (DL 2.460).** Estará exento de responsabilidad criminal, el funcionario de la policía de Investigaciones de Chile, que con el objeto de cumplir un deber que establezca este decreto ley, se viere obligado a hacer uso de armas, para rechazar alguna violencia o vencer alguna resistencia a la autoridad.

<sup>91</sup> **Art. 53 – “Uso legittimo delle armi.** Ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti, non è punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità e comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aviatorio, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona.

La stessa disposizione si applica a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza.

La legge determina gli altri casi, nei quali è autorizzato l'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica.”

<sup>92</sup> Cfr., el *Cuadro comparativo* preparado por la Secretaría Técnica, sobre la propuesta de los profs. Feller y Acosta.

<sup>93</sup> **Art. 55 “Eccesso colposo.** Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli artt. 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.”

<sup>94</sup> **§ 33. “Exceso en la legítima defensa.** Si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión, temor o miedo, entonces no será castigado.”

**C. Observaciones recibidas**

**a) Para agregar una referencia a la “actualidad o inminencia” al requisito “agresión ilegítima”**

(1) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

“Aunque no exista discrepancia doctrinal ni jurisprudencia, creo importante añadir que ella debe ser “actual o inminente”, como lo hacen, por lo demás, el CP italiano y el alemán”.

(2) Del Prof. René García

“Agregaría en la circunstancia primera la exigencia de actualidad o inminencia de la agresión.”

**b) Sobre la supresión del requisito de “falta de provocación suficiente” (su rechazo)**

(1) Del Prof. Enrique Cury

“Tengo ciertas dudas respecto a la supresión del requisito de falta de provocación suficiente. Me parece advertir en la mayor parte de la doctrina contemporánea comparada una tendencia a estimar que la provocación puede abstar a la legitimidad de la defensa. En todo caso, pienso que es una cuestión que vale la pena conversar”.

(2) Del Prof. Alfredo Etcheberry

“En cuanto a la supresión de la exigencia de la “falta de provocación suficiente” (que el actual C. Español ha conservado), creo que tiene el peligro de que el agente provoque el ataque para luego reaccionar sobre el agresor amparándose en la legítima defensa. En todo caso, si ha de suprimirse, habría que acordar algún efecto mitigante a los casos en que ha habido provocación: sea de atenuación o de derivación de la pena hacia el delito culposo, si lo hay.”

(3) Del Prof. René García

“Soy partidario de agregar la circunstancia tercera de falta de provocación suficiente en los mismos términos del código español (“falta de provocación por parte del defensor”).”

(4) De la Prof. Silvia Peña

“Yo mantendría la exigencia de *falta de provocación suficiente por parte del que se defiende*, porque si la provocación es de tal entidad que configura en sí misma un delito (una injuria grave, por ejemplo), la reacción defensiva del provocador frente a la agresión —también defensiva— del injuriado habría dejado de ser lícita”.

(5) Del Prof. F. Cabellero

“No debe suprimirse el requisito de la "falta de provocación suficiente" en el N° 5, relativo a la legítima defensa. Su inclusión no es irrelevante y permite el establecimiento de un elemento importante dentro de la estructura de la justificante, que de no existir legalmente tendrá que surgir interpretativamente con todos los problemas de certeza que ello implica.”

c) ***Para regular expresamente de los supuestos de exceso en la defensa***

(1) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

“Pienso que debe añadirse una regla como la que contiene el párrafo 33 del CP alemán, porque no siempre me parece adecuada la regulación actual (art. 73, 11 N°1 CP) que sólo plantea una atenuación de pena y porque el artículo 10 N° 9 CP no suele utilizarse por la jurisprudencia para los casos de exceso en la defensa. Una norma expresa que acoja los estándares de la inexigibilidad de la conducta podría, a mi juicio, ayudar en el sentido de aplicarlo”

(2) Del Prof. A. Etcheberry

“...Como el efecto sería eximente y no atenuante, me parece conveniente consignar la impunidad de un exceso en la defensa (como también en el estado de necesidad) cuando proviene de una perturbación o arrebato del ánimo comprensible por las circunstancias.”

(3) Del Prof. Raúl Carnevali

“Estimo conveniente introducir una norma similar al párrafo 33 del CP alemán, pues permite disponer de una norma expresa a la que se puede recurrir, más aún si nuestra jurisprudencia no aplica mayormente el Art. 10 N° 9 del CP.”

**D. Propuestas de redacciones recibidas**

- a) *Para añadir una regla sobre exceso en legítima defensa, de la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz*

Inc. final: “*El exceso en la legítima defensa por confusión o miedo insuperable no será castigada*”.

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 5°...**

N° 4.- El que obra en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

*Primera. Agresión ilegítima.*

*Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.*

*Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que ejerce la defensa.*

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El Foro estuvo de acuerdo en reponer la actual exigencia tercera del art. 10 N° 4 Cp (“falta de provocación etc”), eliminada en la propuesta de la Secretaría, atendido el mérito de las numerosas observaciones recibidas en ese sentido. En lo demás, el texto corresponde íntegramente al propuesto por la Secretaría Técnica.

**Tema 14. Estado de necesidad**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. [15 N° 6].- El que obra para evitar un mal, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

*Primera. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.*

*Segunda. Que sea mayor que el causado para evitarlo.*

*Tercera. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.*

*La exención establecida en este artículo, regirá sin perjuicio del derecho del afectado a pedir la indemnización civil que corresponda. En estos casos, procederá únicamente la indemnización por los daños directos causados para evitar el mal que se trate.*

## B. Fundamento

La propuesta pretende superar la principal crítica al actual 10 N° 7 Cp, y que es compartida por la doctrina mayoritaria: su reducción a los daños a la propiedad ajena como único bien (derecho) sacrificable, habiendo acuerdo en la admisibilidad de una justificación más amplia, que permita sopesar otros bienes y derechos, como de hecho lo hace la propia ley en el actual art. 145 Cp<sup>95</sup>.

Además, siguiendo la tendencia legislativa que inaugurara entre nosotros el art. 155 del Código Aeronáutico<sup>96</sup>, al permitir el resarcimiento de daños en casos de aterrizajes forzosos de aeronaves, y el parecer de un sector de la doctrina<sup>97</sup>, se establece una regla que permita la indemnización de los daños, aunque limitada estrictamente a los directos que se causen para evitar el mal.

Finalmente, no se propone una regulación especial del llamado *estado de necesidad exculpante*, cuyos supuestos parecen encontrar regulación en la amplia causal de *miedo insuperable o fuerza irresistible*, por una parte; y por otra, porque las regulaciones existentes en la materia (art. 20 N° 5 CPE<sup>98</sup>; § 35 StGB<sup>99</sup>, y 54 Código italiano<sup>100</sup>) no han resultado del todo satisfactorias, particularmente por la inclusión en ellas de un importante

---

<sup>95</sup> **Art. 145 CP.** “La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún auxilio a la humanidad o a la justicia. Tampoco tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieren abiertos y no se usare de violencia inmotivada.”

<sup>96</sup> **Art. 155 Código Aeronáutico.** “El explotador de la aeronave indemnizará los daños que se causen a las personas o cosas que se encuentren en la superficie, por el solo hecho de que emanen de la acción de una aeronave en vuelo, o por cuanto de ella caiga o se desprenda.”

Cabe destacar que entre las excepciones del art. 156 de dicho cuerpo legal no se encuentra el aterrizaje forzoso, para impedir la pérdida de la aeronave o para proteger a los pasajeros.

<sup>97</sup> Polito/Matus, *Comentario al art. 10 N° 7 Cp*, p. 142.

<sup>98</sup> **Artículo 20.** “Están exentos de responsabilidad criminal:

...5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.”

<sup>99</sup> **§ 35 StGB. “Estado de necesidad disculpante.** (1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él, para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso I., cuando el autor no debería tolerar el peligro, en consideración a una especial relación jurídica.

(2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso I.”

<sup>100</sup> **Art. 54 “Stato di necessità.** Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.

Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.

La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo”.

número de limitaciones y, en particular, del supuesto “deber de afrontar el peligro”, como circunstancia que impide aplicar la eximente, deber no reconocido mayoritariamente entre nosotros<sup>101</sup>.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Sobre la obligación de indemnizar civilmente por el daño causado, en estado de necesidad justificante (y su rechazo), del Prof. Alfredo Etcheberry*

“No estoy de acuerdo en que el que obra en estado de necesidad quede obligado a indemnizar civilmente. Si ha obrado conforme a derecho; ha salvado un bien de mayor importancia que el sacrificado y ha aplicado el principio de que en la necesidad todos los bienes son comunes, no se advierte por qué tendría que indemnizar. Sólo lo admitiría en el caso excepcional de que a consecuencia del acto necesitado, el agente se hubiere hecho más rico, caso en que sería razonable exigirle indemnización, pero sólo en la medida de este enriquecimiento.”

#### b) *Sobre la extensión de la obligación de indemnizar civilmente por el daño causado, en estado de necesidad justificante*

##### (1) *Del Prof. Miguel Viveros*

“Sobre la indemnización civil prevista al final, creo conveniente reemplazar su primer frase, dejando todavía más claro que el derecho a pedirla tiene su fuente y origen en esta misma norma; en ese sentido, aludir al supuesto derecho que tendría el afectado “sin perjuicio de la exención establecida en este artículo” no es exacta, así como tampoco lo es referirse a “la indemnización civil que corresponda”, en circunstancias que en verdad no le corresponde ninguna, todo ello porque el hecho es lícito”

##### (2) *De la Prof. Silvia Peña*

“En cuanto a la obligación de indemnizar<sup>102</sup>, prevista en el inc. 2, la dejaría entregada al criterio del juez, para que resuelva conforme a equidad, según las circunstancias del caso concreto.”

<sup>101</sup> Aunque es sostenido por Cousiño I, p. 415 y Garrido II, p. 142. En contra: Politoff/Matus, *Comentario al art. 10 N° 7 Cp*, p. 141, 143.

<sup>102</sup> En estricto rigor, improcedente, puesto que una acción conforme a Derecho no puede dar lugar a responsabilidad de ninguna especie, ya que la antijuridicidad es una sola.

(3) Del Prof. F. Caballero

El sistema de imputación de responsabilidad civil escogido para el N° 6 (E° de necesidad justificante) debería plantearse también para otras justificantes (p/ej legítima defensa). Lo anterior por cuanto, dado el carácter de última ratio del D° Penal, aquello que no es penalmente injusto no necesariamente resulta ajustado a otros órdenes normativos (ilicitud administrativa, política o civil).

**c) *Sobre la expresión “mal que se trate” en el inc. 2° del texto propuesto, de la Prof. Silvia Peña***

“En el inc. 2°, parte final de la segunda oración, pienso que debería intercalarse la preposición *de* entre el sustantivo *mal* y la conjunción *que...*”

**D. Propuestas de redacciones recibidas**

**a) *Para sustituir la regulación del estado de necesidad justificante, de la Prof. Silvia Peña***

*“Art. ... El que, ante un peligro grave, actual o inminente para un bien jurídico propio o de un tercero, no provocado por él y que no está obligado a afrontar, lesiona un bien jurídico ajeno de menor entidad, a condición de que el peligro no pueda evitarse de otro modo y que tanto el bien jurídico afectado como la intensidad de la lesión no resulten desproporcionados al mal que se quiere evitar.”*

**b) *Para regular la indemnización civil derivada del mal que se causa en estado de necesidad, del Prof. Miguel Viveros***

*“inc. final... Por excepción, el afectado en este caso tendrá derecho a pedir una indemnización de perjuicios, pero sólo por los daños directos causados para evitar el mal impedido”.*

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 5°**

N° 5.- El que obra para evitar un mal grave, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

*Primera.* Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.

*Segunda.* Que sea mayor que el causado para evitarlo.

*Tercera.* Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

*Cuarta.* Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.

---

## F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto

1. El texto recoge íntegramente el propuesto por la Secretaría, con excepción de su inciso final, que se suprimió, por entender que dicha materia debía ser objeto de regulación del derecho civil y no penal, según diversas observaciones recibidas al respecto.
2. Además, el Foro optó por agregar la circunstancia *cuarta* (provocación de la situación de necesidad), para evitar posibles abusos en la aplicación de la eximente, aceptado que se extenderá a situaciones actualmente no contempladas en el art. 10 N° 7° Cp.

### Tema 15. Cumplimiento del deber, etc.

#### A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica

*Art. [15 N° 7].- El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, siempre que ello sea racionalmente necesario.*

#### B. Fundamento

Se propone mantener la regla comprendida en el art. 10 N° 10 del actual Cp (y que para las omisiones reproduce de manera algo redundante el N° 12 de dicha disposición), con la limitación de que el ejercicio del derecho, al igual que en el resto de las justificantes, se encuentre racionalmente justificado. De este modo, no sólo se justifica su incorporación al Código por una razón de conveniencia “pedagógica”<sup>103</sup>, sino que tampoco resulta del todo inútil, conforme la crítica constante recibida por el actual 10 N° 10 desde los primeros comentaristas<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Novoa I, 395. Este argumento parece haber llevado a su mantención en el N° 7 del art. 20 CP español de 1995, en los siguientes términos: **Artículo 20.** “Están exentos de responsabilidad criminal:

...7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

Diferente es la regulación del Código penal italiano, cuyo artículo 51 incluye también la de la *obediencia debida*, en los siguientes términos: “**Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere.** L’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.

Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell’Autorità del reato risponde sempre il pubblico ufficiale (c.p.357) che ha dato l’ordine.

Risponde del reato altresì chi ha eseguito l’ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo.

Non è punibile chi esegue l’ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato su la legittimità dell’ordine.”

<sup>104</sup> Cfr., por todos, *Fuensalida I*, 76.



**C. Observaciones recibidas**

**a) *Sobre la necesidad racional en el cumplimiento del deber, etc.  
(su rechazo)***

(1) *Del Prof. A. Etcheberry*

“...Propondría eliminar la cláusula final “siempre que ello sea racionalmente necesario”, que no está en nuestra ley actual ni he encontrado en otras, y que introduce un elemento de incertidumbre. Una intervención quirúrgica, por ejemplo, pudiera no ser “necesaria” sino sólo una alternativa terapéutica, y a veces ni siquiera eso, como en cirugía plástica o embellecedora. Una orden de autoridad, dentro de sus atribuciones, puede ser una legítima elección entre varias alternativas posibles, y en tal virtud, no ser “necesaria”, y no se advierte por qué debería castigarse”

(2) *Del Prof. Raúl Carnevali*

“Según mi opinión, la introducción de la expresión “siempre que ello sea racionalmente necesario” va a generar mayor incertidumbre, pues no se encuentra recogida en nuestro ordenamiento ni tampoco es posible hallarla en el Derecho comparado. Por lo demás, no me parece que la actual redacción presente dificultades serias.”

(3) *Del Prof. René García*

“Soy partidario de suprimir por innecesario el agregado de la parte final de este número.”

(4) *Del Prof. Miguel Viveros*

“Me adhiero a la opinión y razones del Prof. Etcheberry en cuanto a la inconveniencia de la frase final “siempre que ello sea racionalmente necesario”.”

(5) *Del Prof. F. Caballero*

) En el N° 7, el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho no han de estar limitados a la necesidad racional. Esta última limitación sólo debe establecerse respecto del ejercicio de una autoridad, oficio o cargo a la que debe sumarse otra relativa a la *mínima lesividad posible*.

(6) *De los Profs. Soto y Ferdman.*

“Compartimos la necesidad de una referencia a un factor adicional como el “racionalmente necesario”, en la regulación del cumplimiento del deber, sin embargo las expresiones racionalmente necesario podrían ser sustituidas por otras fórmulas”.

**D. Propuesta de redacción recibida**

**a) Del Prof. F. Caballero**

*"El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho . También está exento de responsabilidad criminal el que obra en el ejercicio legítimo de una autoridad, oficio o cargo, siempre que ello sea racionalmente necesario y se ocasione el menor perjuicio posible"*

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 5°...**

**N° 6.- El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.**

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El Foro estimó apropiado mantener la redacción del actual art. 10 N° 10 Cp, rechazando la innovación propuesta por la Secretaría Técnica (el requisito de la *racionalidad necesaria*), al entender, según las observaciones recibidas al respecto, que éste se encuentra comprendido en la expresión "legítimo".

**Tema 16. Inexigibilidad de otra conducta**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. 15 N° 8.-El que obra violentado por una fuerza moral irresistible o impulsado por un miedo insuperable.*

**B. Fundamento**

El texto propuesto para este numeral pretende recoger en los términos más amplios posibles el Principio Orientador del Foro Penal N° 10, según el cual "[No] podrá imponerse pena cuando quien ha realizado la conducta delictiva lo ha hecho privado de libertad interna de decisión, por encontrarse en grave riesgo, en extrema necesidad, en situación de error invencible de cualquier naturaleza o en otras circunstancias semejantes", salvo en lo relativo a la regulación del error, que se trata en el art. 12 del Articulado Propuesto.

Por ello, se recurre a un texto muy similar al actualmente vigente art. 10 N° 9° CP (y que también permite recoger en su texto la algo redundante mención a las omisiones de su N° 12), que ha permitido a nuestra jurisprudencia hacer gala de su uso, de forma muy ponderada y sin necesidad de mayores indicaciones legales.

La única variación con respecto al texto vigente es la acalración del sentir mayoritario de la doctrina nacional, en el sentido de que la *fuerza irresistible* se refiere a la *fuerza moral*, conforme lo señalado en el mencionado Principio Orientador N° 10, coincidente con el parecer dominante de nuestra doctrina; distinto de la española, donde el entendimiento absolutamente dominante de que sólo es suficiente el miedo para configurar la eximente (y que la única *fuerza* sería la física, como la recoge explícitamente el art. 46 Cp italiano<sup>105</sup>), parece haber influido decisivamente en el actual art. 20 N° 6, que se limita a consagrar únicamente el *miedo* como casual de exención de responsabilidad penal<sup>106</sup>.

En lo escueto de la proposición se ha tenido presente que las demás discusiones doctrinales relativas a la *inexigibilidad de otra conducta*, parecen ser muy difíciles de resolver en una propuesta legislativa, sin entrar con ello a tomar partido por posiciones doctrinales enfrentadas, particularmente en lo que dice relación con los criterios que han de tomarse en cuenta para determinar la medida de lo exigible o inexigible.

No se abordan en este lugar los casos especiales de *inexigibilidad de otra conducta* dispersos en la regulación vigente (*obediencia debida jerárquica, encubrimiento de parientes, etc.*<sup>107</sup>), en el entendido de que sobre ellos deberá existir una propuesta específica en su oportunidad.

---

<sup>105</sup> **Art. 46 – “Costringimento fisico.** Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato da altri costretto, mediante violenza fisica, alla quale non poteva resistere o comunque sottrarsi.

In tal caso, del fatto commesso dalla persona costretta risponde l'autore della violenza.”

<sup>106</sup> **Artículo 20.** “Están exentos de responsabilidad criminal:

...6.º El que obre impulsado por miedo insuperable.”

<sup>107</sup> **Art. 17 inc. final Cp.** Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, con sólo la excepción de los que se hallaren comprendidos en el número 1.- de este artículo.

**Art. 269 bis inc. final Cp.** Estarán exentas de las penas que establece este artículo las personas a que se refieren el inciso final del artículo 17 de este Código y el artículo 201 del Código de Procedimiento Penal.

**Art. 177 CPP 2000, inc. 2º.** La pena por el delito en cuestión no será aplicable cuando apareciere que quien hubiere omitido formular la denuncia arriesgaba la persecución penal propia, del cónyuge, de su conviviente o de ascendientes, descendientes o hermanos.

**Art. 159 CP.** Si en los casos de los artículos anteriores de este párrafo, el inculpado justificare que ha obrado por orden de sus superiores a quienes debe obediencia disciplinaria, las penas señaladas en dichos artículos se aplicarán sólo a los superiores que hayan dado la orden

**Art. 334 CJM.** Todo militar esta obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior.

El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio.

**Art. 335 CJM.** No obstante lo prescrito en el artículo anterior, si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de tal orden y, en casos urgentes, modificarla, dando inmediata cuenta al superior.

Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior”.

**C. Observaciones recibidas**

**a) *Sobre la exclusión/inclusión de la fuerza física, del Prof. Alfredo Etcheberry***

“Por último, propondría agregar una exención para quien obra coaccionado directa e inmediatamente por otro o de alguna forma sufre de fuerza física irresistible (también podría tratarse de esto en el capítulo de la autoría, pero nos parece más propio hacerlo aquí). Al limitarse la fuerza irresistible a la “moral” (numeral 8), se deja sin efecto eximente a la *vís absoluta*.”

**b) *Rechazando la eximente propuesta, de la Prof. Silvia Peña***

Finalmente, yo sería partidaria de reemplazar la eximente de la fuerza irresistible y del miedo insuperable por una fórmula amplia de coacción y obediencia jerárquica, habida consideración de que ambas aluden a lo mismo desde distintos puntos de vista: de la causa, en el caso de la fuerza, y del efecto que ella provoca, en el caso del miedo. Asimismo, no parece razonable otorgar eficacia eximente al puro hecho psicológico del miedo, que bien puede no obedecer a ninguna causa real, evidenciando más bien un defecto del carácter, que el Derecho penal no debería privilegiar en cuanto tal.”

**c) *Sobre la expresión “fuerza moral”, de los Profs. Soto y Ferdman***

“No incluiríamos la referencia al carácter moral de la fuerza atendido el consenso que ya existe en Chile sobre ese extremo”

**d) *Sobre la necesidad de regular el estado de necesidad exculpante***

**(1) *Del Prof. Alfredo Etcheberry***

“La regulación del estado de necesidad como justificante en el numeral 6 mejora también el texto actual al ampliar el campo de los bienes que pueden sacrificarse para salvar otros. No obstante, el mantenimiento de los requisitos 2º y 3º dota a esta eximente de una estricta objetividad no siempre fácil de apreciar en las circunstancias en que de ordinario se da el estado de necesidad. Ello nos mueve a sugerir la introducción del “estado de necesidad exculpante”, al modo del C. Alemán, art. 35 y del C. Portugués, art. 35; que debería estructurarse sobre las siguientes bases:

(1) Causar un mal;

(2) Para evitar otro inminente y muy grave para la persona o libertad, propios o ajenos. Tanto en el estado de necesidad justificante como en el exculpante debe negarse la eximente: a) Si el agente ha provocado él mismo la situación de peligro, y b) Si el agente se encuentra jurídicamente obligado a afrontar el riesgo que teme.”

(2) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

“Creo que debe regularse conjuntamente el estado de necesidad justificante y el exculpante (o disculpante). Las razones que señala la Secretaría para no regular el estado de necesidad disculpante no me parecen de recibo. Primero, porque no siempre podrá acudir a las causas de inexigibilidad de la conducta (el sujeto no obra violentado por una fuerza moral irresistible ni impulsado por un miedo insuperable) y, segundo, porque las limitaciones planteadas por la doctrina extranjera a esta causal de exculpación parecen razonables. En todo caso, el deber de sacrificio siempre se plantea con ciertos límites en el derecho comparado.”

(3) Del Prof. Raúl Carnevali

“no comparto las razones esgrimidas por la Secretaría Técnica para no admitir una regulación especial del Estado de necesidad *exculpante*, pues no siempre sus supuestos pueden encontrarse recogidos en las causales del miedo insuperable o la fuerza irresistible. En consecuencia, es posible establecer una norma similar a la que se encuentra en el CP español.”

(4) De la Prof. Silvia Peña

“Estimo que, por su especificidad<sup>108</sup>, el estado de necesidad con efecto exculpatorio no queda cubierto por otras eximentes genéricas —como el miedo insuperable—, sino que es preferible regularlo de manera autónoma, tal como lo hace la mayoría de los códigos más modernos. Por lo demás, es perfectamente concebible que quien actúa en estado de necesidad no lo haga bajo el influjo del miedo; y tampoco parece lógico que un puro estado emocional, como es el miedo, tenga la virtud de eximir de responsabilidad penal (también el delincuente que es perseguido por la policía siente miedo, y no por ello podría invocarlo como causa de exculpación si dispara y mata a uno de sus perseguidores).”

(5) Del Prof. F. Caballero

Respecto al N° 8 sobre inexigibilidad de otra conducta, se propone ampliar el rendimiento de la causal considerando junto con el estado de necesidad exculpante una cláusula analógica. También se propone cambiar la voz violentado (debido a su carga semántica) por determinado.

---

<sup>108</sup> Nota de la Prof. Silvia Peña: “La excusa motivada por el estado de necesidad no puede prescindir de delimitar cuidadosamente la situación que le sirve de base, tanto en lo que respecta a los bienes y personas amenazadas como la naturaleza del peligro y condiciones particulares del agente”.

---

**D. Propuestas de redacción recibidas**

**a) *Para regular conjuntamente el estado de necesidad justificante y el exculpante, de la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz***

*“El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno que no haya sido provocado intencionadamente por el sujeto, lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran las siguientes circunstancias:*

*1º realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar;*

*2º que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar;*

*3º que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.*

**b) *Para agregar una regulación especial de estado de necesidad exculpante***

*(1) De la Prof. Silvia Peña*

*“Art...El que lesiona un bien jurídico ajeno para apartar un peligro grave, actual o inminente que amenaza su vida, integridad corporal, libertad u otro bien jurídico equivalente, o los de una persona próxima, siempre que el peligro no sea evitable de otro modo y que la entidad del bien afectado y la intensidad de la lesión no sean desproporcionadamente mayores al mal que se quiere evitar. No puede invocar esta eximente el que haya provocado el peligro ni tampoco el que esté jurídicamente obligado a afrontarlo.<sup>109</sup>”*

*(2) Del Prof. Felipe Caballero*

*"El que obra determinado por un estado de necesidad excusable o una fuerza irresistible, impulsado por un miedo insuperable o por cualquier otra causa de análoga significación".*

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 5º...**

**Nº 7.- El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.**

---

<sup>109</sup> Nota de la Prof. Silvia Peña: “Esta proposición trata de superar la excesiva rigidez que se observa a nivel de Derecho comparado respecto a los bienes defendibles, mediante la cláusula u otro bien equivalente, con la que se quiere significar que ha de tratarse de un bien que goce de una estimación semejante a los bienes expresamente mencionados, cual sería el caso, por ejemplo, del patrimonio total de una persona. Por la misma razón, no se señalan taxativamente los vínculos de parentesco o amistad, sino que se alude al titular del bien amenazado, cuando se trate de un tercero, como persona próxima. Y finalmente, se soslaya la cuestión de la igualdad o desigualdad de los bienes en conflicto, exigiendo sólo que el bien lesionado o el daño infligido a él no sean desproporcionadamente mayores que el bien preservado.”

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se aceptó, por sus propios fundamentos, la propuesta de la Secretaría Técnica, eliminándose únicamente la expresión “moral”, según una observación del Prof. Etcheberry, pero sin que ello importe suponer que la fuerza se reduce únicamente a la física, sino al contrario, manteniendo el actual sentido del art. 10 N° 9 Cp, que abarca ambas formas de violencia.
2. Por lo anterior, se estimó que la amplitud de la actual fórmula permitía abarcar todos los supuestos reconocidos de inexigibilidad de otra conducta –incluyendo los del llamado *estado de necesidad exculpante*–, dejando a la prudencia de los tribunales su determinación en concreto.
3. Además, analizadas las propuestas de redacción recibidas, no pareció ninguna de ellas suficientemente satisfactoria para regular como un caso especial el llamado “estado de necesidad exculpante”.

**4. MATERIALES DE DISCUSIÓN UNIDAD 3, SESIÓN DE 28 DE AGOSTO DE 2003.**



---

## ITER CRIMINIS (TENTATIVA Y FRUSTRACIÓN)

### Tema 1. Encabezado

#### A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica

*Art. .... Inc. 1° Son punibles no sólo el delito consumado, sino también el tentado y el frustrado.*

#### B. Fundamento

Se reproduce aquí la actual fórmula y técnica legislativa del art. 7° del CP vigente, aunque adecuando su redacción al acuerdo de erradicar las faltas del Código (lo que se expresa también en la supresión del actual art. 9°). La distinción entre tentativa y frustración se ha mantenido porque, además de ser la nomenclatura tradicional entre nosotros, recoge una distinción que, al margen de su supresión formal (los códigos consultados contemplan sólo la tentativa: §23 StGB<sup>110</sup>; art. 15 CPE<sup>111</sup>; art. 56 CPI<sup>112</sup>), sigue estando presente en el derecho comparado, con diferentes denominaciones y propósitos: *tentativa acabada e inacabada*, a partir del §24 I StGB<sup>113</sup> y del art. 16.2 CPE<sup>114</sup>; *completa e incompleta*, según

---

<sup>110</sup> § 23. (1) La tentativa de un crimen es siempre punible, la tentativa de un simple delito sólo cuando la ley lo determina expresamente.

(2) La tentativa puede castigarse atenuadamente respecto del hecho consumado (§ 49 I).

(3) Si por una grosera falta de entendimiento el autor no advierte que conforme a la naturaleza del objeto en que o el medio con que debería cometerse el delito no puede bajo ningún respecto conducir a la consumación, el tribunal puede prescindir de pena o atenuarla conforme a su ponderación (§ 49 II).

<sup>111</sup> Art. 15. 1. Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.

2. Las faltas sólo se castigan cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio.

<sup>112</sup> Art. 56 - **Delitto tentato** -

Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, *se l'azione non si compie o l'evento non si verifica*.

Il colpevole di delitto tentato è punito: con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo; e negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi.

Se il colpevole volontariamente *desiste dall'azione*, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sè un reato diverso.

Se volontariamente *impedisce l'evento*, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà.

<sup>113</sup> “§ 24. (1) No puede ser castigado por tentativa el que voluntariamente *abandona la realización del hecho o impide su consumación*. Si el hecho no se consuma sin intervención del que se desiste, éste es impune si ha procurado voluntaria y seriamente impedir la consumación”. Cfr. por todos Lackner / Kühn § 24 StGB Rdn. 7 y ss., 19 y ss.

<sup>114</sup> “Art. 16. 2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, *bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado*, sin

---

el art. 56 Cp italiano<sup>115</sup>, etc., distinción que, a efectos penológicos, ya ha recogido el Foro Penal, a propósito de la discusión del sistema de penas y su determinación legal. Con todo, como se observa a propósito de dicho régimen penológico, la reducción de pena en el caso de la tentativa se flexibiliza. El orden de mención de los conceptos de tentativa y frustración se altera, con un propósito puramente pedagógico.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Sobre la distinción entre tentativa y frustración*

##### (1) Del Prof. Alfredo Etcheberry (por su rechazo)

“Aparte de la tradición nacional, no veo mucha justificación para mantener la diferencia entre tentativa y delito frustrado, y diferenciar entre una y otro para una mayor o menor penalidad<sup>116</sup>.”

##### (2) Del Prof. Raúl Carnevali (por su rechazo)

“No comparto la idea de mantener la tradicional distinción entre tentativa y frustración<sup>117</sup>, pues precisamente una de las razones que se han esgrimido en el Derecho comparado para no diferenciar y sólo hablar de tentativa es que permite, por ejemplo, tratándose de la frustración —tentativa acabada— que la pena se pueda disminuir en uno o dos grados — así, por ejemplo, en el Art. 62 CP español—. Y es que no necesariamente la frustración conlleva una peligrosidad mayor que la tentativa. De manera tal, que si no se distinguen tales fases ejecutivas, autoriza al juez para disminuir la pena hasta en dos grados, aun cuando se esté frente a un delito frustrado, ya que, como he señalado, dicha fase no supone siempre un peligro mayor para el bien jurídico que la tentativa.”

##### (3) De la Prof. Silvia Peña (por su rechazo)

“Dadas las dificultades para distinguir entre delito tentado y frustrado<sup>118</sup>, sería partidaria de unificar ambos bajo el concepto común de tentativa, tal como lo hacen los códigos más recientes (p. ej. el de Portugal, art. 22; el brasileño, art. 14 II; el de Colombia, art. 27)”.

---

perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”. Así, por todos, Rodríguez Mourullo y otros, Art. 16 N° 1.

<sup>115</sup> Ya citado, cfr. por todos Crespi / Stella / Zuccalá, Art. 56 II.

<sup>116</sup> Nota de la Secretaría Técnica: El Prof. Etcheberry, mantiene, con todo, la distinción en el tratamiento del *desistimiento*.

<sup>117</sup> Nota de la Secretaría: El Prof. Carnevali propone, no obstante, mantener la diferenciación al regularse el *desistimiento*, Tema 4.

<sup>118</sup> Nota de la Prof. Silvia Peña: “La tentativa *inacabada* del Derecho alemán responde, en realidad, a un criterio distinto al de la *frustración* en el Derecho de raigambre española, pues atiende únicamente a lo que estima el propio agente”.

(4) Del Prof. Miguel Chaves (por su mantenimiento)

“Me parece que la denominación tentativa y frustración permite, a efectos de la concreción de uno y otro fenómeno, una distinción clara entre ambos conceptos, que al momento de su interpretación puede resultar esclarecedora. Con todo, me parece que la decisión respecto del carácter facultativo de la rebaja en dos grados de la tentativa merece comentarios que efectuaré en el artículo correspondiente.”

(5) Del Prof. Enrique Cury (por su mantenimiento vinculado al tratamiento penal propuesto)

“Desde luego, soy adverso a conservar la distinción entre tentativa y delito frustrado. Sin embargo, estoy dispuesto a adherir a ella siempre que se apruebe la idea de que la rebaja de pena en dos grados para el hecho sólo tentado sea sólo facultativa. Me parece una buena idea que, en casos calificados, permite al juez hacerse cargo de una posible disminución del disvalor de acción.”

**b) *Sobre la necesidad de restringir la punibilidad de la tentativa (y la frustración) a delitos de cierta gravedad***

(1) Del Prof. Alfredo Etcheberry

“Convendría pensar en reservar la penalidad del delito tentado o frustrado para los crímenes o delitos graves y no imponerla sino excepcionalmente en los más leves. “

(2) De los Profs. Miguel Soto y Gonzalo Medina

“Cabe a lo menos cuestionar la punibilidad en todo caso de la tentativa, respecto a cualquier clase de delitos. Una propuesta alternativa en tal sentido podría ser una regulación similar a la alemana, en cuanto a establecer que la regla general es aplicable a conductas con una pena mínima determinada.”

(3) De la Prof. Silvia Peña

“Pienso que también podría adoptarse la solución de los códigos portugués o alemán, en el sentido de no castigar siempre la tentativa, sino sólo cuando se trate de delitos de una cierta gravedad.”

**c) *Sobre la expresión “frustración”, de los Profs. Miguel Soto y Gonzalo Medina***

“El mantenimiento de una terminología poco apropiada, tal como es el concepto de “frustración” que si bien resulta conocida en nuestro sistema, pero que poco ayuda a aclarar las cuestiones dogmáticas involucradas, parece inadecuada.

Creo que la invocación del carácter tradicional de la nomenclatura no es de suficiente entidad para justificar la permanencia de dicha terminología, pudiendo compatibilizarse la nomenclatura de la legislación a los cuerpos de derecho comparado sin resultado perjudicial.”

*d) Sobre el orden y forma del artículo*

*(1) Del Prof. Enrique Cury*

“En todo caso, preferiría conservar la redacción original al actual artículo 7° inciso primero. Tiene un orden lógico, ya que a la consumación sigue, en escala decreciente, la frustración y, a esta, la tentativa”

*(2) Del Prof. Luis Ortiz*

“Propondría cambiar la redacción de manera asertiva. Por Ejemplo: “Son punibles el delito consumado, la tentativa y el delito frustrado””.

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hubo.

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 6°. Inc. 1°. Además del delito consumado, es punible el crimen frustrado o tentado; el simple delito frustrado o tentado es punible cuando la ley lo disponga especialmente.**

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El texto aprobado mantiene la distinción entre tentativa y frustración, por sus efectos penológicos y con relación al desistimiento, como había propuesto la Secretaría Técnica, pero con importantes modificaciones:
2. Se limita punibilidad genérica de las etapas de desarrollo del delito únicamente a los crímenes, permitiéndose para simples delitos sólo con norma expresa, según las observaciones de los Profs. Etcheberry, Soto/Medina, y Peña.
3. Se redacta el texto en términos asertivos y se vuelve el orden del Código vigente (consumación, frustración y tentativa), según las observaciones de los profesores Cury y Ortiz. Este cambio impone también cambiar el orden de los incisos siguientes, pasando el tercero a ser segundo y viceversa.
4. Además, se decide *no regular* en la parte general *la proposición, conspiración y la apología para cometer delito*, entendiendo que, por tratarse de casos excepcionales, ello ha de hacerse en los escasos delitos para los eventualmente se prevean (Seguridad del Estado, por ejemplo).

---

**Tema 2. Definición de tentativa**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art... Inc. 2.- Hay delito tentado cuando el sujeto da principio a su ejecución por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.*

**B. Fundamento**

Se ha preferido mantener la actual definición de tentativa, rechazando adoptar alguna importada del derecho comparado<sup>119</sup>, pues a pesar del carácter predominantemente objetivo que ha visto en ella la doctrina dominante<sup>120</sup>, su tenor no ha impedido la elaboración doctrinal de interpretaciones más orientadas hacia corrientes subjetivistas<sup>121</sup>, las que, en todo caso, no se apartan en sus resultados concretos. De hecho, mientras Cury adopta la *teoría subjetiva limitada* –predominante en Alemania<sup>122</sup>–, según la cual es necesaria para la punición de la tentativa la exteriorización del plan del autor por hechos objetivos<sup>123</sup>; en tanto autores notoriamente objetivistas, como Politoff, reconocen que para determinar el peligro real que corre un bien jurídico, siendo insuficiente la teoría objetivo-formal, debe recurrirse en ciertos casos al *plan del autor*<sup>124</sup>. La cuestión parece reducirse así a la disyuntiva acerca de la tentativa *absolutamente inidónea*, aspecto que, en todo caso no parece necesario zanjar legislativamente, como hace el Cp Italiano, pues la tesis que afirma su impunidad es absolutamente dominante entre los autores y nuestra jurisprudencia<sup>125</sup>.

---

<sup>119</sup> § 23 StGB. Intenta un delito el que según su representación del hecho inicia inmediatamente la realización del tipo. Art. 16.1 CPE. 1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

<sup>120</sup> Así, incluso autores cercanos a corrientes finalistas, como Garrido Montt, *Etapas...*, pp. 261ss.

<sup>121</sup> Cury, *Tentativa...*, *passim*.

<sup>122</sup> Cfr. Jescheck PG, p. 560.

<sup>123</sup> Cury, *Tentativa...*, p. 65.

<sup>124</sup> *Actos preparatorios...*, p.198

<sup>125</sup> Politoff/Matus, *Comentario preliminar a los arts. 7º, 8º y 9º*, p. .

---

C. Observaciones recibidas

a) *Sobre la expresión “hechos directos”*

(1) *Del Prof. Alfredo Etcheberry*

“Comprendo que todo esfuerzo por precisar nítidamente en forma objetiva el concepto de "inicio de ejecución" debe tenerse de antemano por fracasado. No obstante, puede al menos tratarse de darle una mayor precisión al definir la tentativa y hablar de actos "directos e inequívocos" u otras fórmulas semejantes, como las que se contemplan en el artículo 22 del código de Portugal”

(2) *De la Prof. Silvia Peña*

“Al definir la tentativa punible, creo que es preferible hablar de hechos *externos* en lugar de *hechos directos*”

(3) *De los Profs. Carlos y Karin Künsemüller*

“Estamos de acuerdo en la mantención del requisito “hechos directos”, ya que, ante la falta de una regla especial que la zanje legislativamente –que probablemente sería necesaria– permite sustentar, en una concepción objetivista, la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea, como lo ha hecho nuestra doctrina<sup>126</sup> y alguna jurisprudencia<sup>127</sup> .

---

<sup>126</sup> Nota de los Profs. Carlos y Karin Künsemüller: “La demanda de “idoneidad” o “aptitud” de la acción iniciada para lesionar el bien jurídico tutelado, a cuyo menoscabo debe estar dirigida, constituye una cualidad conformante del concepto “hechos directos”: En concepto de Etcheberry, “no puede decirse que ha comenzado a ejecutar, que está ejecutando una acción penada por la ley (cualquiera que sea su intención) quien realiza actos que jamás podrán llegar a producir el resultado constitutivo de tal acción penada por la ley”. (D. Penal, T. I, pág. 60 y sigtes.) A su turno, el profesor Garrido Montt señala que la calidad de “directos” depende de una doble cualidad de los hechos: el acto debe dirigirse rectamente a la ejecución del delito y debe ser idóneo para concretar el tipo. Este segundo requisito concierne a la “potencialidad causal para alcanzar el efecto o resultado esperado”, de donde se sigue la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea. (Garrido Montt, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, pág. 275; Politoff Lifschitz, Los Actos Preparatorios del Delito. Tentativa y Frustración, pág. 181)”

<sup>127</sup> Nota de los Profs. Carlos y Karin Künsemüller: “En la sentencia de 05.10.2000, la CA San Miguel, recaída sobre un caso de parricidio tentado, declara que para configurar el conato punible, la voluntad final del agente que busca la realización de una lesión al objeto jurídico protegido, habrá de corporizarse en una acción **idónea** para tal efecto. Agrega el fallo que la tentativa de homicidio supone conductas adecuadas o aptas para enfrentar a la vida humana a una concreta posibilidad de destrucción o término, por lo que la tentativa inidónea, aunque haya dolo de perpetrar el delito, es impune, por no ser idónea la acción para conducir a la consumación. (Gaceta Jurídica 245, pág. 186).

A propósito de una concepción subjetivista de la tentativa, que no concede ninguna relevancia a la idoneidad de la conducta emprendida para provocar la lesión al bien jurídico tutelado y se conforma con el mero disvalor de acción, se declara en el fallo citado, que “la sola manifestación o exteriorización de un propósito delictivo, que no pone en peligro ni lesiona un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, queda fuera del ámbito de lo punible”. (op. y pág. cit.).

**b) *Sobre la necesidad de incorporar a la definición de tentativa una referencia “al plan del autor”, de los Profs. Miguel Soto y Gonzalo Medina***

“La definición adoptada de la tentativa obedece, aún cuando en los fundamentos de la propuesta se rechace, a una clara concepción objetiva, cercana a la tesis objetivo formal. Discrepamos con tal planteamiento, puesto que no es una opción de una particular concepción dogmática sino una cuestión aceptada de manera casi unánime por la doctrina, tal como también se reconoce en los fundamentos de la propuesta, la necesidad de recurrir a la idea del plan de autor (con prescindencia de la particular nomenclatura que se asigne a dicho componente).

Existiendo tal consenso, no vemos inconveniente en plasmar dicha concepción de la tentativa en el texto positivo, mejorando la actual redacción.”

**c) *Sobre la necesidad de incorporar a la definición de tentativa la “voluntariedad” en la interrupción de la ejecución, de la Prof. Silvia Peña***

“Agregaría que la interrupción de la ejecución debe obedecer a causas ajenas a la voluntad del sujeto.”

**d) *Sobre la necesidad de regular expresamente el delito imposible.***

**(1) *Del Prof. Alfredo Etcheberry***

“Creo que en caso de delito imposible, sea por imposibilidad de medio o de objeto, relativa o absoluta, debe haber siempre impunidad. Lo contrario sería sancionar las intenciones. A lo más, en algunos casos, podría pensarse en la imposición de una medida de seguridad.”

**(2) *Del Prof. Miguel Chaves***

“No obstante estar de acuerdo con la no punición de la tentativa inidónea y compartir los argumentos en tal sentido, me parecería adecuado otorgar al intérprete una norma objetiva que le permitiera calificar como tal un acto o una serie de actos, teniendo especialmente en cuenta el acuerdo doctrinal y jurisprudencial. Para ello, podría agregarse un inciso o bien regularse en artículo separado el fenómeno en cuestión”.

**D. Propuestas de redacción recibidas**

**a) Para regular el delito imposible, del Prof. Miguel Chaves**

Inc.... “No serán castigados como tentativa aquellos hechos que, en atención a los medios utilizados o por la inexistencia del objeto material requerido por el delito o por carecer el autor de una cualidad requerida por la ley, sean incapaces de provocar el peligro o lesión pretendida por el autor y protegida mediante una norma penal.”

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 6°, inc. 3°...** Hay delito tentado cuando el sujeto da principio a su ejecución por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se mantiene básicamente la redacción propuesta por la Secretaría Técnica, por sus propios fundamentos, estimándose que las observaciones recibidas podrían generar mayores dificultades interpretativas que las del texto actual, alterándose únicamente su orden (pasa a ser inc. 3°), conforme a lo acordado en el Tema 1.
2. Además, se rechazó la idea de regular expresamente el delito imposible (propuesta por los Profs. Chaves y Etcheberry), por ser materia discutible y no encontrarse una fórmula que permitiera su regulación satisfactoria.

**Tema 3. Definición de frustración**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. .... Inc. 3°.- Hay delito frustrado cuando el sujeto pone de su parte todo lo necesario para que se consume, sin que esto se verifique.*

**B. Fundamento**

Se mantiene en lo esencial la definición del Código actual, eliminando la expresión “crimen o simple delito” y la referencia a que la causa por la cual no se verifica la consumación sea independiente de la voluntad del sujeto, esto último en razón de la introducción integral de una norma sobre desistimiento. Se ha preferido la definición de nuestro Código a la de los modelos español, alemán e italiano, pues su criterio predominantemente objetivo, ahorra, buena parte de las “cuestiones escabrosas” que se ha desarrollado acerca del criterio de la tentativa acabada en la doctrina alemana<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> Politoff, *Actos preparatorios...*, p. 245.



Por otra parte, la definición de frustración no sólo importa, en este contexto, para establecer diferencias sobre las formas de *desistimiento*, sino que ésta se refleja en una decisión *político-criminal* sobre su penalidad: reducción obligatoria de un grado, generalmente más grave que la propuesta para la tentativa (reducción obligatoria de un grado, facultativa de dos).

**C. Observaciones recibidas**

**a) *Rechazando totalmente la redacción propuesta, de los Profs. Miguel Soto y Gonzalo Medina***

“Al mantener la diferenciación entre tentativa y frustración, desligando ambos conceptos de un único fenómeno (los diversos estadios de la tentativa) se conserva la definición de frustración desligada de la definición de la tentativa.

Ello conserva la imperfecta redacción actual que no pone énfasis en la realización del supuesto de hecho de la norma penal, lo que sí aparece en la definición de la tentativa, para recurrir nuevamente a la confusa fórmula de “poner de su parte lo necesario”.

**b) *Sobre la expresión “sin que esto se verifique”, del Prof. Enrique Cury***

“Preferiría la actual: “pero esto no se verifica.” Entiendo y comparto la exclusión de la referencia a la involuntariedad del fracaso”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hubo.

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 6º, inc. 2º ... Hay delito frustrado cuando el sujeto pone de su parte todo lo necesario para que se consume, pero esto no se verifica...**

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. No se presentaron observaciones de fondo a la redacción propuesta por la Secretaría Técnica, la que se aprobó por sus propios fundamentos, sólo alterando el estilo, al acogerse la sugerencia del Prof. E. Cury, en orden a volver a la expresión del Código actual “pero esto no se verifica”, en vez de la propuesta “sin que esto se verifique”.

2. Conforme el acuerdo inicial respecto del orden de las materias, el inciso pasa a ser segundo.

---

**Tema 4. Desistimiento en la tentativa y la frustración**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art... Inc. 4º.- Exime de toda pena por el delito tentado o frustrado, su desistimiento voluntario, que evite o impida que se consuma. Si por cualquier motivo el que se desiste no puede evitar o impedir por sí mismo la consumación del hecho, deberá denunciarlo a la autoridad pública, y en este caso el desistimiento eximirá de pena por el delito que se trate, sólo si dicha denuncia fuere idónea para evitar su consumación.*

*En todo caso, el desistimiento del delito tentado o frustrado no exime de la pena que corresponda aplicar por los delitos consumados que se hayan cometido al ejecutarlo.*

**B. Fundamento**

Reconociendo la falta de precisión del Código actual a la hora de regular el *desistimiento* en la tentativa y la frustración, cuya existencia se establece recurriendo principalmente a argumentos “sistemáticos”<sup>129</sup>, se ha preferido abordar directamente la cuestión, tal como es usual, como se ha visto, en el derecho comparado, proveyendo las reglas en las que parece haber pleno acuerdo entre nuestros autores: que el desistimiento debe ser efectivo (tanto el activo como el pasivo)<sup>130</sup>; voluntario<sup>131</sup>; y que no afecta los delitos cometidos con anterioridad (la llamada *tentativa cualificada*<sup>132</sup>). Además, se agrega una regla que regula el desistimiento en los hechos con múltiples partícipes o en los que por cualquier motivo la evitación de la consumación no depende exclusivamente de la voluntad del que se desiste, trasponiendo, en lo medular, la disposición hoy vigente para el desistimiento en la conspiración, en lo que se va algo más allá de lo sugerido por la doctrina nacional<sup>133</sup>, en el sentido de darle valor a un desistimiento aunque el delito no se evite (por inactividad o impericia de la policía, según lo propuesto).

---

<sup>129</sup> Así, particularmente la Jurisprudencia que se cita usualmente, cfr. Repertorio, Art. 7º, p. 23, y por todas, la SCS 1936, en GT 1936-1, p. 273.

<sup>130</sup> Garrido Montt, *Etapas...*, 283.

<sup>131</sup> Cury, *Tentativa...*, 125.

<sup>132</sup> Labatut/Zenteno I, 187, donde se cita jurisprudencia en el mismo sentido.

<sup>133</sup> Politoff, *Actos preparatorios...*, 239.

**C. Observaciones recibidas**

**a) *Sobre el requisito de la “denuncia” en los casos que el sujeto no pueda evitar por sí mismo la consumación (y su rechazo).***

(1) *Del Prof. Luis Ortiz Q.*

“Sería partidario de suprimir la regla que regula el desistimiento en los hechos con múltiples partícipes.”

(2) *De la Prof. Silvia Peña*

“En su formulación, pienso que bastaría con decir que el desistimiento ha de ser *eficaz* para evitar el resultado típico, sea que el que se desiste lo logre por sí mismo o con el concurso de la policía o de terceras personas.”

(3) *De los Profs. Miguel Soto y Gonzalo Medina*

“La obligación de denuncia de quién se desiste, ante la autoridad pública, es una infracción al principio de no autoincriminación, puesto que pone al autor en la posición de sólo obtener el beneficio de no aplicación de pena a la colaboración en la persecución penal. De ahí que sea inexigible a la luz de las exigencias de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de la propia regulación de la materia en el ordenamiento jurídico interno.

Si bien la intención de regular esta materia es loable, la fórmula ocupada es poco apropiada, pero parece más razonable discutir los presupuestos de esta fórmula una vez revisada la configuración de la autoría y de la participación”.

**b) *Sobre el requisito de la “idoneidad” de la denuncia en los casos que el sujeto no pueda evitar por sí mismo la consumación (y su rechazo).***

(1) *Del Prof. Enrique Cury*

“Este me parece un tema muy debatido que convendría dejar al desarrollo de la doctrina y jurisprudencia. En todo caso, de conservarlo, modificaría la referencia a “denuncia idónea” –; un concepto demasiado confuso – sustituyéndolo por “denuncia seria” u otro semejante.”

(2) *Del Prof. Miguel Chaves*

“Me parece que la última parte del primer inciso puede resultar equívoco, especialmente cuando expresa “.....y en este caso el desistimiento eximirá de pena por

---

el delito que se trate, sólo si dicha denuncia fuere idónea para evitar su consumación.”, ya que en mi opinión podrían darse dos sentidos posibles a dicha redacción: a) que la exención de pena sólo será aplicable cuando se evite el delito; b) que la exención de pena será aplicable cuando la verosimilitud y datos de la denuncia sean capaces de otorgar a la autoridad antecedentes para evitar la consumación del delito o en su caso su persecución.

Personalmente creo que el desistimiento en el caso que analizamos (tratándose de hipótesis en las que el sujeto no domina el curso delictivo o ha salido de su órbita de actuación la posibilidad de evitar el delito) debería quedar exento de pena siempre, debiendo redactarse la norma en tal sentido.

Para ello propongo agregar a la redacción propuesta la frase “..... o para su persecución.”.

(3) *De los Profs. Carlos y Karin Künsemüller*

“No estamos de acuerdo en el requisito de la idoneidad de la denuncia formulada para evitar la consumación del delito tentado o frustrado, ya que no entendemos como la sola presentación de tal denuncia pudiera tener, por sí sola, la necesaria aptitud o idoneidad para obstaculizar la consumación; una vez formulada, la denuncia se integra al sistema de tramitación del Código de Procedimientos, no dividiéndose la manera como el denunciante pueda controlar los efectos o resultados de dichas actuaciones de la autoridad pública destinataria de la denuncia en orden a que sea eficaz y logre la no consumación. No parece razonable excluir el “puente de plata”, por circunstancias notoriamente ajenas al poder de control del arrepentido. El art. 8º del C. Penal, tenido en consideración, se conforma con la denuncia a la autoridad, nada más.”

c) *Sobre la necesidad de ser “eficaz” el desistimiento en la frustración, del Prof. Alfredo Etcheberry*

“De acuerdo con la impunidad para el desistimiento en la tentativa y el arrepentimiento activo en el delito frustrado. Pero me parece que este último, para eximir, debería ser eficaz, esto es, impedir realmente el resultado y no solo tratar de impedirlo, como sería la denuncia a la policía o la autoridad en general”.

d) *Sobre la necesidad de diferenciar claramente el desistimiento en la tentativa, del “arrepentimiento activo” en la frustración*

(1) *De los Profs. Carlos y Karin Künsemüller*

“Como primera cuestión y concordando con alguna opinión doctrinaria, creemos necesario distinguir entre el desistimiento, propio de la tentativa, en la que es posible no continuar lo iniciado y el abandono activo en el delito frustrado, el cual, dada su naturaleza, no es compatible con un desistimiento, con un detenerse en el curso de algo no completado, ya que al agente no le queda nada por hacer”<sup>134</sup>.

Por ende, resultaría más concordante con la precisión de las definiciones doctrinarias citadas y, sobre todo, con la subsistencia de las nociones diferenciadas de tentativa y frustración, reservar el desistimiento para la tentativa y el abandono activo para el delito frustrado. Está claro que no se trata únicamente de una cuestión terminológica, sino substancial”

(2) *Del Prof. Waldo del Villar*

“Parece que la voz “desistimiento” considerada en la primera parte del artículo pertinente, inciso 4º, tan sólo podría aplicarse en el caso del delito tentado y no en el de la frustración, por cuanto en el delito tentado faltan uno o más hechos directos para su complemento, lo cual permite desistirse de lo ya hecho, no sucediendo lo mismo en el caso del delito frustrado donde el agente ha dado cima a su participación”<sup>135</sup>.

Dicho de otra forma, habiendo el agente realizado todo lo que le era posible, por su parte, para realizar la conducta delictiva, no cabe que desista de lo ya hecho, porque objetivamente no le es posible, sino que corresponde la realización de algún hecho nuevo que impida la consumación de la conducta delictiva.

Por ello, sugiero que en el inciso cuarto se haga la referencia, en cuanto al desistimiento, exclusivamente al delito tentado.

<sup>134</sup> Nota de los Profs. Carlos y Karin Künsemüller: “Como en la frustración el sujeto ha debido realizar todo lo necesario para que el delito se consuma, dejando lanzado un proceso causal destinado a proseguir hasta la realización del delito, tal exigencia es incompatible con la idea misma de desistir, de abstenerse de completar lo necesario para la consumación y sólo es concebible, en lo que concierne al agente que quiera impedir el resultado delictivo, que éste oponga a ese proceso “una contención que detenga o un contraimpulso que lo haga volver atrás.” (Novoa Monreal, T.II, pág. 163) “De ahí que se utilice la expresión **arrepentimiento** o **abandono activo** para referirse a esa actividad del agente para deshacer lo ya hecho por él, limitando de preferencia la expresión **desistimiento** a la voluntaria no continuación por éste de los actos ejecutivos necesarios para la consumación. Cuando se habla pues, de **desistimiento en la frustración**, en alguna jurisprudencia, hay que entenderlo en el sentido indicado de **arrepentimiento** (aunque esta expresión resulte quívoca, por su habitual significación moral, y sea preferible la de **abandono activo**)” (Politoff, op. cit., pág. 248) En el Comentario del Código Penal Chileno, los comentaristas del art.7º, señalan, a propósito del desistimiento en el delito frustrado, que es necesaria “una actitud activa del autor, que se conoce como abandono activo o arrepentimiento y que nuestra jurisprudencia identifica como “anular o reparar voluntariamente los efectos del hecho iniciado.” (T.I, pág. 85).

<sup>135</sup> Nota del Prof. Del Villar: “En la frustración no cabe el mero desistimiento, pues habiéndose desencadenado un proceso que, dejado a su curso natural, ha de concluir con la consumación del delito, es inconcebible que el sujeto “desista”. Es posible, si embargo, que haga algo más, que realice un acto posterior a los ya ejecutados, bien para reafirmarse en la seguridad de que el resultado se producirá al añadir un lujo de actos que han de conducir necesariamente a él, bien para tratar de impedir que el resultado se ocasione, contrarrestando su actividad anterior.” (Rodríguez Devesa).”

---

Un inciso separado, atinente al delito frustrado, serviría para dejar en claro esta diferencia, existente con respecto a estas dos fases de la consumación”.

(3) *Del Prof. Raúl Carnevali*

“soy firme partidario de tratar el desistimiento, habría que regularlo de manera que permita sólo de tentativa, aunque claramente debe distinguirse entre lo que son los actos propios de la tentativa y frustración.”

(4) *Del Prof. Luis Ortiz*

“Sobre desistimiento en la tentativa y la frustración considero su redacción poco feliz. En efecto, el desistimiento voluntario en el delito tentado no evita su consumación ya que, por su propia naturaleza, sin que concurra desistimiento alguno no hay consumación. El desistimiento voluntario se expresa simplemente en la detención por parte del sujeto activo del curso causal. La actual redacción se prestaría para interpretaciones que permitirían llegar al absurdo de privar al desistimiento de todo efecto.”

e) *Sobre la necesidad de diferenciar el tratamiento penal del desistimiento en la tentativa, del “arrepentimiento activo” en la frustración, del Prof. Waldo del Villar*

“Aprecio ... que si bien parece congruente la exención de pena en el caso del delito tentado, no sería conveniente el otorgar la misma virtud a la acción del autor de delito frustrado, dado que, en este caso, la potencialidad de su acción y el riesgo derivado de ella, ha sido mucho mayor que en la hipótesis de la tentativa. Insinúo la posibilidad que, en este último, caso se traduzca su acción posterior, que lleve a la evitación de la consumación de la conducta delictiva, tan sólo en una rebaja de pena.

f) *Sobre el efecto del desistimiento en los partícipes*

“Sería útil precisar si en caso de desistimiento o arrepentimiento el que provenga de uno de los partícipes beneficia o no a los demás”

g) *Observaciones puramente formales, de la Prof. Silvia Peña*

En el inciso [primero], segunda oración, falta la preposición *de* en la frase “por el delito **de** que se trate” (esto no es *dequeísmo*, sino una necesidad derivada del régimen del verbo). En el inciso 2º, no estoy segura de que pueda emplearse el verbo *ejecutar* referido al desistimiento. Tal vez sería preferible hablar de “ponerlo en práctica”.

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hubo.

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 6º, inc. 4º ...** Está exento de pena por el delito tentado o frustrado quien se desiste de su ejecución o impide la producción del resultado.

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El Foro estuvo por simplificar la abigarrada redacción propuesta por la Secretaría Técnica, distinguiendo en ella el desistimiento del arrepentimiento activo, según las numerosas observaciones recibidas en ese sentido (Profs. Del Villar; Künsemüller, Carnevali, Ortiz).

2. Además, se elimina el texto propuesto referido al desistimiento en actos colectivos o que quedan fuera del control del agente; atendidas las numerosas y disímiles observaciones recibidas, lo que indicó claramente las dificultades de su positivización.

3. Finalmente, se rechazó también la idea de diferenciar penológicamente el desistimiento (exento de pena), del arrepentimiento activo (con sólo una rebaja obligatoria), propuesta por el Prof. Del Villar.

**Tema 5. Alcance general de las reglas de iter criminis**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art... Lo dispuesto en los tres primeros incisos del artículo anterior no se aplicará en los casos en que el delito tentado o frustrado se hallen especialmente descritos por la ley.*

**B. Fundamento**

Se adapta la disposición del art. 55 del CP vigente, con el propósito de impedir la aplicación de las reglas de iter criminis, esto es, de la punición de conductas a título de delito tentado o frustrado, cuando excepcionalmente la tentativa o la frustración ya han sido tipificadas en forma autónoma. Esta interpretación goza del favor de nuestra literatura<sup>136</sup> y concuerda con soluciones similares en el derecho comparado (v. gr. § 11 N° 6 StGB<sup>137</sup>). En todo caso, se deja expresamente a salvo la aplicación de las normas sobre desistimiento.

---

<sup>136</sup> Entre muchos otros Matus / Van Weezel, Comentario al art. 55, p. 334.

<sup>137</sup> § 11. En el sentido de esta ley... N° 6 emprendimiento de un hecho es su tentativa y su consumación”

**C. Observaciones recibidas**

**a) Sobre su rechazo**

(1) Del Prof. Luis Ortiz

“Sugeriría suprimir el texto propuesto por innecesario”.

(2) De la Prof. Silvia Peña

“Quizás no sea necesario incluir este artículo, pues está claro que en tales casos se trataría de un delito autónomo. En todo caso, creo que la concordancia correcta entre el sujeto compuesto “delito tentado o frustrado” y el verbo, sería poniendo la forma verbal en singular: “se halle.... descrito”. En la parte final, me parece que la preposición *en* calzaría mejor con el verbo *hallar* que la preposición *por* que figura en el texto (más propia de oraciones pasivas).”

**b) Sobre el tenor del texto propuesto (únicamente), del Prof. Enrique Cury**

“En principio estoy de acuerdo con el sentido del texto propuesto, no me satisface su forma. Confieso que no estoy en condiciones de proponer una alternativa”.

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hubo.

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

Se elimina

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El Foro estimó necesario eliminar el texto propuesto, conforme al mérito de las que se entendieron acertadas observaciones en orden a su rechazo total formuladas por los Profs. Peña y Ortiz.



**Tema 6. Tratamiento penal del iter criminis**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. ... A los autores o cómplices de crimen o simple delito frustrado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el autor o cómplice del respectivo delito consumado. La misma pena se aplicará tratándose de autores o cómplices de delitos tentados, pudiendo el tribunal rebajarla adicionalmente en un grado, atendida la naturaleza y accidentes del delito que se trate.*

**B. Fundamento**

En cuanto a la reducción obligatoria de la pena en un grado en materia de delito frustrado, simplemente se ha mantenido la regla del derecho vigente, que ha sido objeto de acuerdo expreso por parte del Foro. En lo que a la reducción de pena en el caso de tentativa, en cambio, se propone una modificación al acuerdo del Foro, en el sentido de hacer facultativa la rebaja en hasta dos grados. Esta propuesta se fundamenta en la fuerte oposición que en la práctica encuentra dicha rebaja obligatoria, que conduce a que respecto de muchos delitos que en principio no admiten la frustración ésta sea declarada para rebajar la pena en un solo grado. Esta actitud parece fundarse en un sentimiento de justicia y prudencia judicial contrario a rebajas que en el hecho concreto parece excesivas (ejemplo, tentativa de violación, con una pena de 61 a 540 días). Por otra parte, este régimen más flexible y atento a las circunstancias del caso concreto concuerda con la tendencia del derecho comparado revisado.

**C. Observaciones recibidas**

*a) Sobre la necesidad de mantener el texto propuesto, de aporbarse el encabezado del artículo, del Prof. Enrique Cury*

“Como ya he dicho, me parece que la aprobación de esta disposición debería ser “condictio sine qua non” de la conservación de la distinción entre tentativa y delito frustrado”

*b) Sobre la necesidad de un tratamiento penal único para tentativa y frustración.*

*(1) Del Prof. Alfredo Etcheberry*

“Creo igualmente que la rebaja de pena no debería ser fijada con tanta exactitud o rigidez y preverse más bien una atenuación libre” .

(2) Del Prof. Raúl Carnevali

“si no se distinguen tales fases ejecutivas, autoriza al juez para disminuir la pena hasta en dos grados, aun cuando se esté frente a un delito frustrado, ya que, como he señalado, dicha fase no supone siempre un peligro mayor para el bien jurídico que la tentativa”.

c) ***Sobre la necesidad de mantener la rebaja obligatoria de dos grados para la tentativa.***

(1) De los Profs. Carlos y Karin Künsemüller

“Objetamos la proposición de establecer como regla general, la misma pena para la tentativa y la frustración, dejando sólo una mera facultad para rebajar otro grado al tribunal.

Por de pronto, el texto actual contempla una disminución obligatoria de la pena en dos grados al mínimo legal, no resultando satisfactorias las razones del proyecto para alterar este principio general.

Además, el principio fundamental de proporcionalidad de la pena se verá seriamente vulnerado en caso de contemplarse como posible la imposición de igual penalidad para dos etapas claramente diversas del iter criminis, cuyo grado de injusto es apreciado como de diferente intensidad<sup>138</sup>.

Si las penas deben ser proporcionadas a la entidad del injusto, esto es, a la importancia del bien jurídico afectado por la agresión, entonces la regla propuesta es categóricamente rechazable, en el entorno de una concepción objetivista acerca del delito imperfecto, que postula una nítida diferencia entre la tentativa y la frustración, directamente vinculada a un mayor o menor contenido de injusto del hecho emprendido.

Por último, cabe hacer presente que una norma como la que se propone, constituiría una patente de legitimidad para la mantención de reglas anómalas como la del artículo 450, inciso 1º, del C. Penal –claramente violatoria de garantías constitucionales– que obliga a castigar con la pena del delito consumado un hecho que jamás alcanzó ese grado de ejecución (por ende, que no existió en la realidad) y que torna irrelevante la distinción sustantiva –dogmática y político–criminal– entre las varias fases del iter criminis.”

(2) Del Prof. Miguel Chaves

“Me parece que no debe renunciarse a la atenuación obligatoria en dos grados de la tentativa. Ello por lo siguiente:

- a) Si bien la opción de otorgar la facultad a los tribunales para decidir sobre una atenuación de dicho monto permite distinguir un fenómeno de otro, lo cierto es que con ello se corre el mismo peligro que se señala ocurre en la

---

<sup>138</sup> Nota de los Profs. Carlos y Karin Künsemüller: “Por proporcionalidad de las penas se entiende la adecuación o correspondencia (proporción) que debe existir entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita.” (Jorge Mera Figueroa, Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno, pág. 94).

---

práctica con aquellos delitos que no admiten frustración: en este caso puede darse el fenómeno de la nula distinción, en la práctica, entre tentativa y frustración.

- b) Entiendo que la tentativa merece un tratamiento penal más benigno que la frustración, siempre. Ello porque la tentativa sitúa al sujeto en una posición en la cual incluso puede no llevar a cabo el acto planeado, lo cual es diferente al autor de un delito frustrado.
- c) Desde la perspectiva del bien jurídico, su perturbación o puesta en peligro es más intensa en el delito frustrado que en la tentativa.

Si una rebaja de una tentativa puede parecer excesiva puede tener dos motivos: o el delito tiene asignada una pena muy baja (caso en el cual deberá reestudiarse el marco penal) o bien forma parte del plan legislativo asignar esa pena al delito. En cualquier caso, parece que este fenómeno requiere discutir el tópico al momento de la regulación concreta del delito”.

(3) *De los Profs. Miguel Soto y Gonzalo Medina*

“Si se desea establecer una regulación que diferencia entre tentativa acaba e inacabada, con definiciones independientes, sería coherente aplicar regla de determinación de pena con efectos diferentes. Por ello, sería conveniente la rebaja obligatoria en dos grados.

En tal sentido es preferible, si quiere abrirse la posibilidad de determinación judicial más amplia la regla apropiada sería una similar a la del artículo 62 C.P. español, en cuanto a una rebaja facultativa en hasta dos grados, con en base en consideración a criterios materiales.

El ejemplo citado de la rebaja en caso de delito de violación, no es un problema que pueda resolverse con atención a la configuración de los efectos generales de la tentativa, sino a la comprensión de la misma en el ámbito de los delitos compuestos de varios actos, tal como sucede en la estafa, el robo (con fuerza o con violencia o intimidación) y la violación. Este es un punto clave que revela la dificultad de la configuración general de la tentativa respecto de los tipos determinados de la parte especial.”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hubo.

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo [...]** A los autores o cómplices de crimen o simple delito frustrado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el autor o cómplice del respectivo delito consumado. A los que lo sean de tentativa, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados, atendidas las características concretas del hecho.

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Debido a que las observaciones recibidas ofrecían variadas alternativas, se estimó que una corrección de la propuesta original que hiciera más explícita la facultad de rebajar en uno o dos grados en la tentativa podría resolver los problemas planteados en la fundamentación y conciliar las observaciones recibidas, teniendo en cuenta, además, que los casos de *delito frustrado* serían pocos en la práctica, y más aún con el texto aprobado que limita el castigo de la tentativa y la frustración sólo a los crímenes, por regla general.

2. Se aceptó también la idea de que este artículo, así aprobado, pase a formar parte de las reglas de aplicación de las penas.

**5. MATERIALES DE DISCUSIÓN UNIDAD 4, SESIÓN DE 16 DE OCTUBRE  
DE 2003.**

---

**PERSONAS RESPONSABLES DEL DELITO (AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN)**

**Tema 1. Encabezado del párrafo y personas responsables**<sup>139</sup>

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Título II*

*DE LAS PERSONAS RESPONSABLES DEL DELITO*

*Art. [9] Son responsables criminalmente del delito:*

*1.º Los autores.*

*2.º Los cómplices.*

**B. Fundamento**

*a) Explicaciones generales*

Es difícil que exista otra materia de la Parte General del Derecho Penal que suscite más controversia teórica que la del concurso de personas en el delito, tanto en Chile – donde probablemente ha sido el tema que ha provocado el más arduo de los debates doctrinarios conocidos entre nosotros, con una producción bibliográfica que claramente supera lo habitual - como, especialmente, en el derecho comparado. Por lo mismo, la más mínima prudencia indica que las propuestas legislativas en esta materia deben perseguir fines muy modestos, como es expresar a través de reglas generales y claras grandes decisiones valorativas que debería respetar el operador jurídico, renunciando en cambio a todo intento de resolver o imponer concepciones teóricas determinadas. Al contrario, debe ser tarea de la doctrina y la jurisprudencia, en cada momento, explicar y fundar teóricamente el sentido del sistema y sus alcances prácticos de detalle.

Confirmación de lo anterior la ofrece precisamente la experiencia nacional, donde las disposiciones legales no han sido obstáculo para la construcción o recepción doctrinaria, sino que más bien han servido de piezas en el juego argumental. Con todo, parece posible y necesario introducir modificaciones en esas piezas, sea para evitar efectos prácticos que mayoritariamente se consideran inadecuados y que la esforzada elaboración dogmática no ha sido capaz de revertir (v. gr. extensión de la autoría en desmedro de la complicidad), sea para zanjar discusiones doctrinarias con efectos prácticos inmediatos demasiado relevantes

---

<sup>139</sup> Nota de la Secretaría Técnica: El contenido de este Tema refunde los Temnas 1 y 2 contenidos en los Materiales de Discusión originales de la Unidad 4.

como para no hacerse cargo de ellos (v. gr. comunicabilidad), y respecto de los cuales el propio Foro ha mostrado espacios para consensos y compromisos.

En concreto, la propuesta adhiere a la distinción básica entre autoría y participación, distinción tradicional en el derecho chileno y compartida por la totalidad de la literatura, así como ampliamente dominante en el derecho comparado, aunque no por eso exenta de polémica. Esto es, existen personas a las cuales se les puede imputar el hecho como propio y otras que colaboran en hecho ajeno. A las primeras, llamadas autores y cuyas características no se pueden sino enunciar genéricamente – si bien al menos no debería poder fundarse su calidad en consideraciones exclusivamente subjetivas - tienen una responsabilidad mayor expresada en una mayor pena. A las segundas, definidas en buena medida negativamente en oposición a los autores, y cuya responsabilidad es accesoria, les corresponde una pena menor. Con todo, determinadas formas de participación, por su gravedad, pueden ser equiparadas al menos penológicamente a la autoría.

Se busca zanjar también la ardua cuestión de la comunicabilidad, particularmente en cuanto a los llamados delitos especiales propios o de infracción de deber, con una solución susceptible de cierto consenso.

Por último, se ha prescindido, al menos por ahora, de abordar el tema de una eventual consagración de responsabilidad penal de personas jurídicas, por el carácter fundamental de esa discusión, que supone un tratamiento separado. Sin embargo, se incluye una norma genérica de actuación en nombre de otro, que parece necesaria, especialmente en atención a la actual relevancia de la participación de personas jurídicas y otras personas representadas en ámbitos en los que los tipos penales suelen estar asociados al ejercicio de determinados roles.

#### ***b) Sobre las personas responsables, en particular***

Con variaciones insignificantes de redacción, se mantiene el epígrafe del CP vigente y el texto del actual art. 14, con la sola supresión de la referencia a los encubridores, conforme a lo que se dirá a propósito del Tema 5. Se trata de disposiciones formales que no dan lugar a mayor discusión.

### **C. Observaciones recibidas**

#### ***a) Sobre aspectos puramente formales, de la Prof. Silvia Peña***

“Como cuestión de carácter puramente formal, preferiría mantener el epígrafe actual, donde la palabra *delito* figura en plural: “Personas responsables de los delitos”, porque me parece más lógica (cada responsable lo es por distintos delitos).”

**b) *Sobre las personas responsables y, en particular, sobre la necesidad de mencionar separadamente a los autores de los instigadores***

(1) *Del Prof. Alfredo Etcheberry*

“Sin perjuicio de la equiparación de penalidades, a la que adherimos, creemos conveniente separar a los instigadores de los autores, como categoría conceptual. No son (como lo admite la ST) verdaderamente autores, y además su consideración separada ayuda a dilucidar algunas cuestiones de accesoriedad y de error, especialmente de prohibición.”

(2) *De la Prof. Silvia Peña*

“Dado que la asimilación de la inducción a la autoría es, como se dice en las explicaciones generales del texto propuesto, sólo en cuanto a su punición, yo preferiría incluir en la enumeración del art. 9, a continuación de los autores, también a los inductores. Ello, para destacar que la inducción es esencialmente distinta de la autoría, constituyendo una modalidad de ingerencia en el hecho de otro (participación en sentido estricto), regida, en consecuencia, por el principio de accesoriedad.”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

**a) *Para agregar a la enumeración separadamente a los instigadores, del Prof. Alfredo Etcheberry***

*“Art. [9]. Son criminalmente responsables:*

- 1° Los autores.*
- 2° Los instigadores.*
- 3° Los cómplices.”*

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Libro I**

**TÍTULO II**

**DE LAS PERSONAS RESPONSABLES DE LOS DELITOS**

**Artículo 9º.** Son responsables criminalmente de los delitos:

- 1.º Los autores.
- 2.º Los inductores.
- 3.º Los cómplices.



---

## F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto

1. El Foro aceptó la observación de los Profs. Etcheberry y Silvia Peña en orden a mencionar separadamente a los autores de los inductores.
2. Además, se corrigió un problema de redacción del encabezado, dejándolo tal cual el texto actualmente vigente.
3. La numeración corresponde a la adoptada al analizar la Unidad 2, dejando dos artículos para las circunstancias atenuantes y agravantes, a tratarse en la Unidad 5.

### Tema 2. Autoría

#### A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica

*Art. [10] Se consideran autores:*

*1° Los que ejecutan el hecho por sí solos o por medio de otro del que se sirven como instrumento;*

*2° Los que lo ejecutan conjuntamente con otros; y*

#### B. Fundamento

La propuesta enuncia las formas básicas de autoría (directa y mediata) y la coautoría, pero sin intentar definir las. Está tomada del CP español, art. 28 inciso primero. Ésta es la fórmula más neutral desde un punto de vista dogmático, pues sólo expresa genéricamente que la autoría y la coautoría son la realización de hechos propios – lo que representa una ventaja frente al derecho vigente en Chile, donde sólo se expresan casos - y se hace cargo de las formas generalmente reconocidas en que esto puede acaecer<sup>140</sup>, pero deja entregada a la doctrina y a la jurisprudencia la determinación de los alcances concretos. Coincide en lo esencial también con el derecho alemán<sup>141</sup>, aunque sin incurrir en la impropiedad de éste, cuando habla de realización de un delito “por sí mismo” en oposición a la realización “a través de otro”, pues autoría es siempre realización por sí mismo<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> Esto podría considerarse superfluo y hasta inconveniente. Bien podría decirse simplemente que son autores “quienes realizan el hecho”. Con todo, la eventual inercia de teorías formales de autoría sugiere la conveniencia de, al menos, mencionar formas ampliamente reconocidas, a las cuales, por lo demás, son reconducibles otras, como la autoría accesoria (*Nebentäterschaft*), que no es coautoría, pero no es más que autoría directa de dos o más. La fórmula española coincide en lo esencial con el derecho alemán

<sup>141</sup> § 25 StGB. Autoría. (1) Como autor es castigado el que comete el delito por sí mismo o a través de otro. (2) Si varios cometen el delito conjuntamente, cada uno es castigado como autor (co-autor).

<sup>142</sup> Cfr. Lackner / Kühl, § 25 Rdn. 1.

**C. Observaciones recibidas**

**a) *Rechazando completamente el texto propuesto, del Prof. Jorge Ferdman***

“A partir de reconocer y, en mayor o menor medida, compartir las razones y argumentos consignados en las Explicaciones generales que introducen al texto propuesto, particularmente no me siento muy convencido del articulado propuesto para la autoría, teniendo fundamentalmente presente para ello la discusión y, por que no decirlo, verdadera radicalización que es posible constatar en la evolución histórica de los planteamientos esgrimidos en nuestro medio a la hora de acotar la institución.

Estimo erróneo ignorar el que el sentido y alcance de las instituciones de nuestra disciplina ha ido ligado a la evolución de las corrientes dogmáticas y político criminales de rigor, y en el particular creo no advertir excepción (partiendo de las primeras interpretaciones, todas adheridas a concepciones causalistas, para culminar de una u otra forma en los trabajos que respecto al particular realizaron, en su momento, los profesores Sergio Yáñez y Miguel Soto, quienes evidentemente aplican un modelo distinto en ellos).

En este predicamento me parece útil y conveniente tener presente el estado actual de la cuestión, en la que en definitiva el contenido de la institución resulta imposible desvincularlo del sentido y alcance que se predica de lo que es el sustrato inherente a toda autoría, que no es otro que la realización del tipo penal de que se trate. En otros términos, autor o autores serán todos aquellos a quienes pueda imputárseles la realización del hecho típico. Dicha fórmula, que en principio pudiere estimarse lesiva para la acotación de la categoría en cuestión, me parece adecuada, sobre todo teniendo presente que, como anteriormente lo señalé, en mayor o menor medida la interpretación del concepto resulta, como todos los demás, imposible apartar del estado de la discusión, siendo plenamente aplicables los argumentos de ésta al ejercicio jurisdiccional (pues así lo exigen tanto los preceptos tanto del antiguo como del nuevo ordenamiento procesal penal).

Además, advierto en la proposición que no se avanza mayormente en lo que es la aplicación del concepto a hipótesis problemáticas y de difícil solución, como lo son todas aquellas referidas a la comisión por omisión, en las que en estricto rigor no resulta de buenas a primeras correcto hablar de ejecución del hecho, pues en ellas resulta particularmente posible, sino exclusivamente, hablar de atribución o imputación.

En todo caso, y reconociendo la validez de los planteamientos desarrollados por el profesor Miguel Soto Piñeiro, “La Noción de Autor en el Derecho Penal Chileno”, como asimismo el prever posibles dificultades en su aplicación, creo conveniente mantener la mención a todos aquellos casos que constituyen verdaderos paradigmas en la concreción de la categoría, resaltando una fórmula que permita resaltar el hecho que la autoría debe inexorablemente definirse a partir de cada uno de los respectivos tipos penales.”

**b) *Para reemplazar la expresión “se consideran autores” por “son autores” (y separar su tratamiento del que se brinda al inductor)***

**(1) *De la Prof. Silvia Peña***

“Por las mismas razones indicadas más arriba [“la asimilación de la inducción a la autoría es, como se dice en las explicaciones generales del texto propuesto, sólo en cuanto a su punición ... etc.”], sustituiría el encabezado propuesto por el de: “*Son autores: ...*”

**(2) *Del Prof. Juan Ignacio Piña***

Cambiaría el «se consideran autores» por «son autores» (y espero que con esto no se entre en la discusión esteril de que de ese modo estaríamos frente a una especie de «ontología de la autoría»).

De hecho, si se conserva el enunciado de que «se consideran autores» y en el número 3º se incluyen los inductores, no parece que la inducción goce de una mera equiparación penológica sino de una equiparación completa y material. Para afirmar que se trata de una equiparación —como se sostiene predominantemente— unos deberían «ser autores» (Nº 1 y Nº 2) y los otros se deben «considerar autores» (Nº 3).”

**c) *Para mantener la expresión “se consideran autores”, de la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz<sup>143</sup>***

“Estoy de acuerdo con la decisión de fondo adoptada, y me gusta que se haya mantenido el encabezado del artículo, alejándose en esto del modelo español”.

**d) *Sobre la expresión “ejecutan” (y su reemplazo), de la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz***

“Yo utilizaría el verbo “realizar”, que es más amplio que “ejecutar” y permite incluir las hipótesis de coautoría en que el sujeto no ejecuta materialmente la acción típica pero contribuye de modo esencial a la misma (dominio funcional del hecho)”.

**e) *Sobre la expresión “por sí solos” (y su reemplazo), de la Prof. Silvia Peña***

“En el núm. 1º, primera parte, cambiaría ligeramente la redacción, por cuanto la alternativa que se quiere significar entre actuar personalmente (autoría directa) o a través de otra persona (autoría mediata) queda mucho mejor expresada, a mi juicio, con el giro “por sí mismos”, puesto que la fórmula propuesta “por sí solos” puede entenderse como excluyente de coautores y de cómplices.”

<sup>143</sup> Aunque no emite un juicio directo en este sentido, en su propuesta de redacción, también el Prof. Alfredo Etcheberry mantiene la expresión “se consideran autores”, aunque también propone tratar al inductor en artículo separado.

*f) Sobre el concepto de autor mediato*

(1) *Del Prof. Alfredo Etcheberry*

“En cuanto a los autores mediatos, creemos necesario precisar que la persona de quien éste se vale debe “no ser punible”. Si lo fuere, estaríamos en un caso de inducción. Podría decirse “inimputable o inculpable”, pero ello no sería satisfactorio para quienes no ven en el error de tipo una cuestión de culpabilidad. La fórmula que empleamos es más amplia y neutra. La expresión “del que se sirven como instrumento”, propuesta por la ST, tiene un valor didáctico indiscutible, y es en el fondo exacta, pero no nos parece adecuada para integrar el texto legal.”

(2) *De la Prof. Silvia Peña*

“La autoría mediata se describiría con mayor propiedad en la siguiente forma: “o valiéndose de una persona penalmente irresponsable como mero instrumento de su voluntad”<sup>144</sup>.

**g) *Sobre la necesidad de mantener expresamente entre quienes se consideran autores a los mencionados en el N°3 del actual art. 15 Cp, del prof. Waldo del Villar B.***

“En el texto propuesto por la comisión, para la redacción del artículo correspondiente a la autoría, se ha eliminado el numeral tercero del artículo 15 del Código Penal, en actual vigencia, que señala que se consideran autores: “Los que, concertados para su ejecución facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

Al eliminarse este numeral, como formas de ejecución que pudieren contener la hipótesis de hecho señalada en él mismo, quedan tan sólo las que ustedes anotan en los números 1° y 2° en el texto propuesto, esto es, que se consideran autores “los que ejecutan el hecho por sí solos o por medio de otro del que se sirven como instrumento; y los que lo ejecutan conjuntamente con otro”.

Estas dos hipótesis no contienen, a mi entender, la descrita en el numeral tercero del actual artículo 15, que en el proyecto se elimina y, consecuentemente, al tratarse de una conducta de cooperación constituirían casos de complicidad.

Dado el texto vigente del número tercero, la hipótesis descrita en él mismo constituye más que un grado de complicidad una situación de participación directa en la ejecución al facilitarse los medios para que se lleve a cabo la conducta, habiéndose concertado, previamente, para la ejecución de la misma, de tal forma que su eliminación determinaría que ésta forma de concurrencia al hecho delictivo, que propiamente, constituye un acto de

---

<sup>144</sup> Nota de la Prof. Silvia Peña: “Fórmula similar a la que emplea el Código de Colombia, en su art. 29: “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”.

ejecución, recibiera tan sólo la penalidad de la complicidad, considerándosela como una expresión de la misma.

Es por lo anterior que me permito insinuar la conveniencia de la mantención de esta disposición, que más que una forma de cooperación, constituye una forma de ejecución, que se pretende disimular.”

#### **D. Propuestas de redacción recibidas**

##### **a) Para sustituir la redacción propuesta**

###### **(1) Del Prof. Alfredo Etcheberry**

“Art. [...] Se consideran autores:

- 1° Los que ejecutan el hecho por sí solos.
- 2° Los que lo ejecutan por medio de otra persona, que no es punible.
- 3° Los que lo ejecutan conjuntamente con otros.”

###### **(2) Del Prof. Jorge Ferdman**

Art. (...) “Es autor todo aquél a quien pueda imputársele la acción u omisión descrita en la ley.

No obstará a esta imputación el hecho de valerse de otro en calidad de instrumento para su ejecución, ni la realización en conjunto con otras personas.

Para estos efectos se considerará también autor a quien induzca a otro a la acción u omisión penada por la ley”

#### **E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 10. Se consideran autores:**

- 1.° Los que cometen el hecho por sí solos.
- 2.° Los que lo cometen por medio de otro.
- 3.° Los que lo cometen conjuntamente.

#### **F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El Foro estuvo por mantener básicamente la redacción propuesta por la Secretaría Técnica, por sus propios fundamentos, con las correcciones de estilo que se señalarán, rechazando una observación en orden a cambiar completamente el sistema actual (Prof. Ferdman).

2. El principal cambio de redacción realizado es la sustitución de la expresión “ejecutan” por “realizan”, atendido la mayor amplitud de esta última, que parece incluir los casos de omisión, cuando corresponda. En el debate de la cuestión se destacó la posibilidad de que el cambio no surta efecto alguno desde el punto de vista lingüístico (el Diccionario define “realizar” como “efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción”). Por tanto, para dar contenido al acuerdo del Foro, se cambia aquí la voz “realizar” por “cometer” (“caer, incurrir en una culpa, yerro, falta, etc.”, según el Diccionario) y sus derivados, que parece permitir sin dificultad en su campo semántico la idea de “comisión por omisión”. Este cambio tiene efecto en todos los artículos de la Unidad.

3. En cuanto a la presentación del texto, el Foro aprobó separar en tres números a los “autores ejecutores” (Nº 1), los que puedan considerarse “autores mediatos” (Nº 2), y los que sean “coautores” (Nº 3).

### **Tema 3. Inducción**

#### **A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. [10] Se consideran autores:*

...

*3º Los que inducen directamente a otro a ejecutarlo.*

#### **B. Fundamento**

Se mantiene la equiparación penológica entre inducción y autoría, como ocurre en la legislación vigente y es usual en el derecho comparado<sup>145</sup>. El uso de la expresión “se consideran autores”, usada también en el derecho español, acentúa la equiparación de algo que no es en rigor autoría, tal como lo entiende en forma unánime la literatura nacional, favoreciendo así la aplicación de los principios que rigen la relación entre autoría y participación.

---

<sup>145</sup> CP español: Art. 28 inciso segundo: “También serán considerados autores: Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”. § 26 StGB: “Inducción. Como inductor es castigado igual que un autor, el que dolosamente ha determinado a otro a su hecho antijurídico dolosamente cometido”.

**C. Observaciones recibidas**

**a) *Sobre la necesidad de mencionar en un artículo o inciso diferente al inductor<sup>146</sup>, de la Prof. Silvia Peña***

“debería eliminarse el N° 3 del art. 10 ... [y], congruentemente, ... incluir como inciso final del art. 10 [una] oración, referida a los inductores”.

**b) *Sobre el adverbio “directamente”***

**(1) *Del Prof. Alfredo Etcheberry***

“Para caracterizar al instigador [preferimos] prescindir de la expresión “directamente”, que usa el texto actual y conserva la proposición de la ST. Ello, porque tal adverbio puede entenderse como relativo al delito al que se induce o a la inmediación entre inductor e inducido. [Sólo] lo primero nos parece correcto, [pero podría] indicarse [mejor] mediante la expresión “inducir... a un delito determinado” (no a cometer delitos en general). Lo segundo, en cambio, sería una exigencia innecesaria, pues es perfectamente concebible una cadena de inducciones intermedias antes de llegar al ejecutor material, y en tal caso la calificación de inductor y penalidad como tal se justifica - a nuestro parecer - respecto de cada eslabón.”

**(2) *De la Prof. Silvia Peña***

Propone derechamente su supresión.

**D. Propuestas de redacción recibidas**

**a) *Para agregar un artículo separado acerca del inductor, del Prof. Alfredo Etcheberry***

“Art. [...] Son instigadores los que de propósito han inducido a otro a cometer un delito determinado.”

---

<sup>146</sup> Aunque no emite un juicio directo en este sentido, en su propuesta de redacción, también el Prof. Alfredo Etcheberry propone tratar en artículo separado a los inductores. En el mismo sentido se pronuncia el Prof. Juan Ignacio Piña quien, además, propone un tratamiento penal menos severo para el inductor, como se verá más adelante.

**b) Para agregar un inc. separado acerca del inductor, de la Prof. Silvia Peña**

Agregar como inc. final: “Con la misma pena del autor se castigará a quien lo haya inducido a cometer el delito.”

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 11.** Son inductores los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, hayan instigado a otro a cometer un delito determinado.

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El Foro, de acuerdo con la decisión adoptada en el Tema 1, estimó necesario tratar la inducción en artículo separado de la autoría, según observaciones de los Profs. Etcheberry y Peña.
2. También, aunque se mantiene en buena medida la redacción propuesta por la Secretaría, se estimó necesario eliminar del texto propuesto el adverbio “directamente”, según los fundamentos de las observaciones de los mencionados Profs. Etchebrrry y Peña.
3. Por encontrarse en artículo separado de los autores, se estimó necesario recurrir a la fórmula de subsidiariedad expresa que actualmente contemplan los arts. 16 y 17 Cp, por la posibilidad de que el inductor pase a la ejecución material del hecho, se convierta en autor mediato o en coautor, caso en el cual debe ser castigado como autor.
4. En cuanto al estilo, el Foro aprobó usar la expresión “instigar” a otro, únicamente para efectos de no repetir es “inductor ... el que induce”.

**Tema 4. Complicidad**

**A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. [11] Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.*

**B. Fundamento**

Se propone mantener sin más la actual norma sobre complicidad, por dos razones. En primer lugar, porque se trata de un concepto cuya formulación, en cuanto concepto residual, no es en sí problemática, pues su alcance lo da lo que se haya resuelto en materia de autoría y de formas de participación equiparadas a la autoría. En segundo lugar, porque su formulación positiva expresa correctamente el elemento esencial de ser una cooperación anterior o simultánea en hecho ajeno. Cabe hacer notar, que se trata de una norma concordante con lo usual en el derecho comparado: exactamente los mismos términos



---

mantiene el nuevo CP español (art. 29)<sup>147</sup> y es equivalente en su amplitud a la fórmula del derecho alemán (§ 30 StGB)<sup>148</sup>.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Sobre la necesidad de agregar expresamente al “encubridor concertado” como cómplice, del Prof. Alfredo Etcheberry*

“A la tradicional caracterización de los cómplices, mantenida por la ST hemos añadido una segunda categoría [“los que con posterioridad a la ejecución del hecho auxilian al hechor en cumplimiento de un acuerdo anterior al delito], por la frecuencia con que se presenta esta situación en los delitos concertados con pluralidad de personas. De acuerdo con la redacción propuesta por la ST, tales personas no caerían en ninguna de las categorías de autores, y por la posterioridad de su intervención, tampoco serían cómplices, y habiéndose suprimido el encubrimiento como forma de participación, aquéllas serían impunes sin una disposición como la que proponemos.”

### D. Propuestas de redacción recibidas

#### a) *Para reemplazar el texto propuesto, del Prof. Alfredo Etcheberry*

*“Art. (...) Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en los artículos anteriores:*

*1° Cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.*

*2° Con posterioridad a la ejecución del hecho auxilian al hechor en cumplimiento de un acuerdo anterior al delito.”*

### E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro

**Artículo 12.** Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en los dos artículos anteriores, cooperan a la comisión del hecho por actos anteriores o simultáneos.

### F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto

1. Únicamente se realizaron cambios de estilo, para adecuar la redacción a la creación de un artículo separado para el inductor y para

---

<sup>147</sup> Art. 29 CP español: Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

<sup>148</sup> § 27. Complicidad. (1) Como cómplice es castigado el que dolosamente ha prestado ayuda a otro para su hecho antijurídico dolosamente cometido.

(2) La pena para el cómplice se rige por la pena del autor. Debe rebajarse conforme al § 49 I.

---

sustituir “ejecución” por “realización”, aprobando el Foro en lo demás, por sus propios fundamentos, la propuesta de la Secretaría Técnica.

2. Se rechazó la observación del Prof. Etcheberry para agregar a la categoría expresamente al “encubridor concertado” (observación que el Foro entendió, además, que de alguna manera correspondía a la del Prof. del Villar, en orden a reincorporar a los mencionados en el actual art. 15 N° 3 a los casos de autoría), entendiendo que el texto propuesto permitía entregar a la doctrina y la jurisprudencia la determinación de los casos dudosos comprendidos en cada categoría.

## **Tema 5. Supresión del encubrimiento como forma de participación**

### **A. Fundamento**

Conforme a un consenso bastante generalizado<sup>149</sup>, expresado también en el seno del Foro a propósito de la discusión sobre las normas de determinación de la pena, y a la clara tendencia en la legislación comparada<sup>150</sup>, se propone suprimir la referencia al encubrimiento como forma de participación, para hacerse cargo de formas específicas de dicho instituto en la Parte Especial del Código.

Esta propuesta de la Secretaría Técnica no fue objeto de observaciones, siendo aprobada en el Foro Penal por su propio fundamento.

## **Tema 6. Comunicabilidad, incomunicabilidad**

### **A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica**

*Art. [12]. Las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para determinar la responsabilidad penal de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la ejecución o de su cooperación para el delito.*

*En cambio, las circunstancias personales servirán para determinar la responsabilidad penal sólo de aquéllos en quienes concurran.*

*Pero cuando las circunstancias personales funden la punibilidad del hecho, los que sin contar con la respectiva circunstancia personal ejecuten conjuntamente el hecho con el autor, induzcan a su ejecución o cooperen a ella, serán castigados con las penas del autor o del cómplice, según corresponda, rebajadas en un grado.*

---

<sup>149</sup> Así, entre otros, Etcheberry, El encubrimiento como forma de participación, en Actas de las jornadas internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del CP chileno, Valparaíso 1974, p. 277 y ss; y Cury II, p. 229, 258; Novoa II, p. 219; Labatut I, p. 201 y s. Oo Garrido, Autoría y participación, p. 398.

<sup>150</sup> Ni el CP alemán ni el italiano lo consideran al encubrimiento como forma de participación criminal. Por su parte, el CP español de 1995 también ha abandonado ese punto de vista, con favorable valoración por parte de la doctrina.

## B. Fundamento

La norma aborda el problema de la comunicabilidad de las circunstancias materiales y personales, tanto las que fundan la punibilidad del hecho como las que sólo tienen incidencia en la penalidad del mismo. Tratándose de circunstancias materiales, se mantiene la disposición del actual art. 64 inciso segundo, dándole un carácter general. En cuanto a las circunstancias personales, y si bien el tema es discutido entre nosotros, se reserva un texto equivalente al inciso primero del actual art. 64 sólo para las circunstancias personales que afectan la penalidad, aunque ahora con carácter amplio, aplicable tanto a atenuantes y agravantes, como a calificantes y privilegiantes, conforme a la opinión ampliamente dominante en Chile<sup>151</sup>, y que corresponde también a la tendencia en el derecho español<sup>152</sup>, alemán<sup>153</sup> e italiano<sup>154</sup>.

Separadamente, la propuesta pretende zanjar legislativamente en términos susceptibles de relativo consenso la muy relevante discusión en torno a la posibilidad de participación del *extraneus* en los llamados delitos especiales propios o de infracción de deber. Esta discusión – que se da conjuntamente con la de comunicabilidad en los delitos especiales impropios -, ha girado en lo fundamental también en torno a la interpretación del art. 64 (y, en parte, 63) del CP vigente y no ha dado visos de superación. Así, es todavía posible encontrar adhesiones tanto a la incomunicabilidad<sup>155</sup> como a la comunicabilidad<sup>156</sup>. Si bien quienes específicamente mantienen la incomunicabilidad para los delitos especiales propios, con su consecuencia de absoluta impunidad para el partícipe *extraneus*, se encuentran en relativa minoría, lo cierto que no se trata de un tema resuelto. Por otra parte, la completa equiparación entre *intraneus* y *extraneus* para efectos de penalidad (no así para otros efectos, porque se respeta la vigencia del principio de accesoriedad) a que conducen

---

<sup>151</sup> Por todos, el resumen de opiniones en Grisolia, La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude, RCP T. XXXIV, 3 (35 y ss.). También Matus / Ramírez, Lecciones, p. 196. Oo Novoa II, p. 239 y ss.; Garrido, Autoría y participación, p. 380 y ss.

<sup>152</sup> Art. 65 CP: 1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran.  
2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

<sup>153</sup> § 28 StGB. (2) Si la ley determina que determinadas circunstancias especiales personales agravan, atenúan o excluyen la pena, esto rige sólo para los intervinientes (autor o partícipe) en quienes ellas concurren.

<sup>154</sup> Art. 118 - Valutazione delle circostanze aggravanti o attenuanti - Le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono.

Art. 119 - Valutazione delle circostanze di esclusione della pena - Le circostanze soggettive, le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono.

Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato.

<sup>155</sup> Así Cury II, p. 243.

<sup>156</sup> Así Garrido, Autoría y participación, p. 389 y s., 395; Etcheberry II, p. 83 y s.; Novoa II, p. 239 y ss.; Grisolia, La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude, RCP T. XXXIV, 3 (23, con nota 48).

las distintas variantes de la tesis de la comunicabilidad, parece no reconocer que el deber cuya infracción funda la punibilidad tiene una vigencia especial – si es que no la única – para el *intraneus*, lo que debería expresarse en un distinto tratamiento penal.

En síntesis, la propuesta consagra la responsabilidad penal del *extraneus*, pero estableciendo una rebaja obligatoria en un grado a partir de la del autor o cómplice (tampoco parece que el “cómplice” *extraneus* merezca la misma pena del cómplice *intraneus*)<sup>157</sup>. La propuesta se orienta hacia la idea que subyace en el § 28 I del código alemán<sup>158</sup>. Una regla equivalente se encuentra también en el CP italiano<sup>159</sup>. También parece recoger un cierto principio de acuerdo en el seno del Foro, que se dio a propósito de la discusión sobre la determinación de la pena.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Sobre la expresión “ejecutar” en el inc. 1º. del texto propuesto, del Prof. Luis Ortiz Q.*

“Conservaría la expresión “acción” utilizada por nuestro Código, en vez de la de “ejecución”. La primera de ellas en un sentido amplio, según ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, comprende además el de omisión la que, por la vía interpretativa, podría considerarse excluida en un término que generalmente se identifica sólo con conductas comisivas.”

#### b) *Sobre el alcance de las “circunstancias materiales”, de la Prof. Mª Inés Horvitz*

“Las circunstancias [materiales] atienden al modo o forma de ejecución del delito; por ello me parec[e] importante explicitarlo”.

---

<sup>157</sup> Aboga de *lege ferenda* por una rebaja de ese tipo Grisolia, La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude, RCP T. XXXIV, 3 (23, con nota 48).

<sup>158</sup> § 28 StGB. Circunstancias especiales personales. (1) Si faltan en el partícipe (inductor o cómplice) circunstancias especiales personales (§ 14 I), que funden la punibilidad del autor, entonces su pena debe rebajarse conforme al § 49 I.

<sup>159</sup> Art. 117 - Mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti - Se, per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti tra il colpevole e l'offeso, muta il titolo del reato per taluno di coloro che vi sono concorsi, anche gli altri rispondono dello stesso reato. Nondimeno, se questo è più grave, il giudice può, rispetto a coloro per i quali non sussistono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti, diminuire la pena.

c) ***Sobre la necesidad de reiterar la ejemplificación de  
“circunstancias personales” del actual art. 64 CP***

(1) *Del Prof. Luis Ortiz Q.*

“Respecto de la redacción propuesta advierto una falta de concordancia entre el primero y segundo inciso. En efecto, mientras en el primero se precisa el concepto de circunstancias materiales, en el segundo, dicha definición se omite. Si se mantuviera el texto del inciso segundo lo lógico sería que el primero suprimiera la expresión “Que consista en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla” agregando la expresión “materiales”, después de la frase con que se inicia el artículo: “las circunstancia”. En el evento, en cambio, que para mayor precisión, se prefiera mantener el texto propuesto sugeriría señalar también en qué consisten las circunstancias personales, del modo que lo señala el inciso 1º del art. 64 de nuestro Código Penal y que confirma el art. 65 del Código Penal Español actual.”

(2) *Del Prof. Miguel Viveros*

“Observo que se eliminó la referencia a la incomunicabilidad de las circunstancias que consistan en “la disposición moral del delincuente”, aludiéndose en el texto propuesto sólo a las “circunstancias personales”.

La expresión “circunstancias personales” es suficiente para captar las calidades especiales del autor exigidas por ciertos tipos penales (v.gr. funcionario público) o las relaciones particulares entre aquél y el ofendido (v.gr. cónyuge); sin embargo, no me parece que lo sea para comprender las demás circunstancias llamadas “subjetivas” (v.gr., alevosía, ensañamiento u otra).

Sea como fuere, existe margen para una interpretación restrictiva de los circunstancias sujetas a la regla de incomunicabilidad, siendo que el propósito sería (o al menos, sería partidario de) mantenerla para todos los casos que tradicionalmente se han considerado captados por nuestro actual Art. 64 inc. primero.

Sea o no la intención de la comisión técnica, la innovación alienta la restricción que observo –también sugerida por “...los que sin contar con la respectiva circunstancia personal...” del inciso siguiente–, si se tiene en cuenta que esas otras circunstancias subjetivas generalmente se han considerado comprendidas bajo el rótulo de “la disposición moral del delincuente” que ahora se elimina: ¿acaso se sujetan ahora a la regla del inciso primero?: a mi juicio, el mero conocimiento que tenga el coautor o participe de la circunstancia subjetiva de que se trate y que concurre cabalmente en otro, no basta para que también se agrave la responsabilidad del primero.

En consecuencia, sugiero no restringir la regla de la incomunicabilidad a las circunstancias o calidades personales sino que conservarla también para los casos comprendidos hasta ahora bajo la expresión “la disposición moral del delincuente”, se mantenga o no esa redacción.”

**d) *Sobre la expresión “determinar la responsabilidad penal”***

*(1) Del Prof. Alfredo Etcheberry*

“Estimamos [necesarias] algunas mejoras en la redacción, [reemplazando la expresión “determinar” por “influir”]. La alusión a “influir sobre la responsabilidad” incluye los casos en que ésta nace (eximentes), se agrava o se atenúa; creemos que “determinarla” es menos preciso.

*(2) Del Prof. Luis Ortiz Q.*

“Sugeriría sustituir la expresión “determinar” por aquella utilizada por nuestro Código “agravar o atenuar””.

*(3) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz*

“Me parece que es mejor individualizar las hipótesis que determinan un mayor o menor reproche jurídico-penal; la palabra “determinar” no es expresiva de las consecuencias que puede producir la consideración de una circunstancia. Además ello me parece indispensable si se ha optado, correctamente a mi juicio, por suprimir la denominación de las circunstancias según su efecto, conforme al artículo 64 CP”.

**e) *Sobre la expresión “punibilidad” en el inc. 3º del texto propuesto (y su rechazo), de la prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz***

“En el inciso 3º se quiere hacer referencia a las circunstancias personales que fundan el injusto (delitos especiales propios); por ello, no me parece adecuado hablar de “punibilidad” que podría entenderse referida, por ejemplo, a las excusas legales absolutorias”.

**f) *Sobre la necesidad de agregar el “conocimiento” como exigencia para la comunicabilidad de las circunstancias personales en los delitos especiales propios, del Prof. Alfredo Etcheberry***

“En los delitos especiales propios, cuando la circunstancia personal es el fundamento de la ilicitud, si bien influye sobre la responsabilidad de quien no la tiene, es preciso al menos que este último tenga conocimiento de ella, tal como en las circunstancias materiales o reales.”

---

g) ***Sobre la regla de penalidad propuesta para el partícipe no calificado en los delitos especiales propios, del Prof. Luis Ortiz Q.***

“Estando de acuerdo con el contenido del inciso final de este artículo, creo conveniente, para los efectos de su aplicación práctica, establecer un precepto especial en el Código fijando las reglas de rebaja de pena semejante a lo señalado en el párrafo 49 del Código Penal Alemán. Cabe tener presente que en los delitos funcionarios, por ejemplo, como es el caso de la prevaricación y otros, las penas de inhabilitación o suspensión no tienen efectos prácticos respecto del tercero carente de la circunstancia personal (calidad de empleado público).”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

a) ***Para reemplazar completamente el texto propuesto***

(1) *Del Prof. Alfredo Etcheberry*

*“Art. (...) Las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, sólo influirán en la responsabilidad penal de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la ejecución o de su cooperación para el delito.*

*Las circunstancias personales sólo influirán en la responsabilidad penal de aquéllos en quienes concurren.*

*Con todo, cuando las circunstancias personales sean el fundamento de la punibilidad del hecho, aquéllos en quienes no concurren las respectivas circunstancias, pero con conocimiento de ellas, que ejecuten el hecho conjuntamente con el autor, lo induzcan a su ejecución o cooperen a ésta, serán castigados con las penas del autor, instigador o cómplice, según los casos, rebajadas en un grado.”*

(2) *De la prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz*

*Art. (...) “Las circunstancias que consistan en **el modo de** ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán únicamente para **agravar o atenuar** la responsabilidad penal de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la ejecución o de su cooperación para el delito.*

*En cambio, las circunstancias personales servirán para **agravar o atenuar** la responsabilidad penal sólo de aquéllos en quienes concurren.*

***Sin embargo**, cuando las circunstancias personales funden **el delito**, aquellos que **no ostenten** la respectiva circunstancia personal y **realicen** conjuntamente el hecho con el*

---

autor, **lo** induzcan a su ejecución o cooperen **en él**, serán castigados con las penas del autor o del cómplice, según corresponda, rebajadas en un grado”.

**b) Para sustituir el encabezado del inc. segundo del texto propuesto, del Prof. Luis Ortiz Q.**

*Art. (...), inc. 2º. “En cambio, las circunstancias personales que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal servirán...”*

**c) Para sustituir el inc. tercero del texto propuesto, de la Prof. Silvia Peña**

*Art.(...) inc. 3º “...Tratándose de circunstancias personales mediante las cuales el legislador haya delimitado la categoría de personas que pueden cometer un determinado delito, los coautores, inductores o cómplices en quienes no concurren tales características serán castigados con la pena que corresponda, rebajada en un grado.”*

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo [...].** Las calidades y circunstancias que consistan en la disposición moral del sujeto, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para aumentar, disminuir o excluir la pena únicamente respecto de los autores, inductores o cómplices en quienes concurren, sea que integren la descripción legal del hecho punible o que sólo constituyan circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Cuando tales calidades y circunstancias personales constituyan el fundamento de la ilicitud del hecho punible, a aquéllos partícipes en quienes no concurren, se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la que les correspondería según las reglas generales, siempre que hayan tenido conocimiento de ellas antes o en el momento de la comisión o de su cooperación para el delito.

Las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, se aplicarán únicamente respecto de los que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la comisión o de su cooperación para el delito.

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Las múltiples observaciones recibidas, que afectaban tanto el fondo como la forma del artículo propuesto, convencieron a los miembros del Foro de que la única forma de superarlas era recurrir al texto propuesto originalmente al Foro por el Prof. E. Cury (y en general ya aprobado por éste el año 2002), sobre el cual se centraron las discusiones para mejorar su redacción.

2. En general, la mayor parte de las mejoras de redacción corresponden a las propuestas efectuadas por la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz, en el debate producido al efecto.



3. Se acordó, además, trasladar el artículo a las reglas de determinación de la pena, por incidir directamente en ésta.

## Tema 7. Actuación en nombre o en lugar de otro

### A. Texto propuesto por la Secretaría Técnica

*Art. [13]. El que ejecuta un hecho constitutivo de delito sin que concurren en él las circunstancias personales exigidas por la ley para ser autor del mismo, responderá personalmente por ese delito si lo ha ejecutado asumiendo efectivamente, en lugar de otra persona natural o jurídica en quien sí concurren tales circunstancias, las funciones inherentes a las mismas.*

### B. Fundamento

El derecho chileno no contiene hasta ahora una norma establecida precisamente para regular el problema de la actuación en nombre o en lugar de otro, esto es, una norma que resuelva expresamente la situación de quienes actúan por sujetos activos calificados (especialmente personas jurídicas) sin contar ellos con la calidad exigida por el tipo penal, si bien esto no parece haber suscitado problemas reales de aplicación práctica de la ley. Además, no es claro que la cuestión esté resuelta en el inciso segundo del art. 58 CPP 2000 (art. 39 CPP 1906)<sup>160</sup>. Por otra parte, en nuestro derecho sólo existen unas pocas disposiciones especiales expresas que eventualmente pueden – y, probablemente, para evitar la tentación de ver una posible responsabilidad objetiva por el cargo, *deben* – interpretarse como normas de actuación en nombre de otro, como es el caso del art. 99 del Código Tributario<sup>161</sup> o de los arts. 232 y 233 de la Ley de Quiebras<sup>162</sup>, pero el problema general parece subsistir.

---

<sup>160</sup> Sobre la problemática general y las dificultades para resolver jurisprudencialmente el asunto, por todos, Gracia Martín, Luis: El actuar en lugar de otro en derecho penal, Zaragoza 1985, T. I, p. 3 y ss., 207 y ss.

<sup>161</sup> Art. 99 CTrib.: Las sanciones corporales y los apremios, en su caso, se aplicarán a quien debió cumplir la obligación y, tratándose de personas jurídicas, a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de éstos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento.

<sup>162</sup> Art. 232 LQuiebras: Los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, cuyo giro quede comprendido en el artículo 41, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como reos de quiebra culpable o fraudulenta, según el caso, cuando en la dirección de los negocios del fallido y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones.

Serán castigados con reclusión o relegación menores en su grado mínimo a medio si se han repartido dividendos a los socios, a propuesta del directorio, a sabiendas que no correspondían a utilidades efectivas.

La pena se elevará en un grado si esos repartos han ocasionado la quiebra.

Art. 233 LQuiebras: Los factores o representantes del fallido que sea persona natural serán castigados como autores de quiebra culpable o fraudulenta si, en representación de su principal o mandante y en conocimiento de la situación de éste, hubieren ejecutado sin órdenes o instrucciones suyas algunos de los actos o hubieren incurrido en algunas de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220.

La propuesta toma como base las disposiciones del art. 31 del CP español<sup>163</sup> y del § 14 del CP alemán<sup>164</sup> y, consecuentemente, se encuentra en la misma línea de la propuesta formulada por la Prof. Horvitz al Foro en el contexto de la Segunda Unidad de Trabajo<sup>165</sup>. Conforme a la opinión generalizada de los autores que se han ocupado especialmente del asunto<sup>166</sup>, se ha procurado evitar un cierto formalismo de dichos modelos, basados fuertemente en la representación legal o contractual, y apuntar preferentemente al criterio material que justifica la norma, como es que el que actúa por otro haya asumido efectivamente las funciones inherentes a la calidad especial exigida por el tipo. Es evidente que la propuesta deja subsistentes arduas cuestiones interpretativas, pero esto parece inevitable.

---

Las inhabilidades, medidas preventivas y penas que procedan, se aplicarán, en el caso de incapaces, a los representantes legales que hubieren intervenido en los actos o contratos que produjeron el mal estado de los negocios o en los que den fundamento para declarar la quiebra culpable o fraudulenta.

<sup>163</sup> Art. 31: El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

<sup>164</sup> § 14. Actuar por otro. (1) Si alguien actúa como órgano autorizado para representar a una persona jurídica o como miembro de tal órgano, como socio autorizado para representar a una sociedad mercantil de personas o como representante legal de otro,

también es aplicable al representante una ley conforme a la cual cualidades, relaciones o circunstancias personales (características especiales personales) funden la punibilidad, aunque estas características no concurren en él, sino en el representado.

(2) Si alguien es, por el propietario de un establecimiento o por quien esté facultado para ello, encargado de dirigir el establecimiento totalmente o en parte, o encargado expresamente, con responsabilidad propia, de asumir tareas propias del propietario,

y actúa en razón de ese encargo, también es aplicable al encargado una ley conforme a la cual características especiales personales funden la punibilidad, aunque estas características no concurren en él, sino en el propietario del establecimiento. La empresa se equipara al establecimiento en el sentido de la primera frase. Si alguien actúa en razón de un encargo equivalente para una entidad que asuma tareas de la administración pública, la primera frase se aplica en lo que corresponda [*sinngemäß*].

(3) Los incisos (1) y (2) se aplican también cuando la actuación jurídica que debería fundar el poder de representación o la relación de encargo es ineficaz.

<sup>165</sup> “Art.... Quien actúa en representación o en nombre de una persona jurídica o como miembro de los órganos representativos de la misma, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

<sup>166</sup> Así, entre otros, Gracia Martín, cit., T. I, p. 322 y ss., 332 y ss. (su propuesta legislativa en p. 433), y especialmente, a propósito del antiguo art. 15 bis del CP español, T. II, p. 161 y ss.; también Silva Sánchez, Jesús-María: El “actuar en lugar de otro” en el nuevo CP español, en Consideraciones sobre la teoría del delito, Buenos Aires 1998, p. 175 y ss., p. 186 y ss., quien, con todo, ve avances en el art. 31 del CP 1995. La crítica a la regulación alemana, si bien no restringida al excesivo formalismo, puede verse en el clásico trabajo de Schünemann, Bernd: Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln et al 1979, p. 131 y ss.

**C. Observaciones recibidas**

**a) *Para rechazar completamente el texto propuesto, de la prof. Silvia Peña***

“Si bien estoy consciente de las razones tenidas en cuenta para incluir el art. 13, no estoy tan convencida de su conveniencia, por tratarse de un tema aún no suficientemente decantado en la doctrina, máxime si se consideran las dificultades que ha provocado en Alemania (modelo seguido por los demás países que han legislado sobre la materia), especialmente por la equivocidad de la expresión “circunstancias personales especiales”, las que en este caso tienen una connotación y alcance diversos a las circunstancias personales para los efectos de su comunicabilidad o incomunicabilidad a coautores y partícipes (cfr. Schönke-Schröder-Lenckner, en sus observaciones al § 14).

Además, como el mismo autor destaca, el ámbito de aplicación de la responsabilidad por el hecho de otro es más bien reducida y podría, en consecuencia, ser resuelta en la parte especial, en aquellos casos en que se estime imprescindible.”

**b) *Sobre el alcance del texto propuesto con relación al art. 58 CPP 2000, del Prof. Alfredo Etcheberry***

“[La denominación del tema] es entre nosotros una novedad en materia de participación criminal, aunque no lo es en cuanto a su contenido.

Creemos necesario afirmar el principio expresado en los Arts. 39 del actual C. de P. Penal y 58 del C. Procesal Penal, que, no obstante su ubicación sistemática, son normas sustantivas y no de procedimiento.

(...) En cuanto a la extensión de la intervención por una persona jurídica, nos parece suficiente establecerla para los casos en que se tenga de derecho o se asuma de hecho la calidad de administrador o representante que el hechor se atribuye al obrar.”

**c) *Sobre la expresión “asumiendo ... las funciones inherentes”(y su rechazo)***

**(1) *Del Prof. Alfredo Etcheberry***

“Nos parece necesario afirmar en forma explícita el sentir unánime de nuestra doctrina y jurisprudencia, en el sentido de rechazar las responsabilidades penales “de posición”, enteramente objetivas y contrarias al principio “no hay pena sin culpa”, que surgirían solamente del hecho de detentar un cargo determinado.”

(2) Del Prof. Luis Ortiz Q.

“En un precepto de esta naturaleza debe dejarse en claro la exigencia expresa de que la actuación del representante cumple con el sustrato de hecho del delito respectivo. En otras palabras, el representante debe llevar a cabo la misma conducta que es considerada típica para los representados. En el Proyecto de la Comisión creo que no se cumple adecuadamente con este requisito puesto que para hacer efectiva la responsabilidad basta que el representante asuma efectivamente “las funciones inherentes “al representado. Esta última expresión (funciones inherentes) excede largamente desde el punto de vista de su significación al concepto de delito lo que podría traer interpretativamente efectos indeseados ampliando excesivamente el ámbito de la responsabilidad.”

(3) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

“No me parece adecuada la propuesta de la Comisión, en orden a mantener sólo un criterio material de equivalencia referido a las “funciones inherentes a las mismas” (a las personas naturales o jurídicas). Como salta a la vista, no siempre se tratará de funciones de la persona, sino de una calidad o estatus que le impone ciertos deberes (como la calidad de contribuyente). Me parece que es posible conciliar criterios formales con criterios materiales de equivalencia.”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

**a) Para reemplazar el texto propuesto**

(1) Del Prof. Alfredo Etcheberry

*“Art. (...) La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que han intervenido en el hecho punible en alguna de las formas previstas en los artículos (...), teniendo derecho o asumiendo de hecho las funciones de administración o representación de aquéllas.*

*No bastará para acarrear responsabilidad penal el hecho de detentar una función o cargo en un organismo público o privado, si no se ha obrado a lo menos con culpa, por acción u omisión, según la naturaleza del delito.”*

(2) De la Prof. M<sup>a</sup> Inés Horvitz

*“Art (...) Quien actúa en nombre o en lugar de una persona jurídica o como miembro de los órganos de la misma, o en nombre o en lugar de una persona natural responderá personalmente aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que el correspondiente delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o lugar obre.”*

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

Se propone eliminar la norma propuesta.

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se acordó aceptar la observación de la Prof. Peña, en orden a no regular esta materia “por tratarse de un tema aún no suficientemente decantado en la doctrina, máxime si se consideran las dificultades que ha provocado en Alemania (modelo seguido por los demás países que han legislado sobre la materia)”.

**Tema 8. Nuevo (I): Culpabilidad en autoría y participación**

**A. Observaciones recibidas**

*a) Sobre la necesidad de aclarar el principio de culpabilidad en la autoría y participación, del Prof. Alfredo Etcheberry*

“proponemos [...] sentar un principio que es de aceptación general: que si bien el hecho es común, la culpa es individual: cada cual no responde sino de aquello que previó y quiso, y a lo cual entendió cooperar.

El inciso segundo advierte que, para ser responsable de un resultado, aunque sea más grave que el precisamente querido, basta el dolo **eventual**.”

**B. Propuestas de redacción recibidas**

*a) Para regular expresamente el tema, del Prof. Alfredo Etcheberry*

*“Art. (...) Cada partícipe responde en la medida de su propia culpabilidad.*

*Si el hecho resultare más grave que el que los partícipes quisieron realizar, sólo responderán por aquél quienes lo hubieren aceptado como una consecuencia posible de la acción emprendida.”*

**C. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

Se sugiere no regular el tema expresamente.

**D. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El Foro Penal acordó aceptar la observación de la Prof. Cury, formulada en el seno de las reuniones internas, en orden a *no regular* esta materia, por corresponder a los principios generales ya comprendidos en el articulado antes aprobado.

**Tema 9. Nuevo (II): Penalidad de la autoría y participación**

**A. Observaciones recibidas**

**a) *Sobre la necesidad de regular el tema, aparentemente omitido por la Secretaría Técnica, del Prof. Alfredo Etcheberry***

“En la unidad relativa al **iter criminis** (eventual artículo 6) se señala expresamente cuál es la penalidad correspondiente a las diversas etapas del mismo. No se propone por la ST un artículo equivalente cuando se trata de la participación. Entendemos que sólo se trata de una omisión involuntaria, pero que la idea es la misma que proponemos manifestar explícitamente: autores (de las tres clases) e instigadores reciben la pena completa; los cómplices, una pena inferior. (Hemos preferido mantener cierta latitud en la atenuación, dada la gran diversidad de posibles cooperaciones: uno o dos grados, si se mantiene el sistema de los “peldaños”; de otro modo, preferiríamos una atenuación “libre”).

Hemos introducido un inciso segundo, que manifiesta en forma explícita el llamado principio de exterioridad y en alguna forma, el de accesoriedad: para la penalidad, tanto de autores como de partícipes, es preciso que el delito haya tenido principio de ejecución (tentativa) y para evitar toda ambigüedad, hemos hecho referencia expresa al artículo que define la tentativa (entendemos que provisionalmente es el N° 5)”.

**b) *Sobre la necesidad de un tratamiento penal diferenciado para el inductor respecto del autor, del prof. Juan Ignacio Piña***

“¿Se justifica (más allá de que sea la postura dominante) que haya un idéntico tratamiento penológico del inductor que forma en otro (plenamente responsable) la voluntad de delinquir. Naturalmente hay muchos casos en que parece que sí (piénsese solo en los ejemplos clásicos de la cátedra, como el jefe de la banda criminal), sin embargo no parece que todos los casos imaginables merezcan la misma solución.

En otros términos, ¿no hay ninguna relevancia a efectos de pena en que el ejecutor sea un mero instrumento (autoría mediata) o en que sea una persona enteramente responsable? Contestar afirmativamente implica que la interposición de un ser autorresponsable no produce ningún efecto respecto de la distribución de la carga punitiva.

Es por esto que creo que esta equiparación penológica, general y acríticamente aceptada, dista de ser una solución simple y limpia.

Si efectivamente se asigna algún valor al principio de «autorresponsabilidad» en el ámbito del derecho penal, el tratamiento de quien se sirve de un ser como «instrumento» no puede ser igual que el de quien crea en otro (plenamente responsable de sus actos) la voluntad de delinquir.

El problema que existe en este punto es que es imposible no traer a la mente los ejemplos paradigmáticos (como el del jefe de la banda terrorista o de la estructura organizada de poder), pero ello no necesariamente se aplica al amigo del marido despechado que luego de escuchar su amarga historia se dedica durante toda la noche a convencerlo de que no hay otra salida que matar al amante de su mujer.

Ambos, a estos efectos, crean en otro directamente la voluntad de delinquir, pero no me parece que deban recibir el mismo tratamiento penológico.

Para estos efectos, propongo que se otorgue al juez, atendidas las circunstancias concurrentes, la facultad de rebajar la pena en un grado, si de ellas se desprende que el injusto del inductor no es equiparable al del autor.”

## **B. Propuestas de redacción recibidas**

### **a) *Para regular el tema, aparentemente omitido, del Prof. Alfredo Etcheberry***

*“Art (...) A los autores e instigadores se impondrá la pena señalada por la ley para el delito. Los cómplices recibirán una pena inferior en uno o dos grados a la prevista para los autores e instigadores.*

*Los autores y demás partícipes serán punibles desde el momento en que hubiere principiado la ejecución del hecho conforme al artículo (5).”*

## **C. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Art. [...] A los autores e inductores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley.**

**Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado.**

**Art. [...] A los cómplices, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el delito.**

**Art. [...] A los autores, inductores o cómplices de crimen o simple delito frustrado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el autor o cómplice del respectivo delito consumado. A los que lo sean de tentativa, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados, atendidas las características concretas del hecho.**

**D. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. El Foro acordó necesario discutir en esta Unidad una regla sobre la penalidad de los autores, inductores y cómplices, acogiendo la observación del Prof. Etcheberry, aunque no enteramente el texto por él propuesto.
2. Para fijar la penalidad de los responsables, el Foro decidió no innovar en la penalidad correspondiente al cómplice, conforme se había aprobado con anterioridad, al discutirse en general las reglas de determinación de las penas propuestas en su oportunidad por la subcomisión de los profesores Künsemüller/Figueroa/Mera, esto es, establecer una rebaja obligatoria en un grado a los cómplices y no en “uno o dos grados”, según la propuesta del Prof. Etcheberry.
3. Además, se rechazó la observación del Prof. Piña, en orden a dar un tratamiento penal diferenciado al inductor, por ser contraria a nuestra tradición y al parecer dominante en las legislaciones de nuestra órbita cultural.
4. También se acordó ubicar los artículos pertinentes junto con el ya aprobado sobre penalidad en el *iter criminis*.



6. MATERIALES DE DISCUSIÓN UNIDAD 5. SESIONES DE 20 DE  
NOVIEMBRE Y 4 DE DICIEMBRE DE 2003.

CIRCUNSTANCIAS, SISTEMA DE PENAS, CONCURSOS, EJECUCIÓN DE LAS  
PENAS, EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Tema 1. Circunstancias atenuantes y agravantes

A. Texto propuesto

*TÍTULO I*

...

§ 3 De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal

*Artículo [7]. Son circunstancias atenuantes:*

*1ª. Las expresadas en el artículo anterior, cuando las causas que la fundamentarían no sean de la suficiente entidad para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.*

*2ª. Si el sujeto ha obrado por motivos altruistas o piadosos o por estímulos que le hayan provocado una importante perturbación emocional o si éstos han limitado considerablemente su capacidad de controlar sus actos.*

*3ª. Si el sujeto no ha sido anteriormente condenado por un hecho constitutivo de delito.*

*4ª.- Si ha procurado seriamente reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias*

*5ª.- Si ha procurado seriamente colaborar con la acción de la justicia, poniéndose voluntariamente a su disposición, confesando su intervención en el delito, o contribuyendo de cualquier otro modo al esclarecimiento de los hechos.*

*6ª.- Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.*

§ 4 De las circunstancias que agravan la responsabilidad penal

*Artículo [8]. Son circunstancias agravantes:*

*1ª Ejecutar el hecho con alevosía.*

*Hay alevosía cuando el sujeto comete cualquier delito contra las personas empleando en*

*su ejecución medios, modos o formas que tiendan directamente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte de la víctima.*

*2ª Ejecutar el hecho con abuso de confianza o de superioridad, mediante disfraz o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o situación en que se encuentra la víctima, o con el auxilio de otras personas que debiliten la defensa de aquélla o faciliten la impunidad del delincuente.*

*3ª Cometer el delito o participar en él por o mediante precio, recompensa o promesa.*

*4ª Cometer el delito o participar en él por motivos racistas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, a la nación o grupo social al que ésta pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.*

*5ª Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causándole padecimientos innecesarios para la ejecución del hecho, o emplear medios o hacer que concurren circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del delito.*

*En todo caso, no producirán el efecto de incrementar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.*

*Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.*

## **B. Fundamento**

La redacción de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal se realiza conforme los acuerdos del Foro hasta la Sesión 33ª, a partir de la propuesta de los profesores Feller y Acosta, con las siguientes modificaciones:

1. Las circunstancias atenuantes que pueden considerarse “pasionales”, se refunden en un solo numeral (2ª); y
2. Se altera la redacción propuesta por la comisión Feller/Acosta para la circunstancia agravante 3ª, en el entendido que el texto propuesto se condice mejor con la opinión mayoritaria de la doctrina<sup>167</sup>.

Según el **Cuadro Comparativo** entregado por la Secretaría Técnica, éste sería el estado de los acuerdos sobre los que se basa la propuesta<sup>168</sup>:

---

<sup>167</sup> Künsemüller, *Comentario*.

<sup>168</sup> No se transcriben los fundamentos que los autores de la propuesta han tenido para adoptar las decisiones del caso. Ellos se encuentran en el documento de propuesta elaborado por los mismos, anteriormente distribuido.

**PROPUESTA DE TRATAMIENTO PARA LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD  
ELABORADA POR LOS PROFESORES JUAN DOMINGO ACOSTA Y CLAUDIO FELLER.**

**CUADRO COMPARADO PARA TRABAJO EN SESIONES DEL FORO PENAL <sup>169</sup>**

TEXTO VIGENTE CODIGO PENAL	PROPUESTA COMISION ACOSTA - FELLER	OBSERVACIONES Y DECISION
<b>Catálogo de Circunstancias modificatorias</b>	La Comisión propone mantener un sistema de catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes , como lo es el que existe en nuestro actual C. Penal (arts. 11, 12 y 13), CP. Español (arts. 21 y 22) y varios otros Códigos Penales Latinoamericanos.	Acuerdo del Foro (Ses. 27 <sup>a</sup> ; además 2001)
<b>“Art. 11. Son circunstancias atenuantes:</b>	“Art. 11.- Son circunstancias atenuantes:	
1 <sup>a</sup> . Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos <sup>170</sup> .	Se propone desglosar esta atenuante en tres categorías de circunstancias: 1° casos de imputabilidad disminuida; 2° casos de error de prohibición evitables; 3° casos de falta de concurrencia de todos los requisitos necesarios para que se configuren determinadas eximentes. Concretamente,  1°: Si la capacidad del sujeto para apreciar la injusticia del hecho o para actuar conforme a derecho en el momento de la comisión del hecho, por las razones señaladas en el N° 1 del artículo anterior, se	Acuerdo del Foro en orden a mantener eximente incompleta prevista en el Código Penal, aunque renovando (Ses. 27 <sup>a</sup> ). No ha habido aún pronunciamier propuesta específica de la Comisión

<sup>169</sup> En general no se transcriben los fundamentos que los autores de la propuesta han tenido para adoptar la decisiones del caso. Ellos se encuentran en el documento de propuesta elaborado por los mismos, anteriormente distribuido.

<sup>170</sup> Véase también art. 73

**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

	<p>encuentra notablemente reducida.</p> <p>2° Si el error a que se refiere el N° 3 del artículo anterior [error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal] fuere vencible, siempre que éste haya sido determinante para realizar el acto o incurrir en la omisión. Si el error recae sobre los presupuestos de hecho de las eximentes de los números 4, 5, 6, 7 y 10 del artículo anterior, se impondrá la pena establecida para el correspondiente delito culposos.</p> <p>3° Las circunstancias expresadas en los Nos 4, 5, 6, 7, 9, 11 y 12 del artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos exigidos en los respectivos casos, o si el fundamento único de la misma no tuviere la entidad suficiente para eximir de toda pena al sujeto.</p>	
2ª. Derogada.		
3ª. La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito.	<p>Se propone refundir con las circunstancias atenuantes previstas en los N° 4 y 5. En consecuencia se propone la siguiente circunstancia:</p> <p>4°.- Si el sujeto ha obrado por estímulos que le hayan provocado una importante perturbación emocional o si éstos han limitado considerablemente su capacidad de controlar sus actos.</p>	
4ª. La de haberse ejecutado el hecho en vindicación	Se propone refundir con las circunstancias atenuantes	

**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

<p>próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos.</p>	<p>previstas en los N° 3 y 5. (véase Supra N° 3 art. 11)</p>	
<p>5ª. La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación.</p>	<p>Se propone refundir con las circunstancias atenuantes previstas en los N° 4 y 5. (véase Supra N° 3 art. 11)</p>	
<p>6ª. Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.</p>	<p>La Comisión se encuentra dividida en cuanto a si mantener o no esta circunstancia (Profesor Acosta por suprimirla y Profesor Feller por mantenerla) No se ofrece un texto en concreto, aunque en la sesión N° 27 el profesor Feller manifestó que, de acordarse su mantención, estaba por una formulación objetiva, similar a la del art. 55 Colombia: “ausencia de condena”.</p>	<p>No se ha concretado aún una de alguno. En la Ses. 27ª, una clara mayoría pronunció en el sentido de r principalmente sobre la base de fun criminales: es decir, constatación de de libertad como desocializadora; por razones de prevención e conveniencia de “que el primer sistema penal sea un contacto a fundamentación, se dijo, despejarí incoherencia que esgrimirían lo: suprimir la atenuante, y a inmediatamente a continuación. Pese a la clara mayoría del caso dados en orden a suprimirla - argumentos de coherencia con el t posterior y segura decisión en cua agravante de reincidencia (es deci</p>

<sup>171</sup> Profesor Héctor Hernández.

**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

		valorar, en sentido alguno, la cor autor) – resultaron suficientes co acordara postergar la decisión sobr cuando se discutiera la supresión agravante. (Ses. 27 <sup>a</sup> ).
7 <sup>a</sup> . Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.	Se propone reemplazarla por la siguiente:  5°- Si el sujeto ha procurado evitar que se produzca el daño inherente al delito o si ha tratado reparar con celo el daño causado a la víctima, a terceros o a la comunidad, o si de cualquier otra forma ha dado muestras efectivas de su arrepentimiento.	
8 <sup>a</sup> . Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito.	Se propone reemplazarla por la siguiente:  6°- Si pudiendo eludir la acción de la justicia, el sujeto voluntariamente se ha puesto a disposición de la autoridad o sus agentes y ha confesado su intervención en el delito.	
9 <sup>a</sup> . Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.	Se propone reemplazarla por la siguiente (con la finalidad de morigerar el carácter objetivo de la atenuante):  8°: Si se ha procurado colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.	
	Se propone ampliar su contenido, conforme a la	

**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

10ª. El haber obrado por celo de la justicia.	siguiente formulación:  7º.- Si el sujeto ha obrado por motivos altruistas, por celo de la justicia o por otra causa semejante.	
	Se propone incorporar una cláusula de atenuación por analogía (similar a las contenidas en el art. 21 N° 6 España y art. 55 N° 10 Colombia), del siguiente tenor:  9”.- Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”.	Acuerdo del Foro en general (Ses. 2 aún pronunciamiento respecto específica.
<b>Art. 12. Son circunstancias agravantes:</b>	“Art. 12.- Son circunstancias agravantes:	
1. Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro.	Se propone mantener la agravante, con una formulación semejante a la del art. 22 N° 1 del CP España:  1º Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el sujeto comete cualquier delito contra las personas empleando en su ejecución medios, modos o formas que tiendan directamente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte de la víctima.	
2. Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa.	Se propone un texto modificado, aclarando que se agrava la responsabilidad sólo del autor o cómplice (que recibe el precio, promesa o recompensa) y no así del instigador (que las ofrece):  3º Ejecutar directamente el hecho o cooperar en él	

**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

	por precio, recompensa o promesa.	
3. Ejecutar el delito por medio de inundación, incendio, veneno u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas.	Se propone suprimir.	
	Se propone agregar una nueva circunstancia agravante en consideración a la bajeza de los móviles (además del precio, recompensa o promesa). El texto propuesto es semejante al N° 4 del art. 22 España, con algunas modificaciones:  4° Cometer el delito o participar en él por motivos racistas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, a la nación o grupo social al que ésta pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.	
4. Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución.	Se propone refundir con la circunstancia agravante prevista en el N° 9 del art. 12:  5° Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causándole padecimientos innecesarios para la ejecución del hecho, o emplear medios o hacer que concurren circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del delito.	
5. En los delitos contra las personas, obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz.	Se propone suprimir.	
6. Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo, de sus fuerzas o de las armas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades	Se propone refundir con las circunstancias agravantes previstas en los N°s 7, 10, 11 y 12 del art. 12; ello, por tener todas como fundamento principal (aunque	



**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

de repeler la ofensa.	no sólo único) el aprovechamiento de la menor defensa de la víctima.  2° Ejecutar el hecho con abuso de confianza o de superioridad, mediante disfraz o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o situación en que se encuentra la víctima, o con el auxilio de otras personas que debiliten la defensa de aquélla o faciliten la impunidad del delincuente.	
7. Cometer el delito con abuso de confianza.	Se propone refundir con las circunstancias agravantes previstas en los N°s 6, 10, 11 y 12 del art. 12; véase Supra N° 6 art. 12.	
8. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.	6° Cometer el delito o participar en él abusando de la autoridad que le confiere un cargo público, una investidura religiosa u otra posición superior dentro de un determinado grupo social.”	
9. Emplear medios o hacer que concurren circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho.	Se propone refundir con la circunstancia agravante prevista en el N° 4 del art. 12 (ensañamiento); véase Supra N° 4 art. 12.	
10. Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia.	Se propone refundir con las circunstancias agravantes previstas en los N°s 6, 7, 11 y 12 del art. 12; véase Supra N° 6 art. 12.	
11. Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.	Se propone refundir con las circunstancias agravantes previstas en los N°s 6, 7, 10 y 12 del art. 12; véase Supra N° 6 art. 12.	
12. Ejecutarlo de noche o en despoblado. El tribunal tomará o no en consideración esta circunstancia, según la naturaleza y accidentes del delito.	Se propone refundir con las circunstancias agravantes previstas en los N°s 6, 7, 10 y 11 del art. 12; véase Supra N° 6 art. 12.	

**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

13. Ejecutarlo en desprecio o con ofensa de la autoridad pública o en el lugar en que se halle ejerciendo sus funciones.	Se propone suprimir.	
14. Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento.	Se propone suprimir.	A propósito de la discusión en torno y las dos que le siguen, deberé decisión relativa a la atenuante conducta del art. 11 N° 6 (acuerdo S
15. Haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena.	Se propone suprimir.	
16. Ser reincidente en delito de la misma especie.	Se propone suprimir.	
17. Cometer el delito en lugar destinado al ejercicio de un culto permitido en la República.	Se propone suprimir.	
18. Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso.	Se propone suprimir.	
19. Ejecutarlo por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado.	Se propone suprimir.	
<b>§ 5. De las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal según la naturaleza y accidentes del delito</b>		
Art. 13. Es circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes del delito: Ser el agraviado cónyuge, pariente legítimo por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, padre o hijo natural o ilegítimo reconocido del ofensor.	Se propone suprimir.	Acuerdo del Foro (Ses. 27ª).
<b>Circunstancias especiales de la Parte General</b>		

**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

<p>Art. 72. Al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal respectivo que obró con discernimiento, se le impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable.</p>	<p>Se propone suprimir</p>	<p>Acuerdo del Foro (Ses. 27<sup>a</sup>).</p>
<p>Art. 72 inciso segundo.- En los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez.</p>	<p>No existe un pronunciamiento al respecto.</p>	
<p>Art. 73. Se aplicará asimismo la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el artículo 10, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten o concurran. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el artículo 71.</p>	<p>No existe un pronunciamiento específico, aunque se desprende del tratamiento propuesto para la atenuante incompleta del art. 11 N° 1. (véase Supra norma en cuestión)</p>	

**C. Observaciones recibidas**

**a) *Para agregar una atenuante por senilidad***

**(1) *Del Prof. Waldo del Villar***

“Me pareció que tal vez podría ser conveniente el considerar entre las mismas la senilidad, cuando ella conllevara un menoscabo en la capacidad intelectual del imputado, en razón que es posible que, con la edad, se pueda deteriorar la salud mental del procesado, al extremo tal de podersele considerar con su imputabilidad disminuida, como lo ha apreciado, la jurisprudencia española”

**D. Propuesta de redacción recibida**

**a) *Para agregar una atenuante por senilidad***

**(1) *Del Prof. Waldo del Villar***

"7º: Podrá asimismo ser considerada como circunstancia atenuante de responsabilidad penal la edad avanzada, si hubiere significado un deterioro en la capacidad intelectual del imputado".

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**TÍTULO I**

...

***§ 3 De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal***

**Artículo 7º.** Son circunstancias atenuantes:

1ª. Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos o, tratándose de aquéllas que no contemplan requisitos numerados, existiendo las causas que las fundamentarían, éstas no sean de la suficiente entidad para eximir de responsabilidad. El efecto de esta circunstancia se regula por lo dispuesto en el artículo 47.

2ª. Si el sujeto ha obrado por motivos altruistas o piadosos o por estímulos que le hayan provocado una importante perturbación emocional o han limitado considerablemente su capacidad de controlar sus actos.

3ª. Si el sujeto no ha sido condenado anteriormente por delito.

4ª.- Si ha procurado seriamente reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias

5ª.- Si se ha puesto voluntariamente a disposición de la justicia, o ha confesado su intervención en el delito, o ha procurado contribuir de cualquier otro modo al esclarecimiento de los hechos.

6ª.- Cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores.

*§ 4 De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal*

**Artículo 8º.** Son circunstancias agravantes:

1ª Ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobreseguro.

2ª Cometer el delito o participar en él por o mediante precio, recompensa o promesa.

3ª Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causándole padecimientos innecesarios para la ejecución del hecho, o emplear medios o hacer que concurran circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del delito.

El tribunal tomará o no en consideración estas circunstancias, según la naturaleza y accidentes del delito.

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se rechaza la observación del Prof. Waldo del Villar, por entenderse comprendida dentro de la 1ª. del art. 7 aprobado. A su vez, se modifica la redacción de esta circunstancia de manera de alejar la posibilidad de que reciba una interpretación formal-restrictiva (como hoy el artículo 73 CP), y se precisa el artículo en el que se regulan sus efectos.

2. Se modifica la 5ª. circunstancia del art. 7, determinando con precisión los casos en que la colaboración con la justicia debe considerarse atenuante.

3. Las agravantes 1ª. y 2ª. propuestas, se funden en una sola circunstancia de *alevosía*, redactada en los términos de la actualcircunstancia 1ª. del art. 12 CP, pero sin la limitación a los “delitos contra las personas”.

4. La agravante de motivo racial propuesta (3ª.), se suprime, entendiéndose que deberá existir el delito de genocidio.

5. Se agrega la regla del inc. 2º de la actual circunstancia 12ª. del art. 12, con carácter genérico.

6. Se separan los dos inc. finales del art. 8º propuesto (regla de la inherencia), y se hacen artículo nuevo, manteniendo su redacción, pasándolo a las reglas de determinación de la pena, como regla general aplicable a todas las agravantes, incluso las que se contemplan como especiales en el Libro II del Proyecto.

---

**Tema 2. Distinción entre sanciones administrativas y disciplinarias y penas**

**A. Texto propuesto**

*Título IV*

*DE LAS PENAS*

*§ 1 De las penas en general*

*Artículo [20] No se reputan penas, las medidas cautelares aplicadas al imputado en un proceso penal ni las condiciones a que queda sujeto durante la suspensión condicional del procedimiento, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones, las sanciones disciplinarias impuestas por un tribunal durante un proceso.*

*Tampoco se reputan penas las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados en uso de su jurisdicción disciplinaria, ni las que la autoridad imponga a los particulares en uso de sus atribuciones gubernativas.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el Estatuto Administrativo, ni la iniciación de un procedimiento criminal, ni la sentencia absolutoria o condenatoria, su sustitución o suspensión, impedirán la aplicación de las sanciones disciplinarias o gubernativas a que haya lugar, conforme las leyes dictadas al efecto. En estos casos, se observarán las siguientes reglas:*

*Primera. Iniciado un procedimiento criminal, se suspenderá la persecución de la responsabilidad gubernativa correspondiente, hasta su terminación;*

*Segunda. Terminado el procedimiento criminal sin condena o acusación, el tribunal remitirá los antecedentes a la autoridad señalada por la ley, para el juzgamiento e imposición, en su caso, de la sanción gubernativa correspondiente;*

*Tercera. Terminado el procedimiento criminal con sentencia condenatoria, aunque hubiese sido sustituida o suspendida, el mismo tribunal impondrá la sanción gubernativa que señale la ley o el reglamento dictado en su conformidad, descontando de ésta la cuantía de la multa penal impuesta, cuando correspondiere; y*

*Cuarta. Las sanciones disciplinarias se impondrán por la autoridad señalada por la ley o el reglamento dictado en su conformidad. El procedimiento iniciado para su juzgamiento y aplicación, no se suspenderá ni se verá afectado en caso alguno por los resultados del procedimiento criminal que procediere.*

**B. Fundamento**

El texto adecua la redacción del actual art. 20 Cp al texto del Código Procesal Penal, agregando a continuación un inciso que ofrece una fórmula para resolver el problema del *bis in idem* en la aplicación de sanciones gubernativas y disciplinarias, conforme a las ideas expuestas anteriormente al Foro Penal en el documento denominado “*algunas ideas acerca de la distinción entre derecho administrativo sancionador y derecho penal, y su efecto en el sistema de penas propuesto al Foro Penal*”, preparado por Jean

---

Pierre Matus A. / Héctor Hernández B, cuyos aspectos esenciales se reproducen a continuación:

1. No parece discutible la potestad de la administración de imponer sanciones autónomamente (esto es, sin pasar a través de un Tribunal ordinario) en *beneficio de la Administración*, “sobre la base de que está comprometido un asunto de orden y no una verdadera lesión de bienes jurídicos”<sup>172</sup>. El problema que se sigue es que, salvo en los Estados de excepción, donde es posible una afectación regulada de la libertad personal, los medios de que dispone la Administración para ejercer su poder sancionador son básicamente la aplicación de *multas administrativas*, las *privaciones de derechos*, *permisos*, *licencias*, *concesiones o gracias*, y las *inhabilitaciones para obtener o ejercer derechos derivados de tales permisos, concesiones, etc.* Y que estas sanciones, *materialmente*, no se distinguen de sus homónimas de reconocido carácter penal, salvo en cuanto, conforme dispone el art. 20 Cp, *no se consideran penas*, y por tanto, no se reflejan en el certificado de antecedentes, no producen reincidencia y, tratándose de multas, no les es aplicable el régimen sustitutorio del art. 49. Luego, se presenta la cuestión de cómo distinguir entre unas y otras, y cómo evitar desproporciones y contradicciones en el ordenamiento jurídico.
2. Para una primera aproximación a este problema, podría ser útil la distinción entre los sujetos a quienes se dirigen las potestades administrativas. Esto es, si entre el sujeto de la sanción existe o no una especial relación de subordinación con la administración. Como señala Politoff, por aplicación del principio *non bis in idem*, sería razonable “negar la posibilidad de aplicar una sanción penal por los mismos hechos que motivaron la medida administrativa, cuando entre el sancionado y la Administración no exista una especial relación de subordinación que justifique, por la infracción del deber de lealtad funcionaria, la existencia de una doble sanción”<sup>173</sup>.
3. Desde este punto de partida, parecerían inobjetables las sanciones impuestas, por ejemplo, en el Estatuto Administrativo, a los funcionarios públicos que cometiesen crímenes o simples delitos. El problema que se presenta al respecto, es que dicha sanción, conforme al art. 119c) del Estatuto, consiste en la destitución, cuyo efecto temporal va más allá del previsto en el Borrador de propuesta del sistema de penas, y se encuentra, además, condicionado al ejercicio de un derecho de gracia del Presidente de la República (el decreto de *rehabilitación*). Sin embargo, la disfuncionalidad que esto produce es que la sanción administrativa es mucho más severa que la propuesta para un futuro Código (hasta cinco años). Esto es fácilmente explicable: por una parte, en el Borrador se hace directa referencia al derecho administrativo sancionador (“...sin perjuicio de lo previsto al respecto por el Estatuto Administrativo...”, arts. 38 y 39), y por otra, es posible aplicar las inhabilitaciones del Borrador a personas no vinculadas a la administración, para quienes rige la incapacidad que en ellas se preve. Sin embargo, el art. 11 del Estatuto también establece esta incapacidad para quienes se encuentran procesados o han sido condenados por crímenes o simples delitos, con lo que el Estatuto cubre todos los efectos de una posible sanción de este carácter en materia criminal, *siempre que se trate de pena accesoria o de pena copulativa con una privativa de libertad*.

---

<sup>172</sup> Politoff, Derecho Penal T. I., 1997, p. 37.

<sup>173</sup> Op. cit., p. 39.

4. Pero si vemos el problema desde el punto de vista de la privación de derechos *como pena única o principal*, la duplicidad aparente tiene una justificación importante: En cuanto al funcionario, éste podrá ser considerado como autor de un delito (*materialmente*), para todos los otros efectos penales (reincidencia, antecedentes, etc.), y *además*, podrá sufrir la pena administrativa de *destitución*, y no podrá ser *rehabilitado* sino *después* de cumplido el tiempo de condena impuesto por el Tribunal ordinario. Y en cuanto al particular partícipe del delito, su inhabilitación no podría ser de otra forma decretada por la autoridad administrativa ni ésta podría otorgarle una eventual *rehabilitación* antes del término de su condena. En estos casos, no se produce un *bis in idem*, y la pena, como sanción única y principal puede servir tanto para limitar el uso de la prisión, cuando ello se estime proporcionado, como para producir un razonable efecto preventivo general y especial, a la vez.
5. En cuanto a la pena propuesta de inhabilitación para la tenencia y porte de armas, hay que señalar que no existe en la Ley de Control de Armas ni en su Reglamento, disposición alguna que faculte directamente a la Autoridad Fiscalizadora para caducar las inscripciones de armas *que no hayan sido decomisadas por sentencia ejecutoriada, por ser objetos o instrumentos de un delito* (arts. 50ss Reglamento), aunque sí se establece que tanto el permiso para tenencia como para porte de armas, debe ser otorgado “previo estudio de seguridad del interesado” (arts. 47 y 53 del Reglamento). De allí que no se produzca un problema similar al de las inhabilitaciones, aún en los casos en que la pena propuesta se establezca copulativamente junto con una privativa de libertad. Tampoco se producirá un *bis in idem*, pues las reglas administrativas respecto a la caducidad de la inscripción, operan para hacer efectiva una sentencia judicial (decomiso). Sólo si se pretende otorgar a la Administración poderes sancionatorios autónomos en esta materia, podrían presentarse algunas dificultades con esta pena, similares a las que presenta la *multa administrativa*, como pasamos a analizar a continuación.
6. La *multa administrativa*, en cuanto la impone la Administración a sus funcionarios, carece de interés por lo ya explicitado: *la especial vinculación existente entre la administración y sus funcionarios justifica la posibilidad de esta clase de sanciones*. Sin embargo, a su respecto se produce el mismo problema que con las *inhabilitaciones*: cuando el mismo hecho que justifica la imposición de una multa administrativa (gubernativa, propiamente) constituye a su vez un delito sancionado con penas privativas de libertad y multa, en forma copulativa. Aquí la multa penal parece carecer de sentido, porque el *plus* (que estaría justificado por la especial relación de subordinación con la autoridad) se produce al *sumar* ambas multas, y no por la diferencia *material* de una y otra pena, para lo cual bastaría la pena privativa de libertad. Pero cuando la multa es pena única y principal, y se trata de un hecho merecedor del reproche penal, se aplicaría lo mismo que ya señalamos respecto de las inhabilitaciones en este caso: la pena sirve tanto de *plus*, como de diferencia *material* (por los efectos colaterales de la condena criminal), y permite aplicar a los terceros *extraneus* una pena apropiada a la gravedad del delito.
7. Sin embargo, cuando la *multa administrativa* se aplica únicamente a los administrados, quienes no tienen con la administración una especial relación de lealtad, no es posible someterlo a dos procedimientos sancionatorios independientes por un mismo hecho, sin transgredir la prueba del *bis in idem*, y sin incorporar al sistema el riesgo agregado de



valoraciones contradictorias (absolución criminal y condena administrativa y viceversa). Para evitar este riesgo, bastaría incorporar un inciso final en el art. 20, que limitara las competencias de la administración, del siguiente tenor: “Sin embargo, sólo los Tribunales competentes en materia criminal podrán imponer a los particulares las sanciones de carácter administrativo dispuestas por las leyes para hechos que sean al mismo tiempo constitutivos de delitos”. Así, las multas y otras sanciones que puedan entenderse de carácter administrativo (cancelaciones de permisos, clausuras, etc.) no supondrán un *bis in idem* (un nuevo proceso y castigo por los mismos hechos), ni tampoco el hecho de realizarse un proceso criminal supondrá un inusitado *privilegio* frente a las sanciones administrativas por hechos no constitutivos de delito, restableciendo materialmente la proporcionalidad entre sanciones administrativas y sanciones penales<sup>174</sup>.”

**C. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**TÍTULO IV  
DE LAS PENAS**

*§ 1 De las penas en general*

**Artículo 20.** No se reputan penas, las medidas cautelares aplicadas al imputado en un proceso penal ni las condiciones a que queda sujeto durante la suspensión condicional del procedimiento, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones, las sanciones disciplinarias impuestas por un tribunal durante un proceso.

Tampoco se reputan penas las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados en uso de su jurisdicción disciplinaria, ni las que la autoridad imponga a los particulares en uso de sus atribuciones gubernativas.

**D. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se eliminan los dos últimos incisos del art. 20 propuesto, entendiéndose que no existiría un problema de *bis in idem* que resolver en el Código penal, sino, a lo más, en las leyes especiales que establecieran sanciones gubernativas o disciplinarias que, eventualmente, puedan fundarse en hechos constitutivos de delitos.

---

<sup>174</sup> Si se excluye la aplicación de las sanciones administrativas dispuestas por la ley a hechos constitutivos de delito (que es otra posible redacción), podría darse la paradoja de que las sanciones administrativas fuesen más graves que las penales, particularmente en el ámbito de los servicios regulados (servicios básicos, financieros, etc.).

---

**Tema 3. Sistema de penas**

**A. Texto propuesto**

*Título IV*

*DE LAS PENAS*

*§ 2 De la clasificación de las penas*

...

*Artículo [21] Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código y a las leyes especiales que establezcan hechos punibles, según sus diferentes clases, son privativas de libertad, privativas de otros derechos, de trabajos voluntarios en beneficio de la comunidad y pecuniarias, y se encuentran comprendidas en la siguiente:*

*ESCALA GENERAL*

*Penas de crímenes*

*Reclusión mayor*

*Multa de hasta un mil unidades tributarias mensuales*

*Penas de simples delitos*

*Reclusión menor*

*Reclusión nocturna*

*Reclusión de fin de semana*

*Trabajo voluntario en beneficio de la comunidad*

*Inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos*

*Inhabilitación especial para algún cargo u oficio público o profesión titular*

*Inhabilitación para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado*

*Multa de hasta doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales*

*Inhabilitación para conducir vehículos a tracción mecánica o animal*

*Penas comunes a las dos clases anteriores*

*Pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito.*

*Artículo [22]. Son penas accesorias las de inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras penas las lleven consigo.*

*Artículo [23]. Toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación de pagar las costas personales y procesales por parte de los autores, cómplices, encubridores y demás personas legalmente responsables. El ejercicio de la acción civil para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados se ajustará a lo que dispongan los códigos y demás normas procesales.*

*§ 3 De los límites, naturaleza y efectos de las penas*

*Artículo [24]. Las penas temporales de crímenes duran de cinco años y un día a veinte años, y las de simples delitos de sesenta y un días a cinco años, sin perjuicio de lo previsto en el § 4 de este Título.*

*Artículo [25]. La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión o presentación ante el Tribunal del condenado para su cumplimiento, si estuviere libre a la fecha de su ejecutoria.*

*Cuando el condenado se encontrare preso, la duración de la pena empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme.*

*No obstante, cualquiera sea la naturaleza de la pena temporal impuesta, se descontará de su cumplimiento el tiempo que el condenado estuvo privado de libertad durante el proceso.*

*Artículo [26]. El cumplimiento de las penas previstas en este Código, así como de sus sustitutos, de la libertad condicional, y de los beneficios o alternativas o de cualquier otra medida que suponga una modificación o alteración del tiempo de la condena o de la forma y modo de su ejecución, se ajustará estrictamente a lo dispuesto en este Código, en las leyes especiales y en los reglamentos dictados para su ejecución.*

*Artículo [27]. Para los efectos de lo previsto en la Constitución Política de la República y en otras normas legales se reputan aflictivas todas las penas de crímenes y las siguientes penas de simples delitos: reclusión menor en su grado máximo y reclusión nocturna y reclusión de fin de semana en sus grados máximos.*

*Penas que llevan consigo otras accesorias*

*Artículo [28]. Toda pena que se imponga lleva consigo la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y la de inhabilitación para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado durante ese mismo lapso, sin perjuicio de lo dispuesto en el Estatuto Administrativo.*

*Artículo [29]. Toda pena que se imponga lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del delito.*

*De las penas privativas de libertad*

*Artículo [30]. Las penas de reclusión privan de libertad al condenado, y lo sujetan al régimen prescrito por la ley y los reglamentos dictados para su ejecución.*

---

*Artículo [31]. La pena de reclusión nocturna consiste en el encierro en establecimientos especiales, por ocho horas entre las 20 horas de cada día y hasta las 6 horas del día siguiente, durante el tiempo de la condena, fijándose por el Tribunal la hora de entrada y salida en la forma prescrita en el respectivo reglamento, atendiendo a las condiciones y necesidades familiares, escolares y laborales del condenado.*

*En caso de atraso en la hora de presentación, la autoridad penitenciaria prorrogará automáticamente la permanencia del condenado en el establecimiento especial hasta el cumplimiento de las ocho horas correspondientes.*

*En caso de quebrantamiento reiterado y sin causa justificada de la reclusión nocturna, podrá el Tribunal a cargo de la ejecución aumentar en dos días la reclusión nocturna por cada día en que el condenado no se hubiese presentado a su cumplimiento, hasta por un máximo de seis meses. Si después de aplicado este aumento el condenado reitera el quebrantamiento de la condena, podrá el Tribunal sustituir la pena de reclusión nocturna por la de reclusión durante el tiempo restante.*

*Artículo [32]. La pena reclusión de fin de semana consiste en el encierro en establecimientos especiales por treinta y seis horas corridas entre el día viernes y el día domingo, ambos inclusive, durante el tiempo de la condena, fijándose por el Tribunal la hora de entrada y salida en la forma prescrita en el respectivo reglamento, atendiendo a las condiciones y necesidades familiares, escolares y laborales del condenado. En caso que el condenado acredite la necesidad de realizar una actividad laboral durante los días de encierro de su condena, podrá el Tribunal ordenar que el tiempo de encierro se cumpla en otros días de la semana.*

*En caso de atraso en la hora de presentación, la autoridad penitenciaria prorrogará automáticamente la permanencia del condenado en el establecimiento especial hasta el cumplimiento de las 36 horas correspondientes.*

*En caso de quebrantamiento reiterado y sin causa justificada de las horas de reclusión de fin de semana, podrá el Tribunal a cargo de la ejecución agravar su cumplimiento con dos días de reclusión nocturna por cada día en que el condenado no se hubiese presentado a su cumplimiento, hasta por un máximo de seis meses. La reclusión nocturna así decretada se cumplirá los días inmediatamente siguientes a los de reclusión de fin de semana. Si después de aplicado este aumento el condenado reitera el quebrantamiento de la condena, podrá el Tribunal sustituir la pena de reclusión de fin de semana por la de reclusión durante el tiempo restante que deba cumplir.*

#### *De las penas privativas de otros derechos*

*Artículo [33]. Las penas de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos, producen:*

- 1. La privación de todos los cargos, empleos y oficios públicos de que estuviere en posesión el penado, y de los honores anexos a ellos, aun cuando sean de elección popular; y*
- 2. La incapacidad para obtener los cargos, empleos y oficios mencionados durante todo*

---

*el tiempo de la condena, sin perjuicio de lo previsto al respecto por el Estatuto Administrativo.*

*Artículo [34]. Las penas de inhabilitación especial para algún cargo u oficio público o profesión titular, producen:*

- 1. La privación del cargo, empleo, oficio o profesión sobre que recaen, y la de los honores anexos a él por el tiempo de la condena; y*
- 2. La incapacidad para obtener dicho cargo, empleo, oficio o profesión u otros en la misma carrera por el tiempo de la condena, sin perjuicio de lo previsto al respecto por el Estatuto Administrativo.*

*Artículo [35]. Las penas de inhabilitación para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado, producen:*

- 1. La extinción de pleno derecho de las obligaciones que la Administración del Estado tuviera con el condenado, derivadas de la actividad comercial, industrial, minera o profesional de éste, salvo las relativas a las prestaciones personales de seguridad social;*

- 2. La extinción de todo derecho a reclamar indemnizaciones de cualquier naturaleza por los efectos que produzca lo dispuesto en el número anterior; y*

- 3. La prohibición de celebrar por sí, para sí o para terceras personas, directa o indirectamente, cualquier clase de actos jurídicos con la Administración del Estado, excepto los derivados de las prestaciones personales de seguridad social por el tiempo de la condena y los que la Administración del Estado ofrezca indiscriminadamente al público, tales como servicios básicos, de transporte, salud y otros semejantes.*

*Artículo [36]. Las penas de inhabilitación para conducir vehículos a tracción mecánica o animal prohíben al condenado conducir dichos vehículos durante todo el tiempo de duración de la pena; y producen, además, la caducidad de pleno derecho de la licencia de conducir que el condenado poseyese, y la imposibilidad de obtener otra durante el tiempo de la inhabilitación.*

*De la multa, su modo de determinarla y su sustitución por la pena de trabajo voluntario en beneficio de la comunidad*

*Artículo [37]. La cuantía de la multa, tratándose de crímenes, no podrá exceder de un mil unidades tributarias mensuales y en los simples delitos, de doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales.*

*Cuando la ley impone multas cuyo cómputo debe hacerse en relación a cantidades indeterminadas, nunca podrán aquéllas exceder de doscientas cincuenta, tratándose de simples delitos; y de un mil, de crímenes.*

*Las multas se deberán pagar en pesos, en el valor equivalente que tenga la unidad tributaria mensual al momento de su pago.*

*La expresión "unidad tributaria mensual" en cualquiera disposición de este Código, de los de procedimientos y demás leyes penales especiales significa una unidad tributaria mensual vigente a la fecha de comisión del delito.*

---

*Artículo [38]. En la aplicación de las multas el tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable. Asimismo en casos calificados, y considerando especialmente la circunstancia anterior, el juez podrá imponer una multa inferior al monto señalado en la ley, lo que deberá fundamentar en la sentencia.*

*Artículo [39]. Tanto en la sentencia como en su ejecución el Tribunal podrá, atendidas las circunstancias, autorizar al afectado para pagar las multas por parcialidades, dentro de un límite que no exceda del plazo de un año. El no pago de una sola de las parcialidades hará exigible el total de la multa adeudada.*

*Si después de dictada la sentencia, el penado cayere en situación de insolvencia o empeorare su fortuna, el Tribunal, excepcionalmente y luego de acreditar fehacientemente la capacidad económica de aquél, podrá reducir la magnitud de las cuotas.*

*Artículo [40]. Si la pena a imponer consistiere únicamente en una multa o en ésta conjuntamente con una pena privativa de derechos, una vez determinado el monto de la multa a pagar, el sentenciado podrá solicitar la sustitución de ésta por la pena de trabajo voluntario en beneficio de la comunidad. Si la multa se hubiese fijado en cuotas, el sentenciado podrá pedir esta sustitución durante todo el lapso en que ellas se devengaren.*

*Si el condenado lo fuere conjuntamente a una pena de reclusión menor, reclusión nocturna o reclusión de fin de semana en sus grados mínimo o medio, la parte de la multa que voluntariamente no se pagare se sustituirá por un tiempo mayor de cumplimiento de su pena privativa de libertad. En los demás casos, sólo procederá la ejecución judicial de la multa hasta el monto que los bienes del condenado lo permita.*

*Artículo [41]. La pena de trabajo voluntario en beneficio de la comunidad consiste en la prestación de cooperación no retribuida en actividades de utilidad pública por parte del condenado que acepte su imposición, durante no más de ocho horas diarias y 48 horas semanales, bajo control del Tribunal correspondiente. El Tribunal fijará el lugar, el período y el trabajo voluntario a desarrollar, en la forma prescrita en el respectivo reglamento, atendiendo a las condiciones y necesidades familiares, escolares y laborales del condenado.*

*Artículo [42]. Para efectos de la conversión de la pena de multa en la de trabajo voluntario en beneficio de la comunidad, se entenderá que una unidad tributaria mensual equivale a una hora de trabajo voluntario en beneficio de la comunidad, con un máximo de 250 horas, que podrán cumplirse en un período de hasta 12 meses.*

*Tratándose de la sustitución de una pena de multa por un mayor tiempo de reclusión, reclusión nocturna o reclusión de fin de semana, la conversión se hará a razón de una hora de privación de libertad por cada unidad tributaria mensual, con el mismo máximo que en el caso anterior, empezando su cumplimiento inmediatamente a continuación del de la pena privativa de libertad primitivamente impuesta.*

*Artículo [43]. En caso de que el condenado deje voluntariamente de cumplir con la actividad decretada por el Tribunal, la medida se revocará y el condenado deberá cumplir el tiempo restante de su condena en el régimen de reclusión de fin de semana.*

*No se considerará incumplimiento voluntario la falta al lugar de trabajo voluntario debidamente justificada, conforme las disposiciones que el Estatuto Administrativo contempla para la inasistencia de los funcionarios públicos.*

## B. Fundamento

El texto propuesto recoge los acuerdos del Foro Penal hasta su 15ª sesión, sobre la propuesta original de la Subcomisión integrada por los Profesores Jean Pierre Matus Acuña/ Alex van Weezel/ Eduardo Sepúlveda. Los acuerdos adoptados hasta entonces, siguiendo la “pauta temática” para la discusión elaborada por la Secretaría del Foro, son los siguientes:

1. Construir a partir del Código vigente (se tomó en cuenta la salvedad de la opinión mayoritaria de no considerar en esta nueva regulación el tema del *indulto*, aunque aparece en el actual Código),
2. Enfatizar la legalidad de la ejecución penal,
3. Mantener las escalas graduales, pero unificándolas para no aludir en ella a penas de “años”. Se mantiene como pena última de cada escala la de multa.
4. Suprimir la privación perpetua de libertad y toda otra pena perpetua. Se fija el máximo de cada pena individual en 20 años.
5. No reintroducir la distinción presidio/ reclusión, pero mantener la distinción entre crímenes y simples delitos.
6. Incorporar en el Código la libertad condicional, la remisión condicional y la libertad vigilada.
7. Rechazar el sistema de prohibición de las penas cortas del art. 32 de la propuesta original.
8. Introducción de la reclusión nocturna como pena principal
9. Introducción de las penas de arresto de fin de semana como pena principal, y del trabajo en beneficio de la comunidad como pena sustitutiva y voluntaria, para el caso de no pago de multas<sup>175</sup>.
10. Eliminación de todas las penas restrictivas de libertad del Código actual
11. Transformar las “medidas alternativas” de remisión condicional y libertad vigilada en *penas sustitutivas* de las penas cortas privativas de libertad. Mantener un régimen diferenciado para crímenes y simples delitos. El régimen de revocación debe permitir no imponer necesariamente la pena de reclusión, en su caso.
12. Incorporar al Código penal el régimen general de libertad condicional, estableciendo las bases de un procedimiento judicializado de concesión.
13. Incorporar la pena de inhabilitación para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado, en términos mucho más limitados que los de la propuesta, vinculando la prohibición al giro del condenado y procurando, además, no afectar sino indirectamente a las personas jurídicas.

---

<sup>175</sup> Esta es, por lo demás, la proposición que, después de un estudio de su funcionamiento en Inglaterra y la Europa continental hace José Cid: *El trabajo en beneficio de la comunidad*, p. 106, en Cid/Larrauri: *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona 1997, pp. 93-118.

- 
14. No incorporar al Código la pena autónoma de privación del vehículo motorizado que se posea, ni la accesoria de comiso del mismo.

Para un adecuado entendimiento del sentido de la propuesta y de los acuerdos del Foro reseñados, se reproducen aquí los fundamentos de la propuesta original de los Profs. Matus/v. Weezel y Sepúlveda, discutida por el Foro durante los años 2001 y 2002<sup>176</sup> :

“La propuesta que se acompaña tiene como base las “conclusiones” adoptadas en las discusiones del Foro Penal en materia de *penas*, y las consideraciones de política criminal que se explicitan enseguida, para concretar dichas conclusiones.

Además, para facilitar su comprensión, la propuesta se presenta siguiendo el articulado actual del Código, a fin de rescatar del mismo todo aquello que no se contrapone con las “conclusiones” del Foro, adecuando el resto a ellas, en la medida que sus disposiciones lo permiten.

## 1. Aspectos generales

### 1.1. Sistema de penas. Concretando las conclusiones del Foro Penal.

A. *“Es indispensable introducir un sistema de control jurisdiccional de la ejecución penal en Chile, especialmente en materia de penas de encierro”*

Conforme la discusión del día 5 de julio de 2001, este punto no será abordado en la propuesta, dejándose como medida programática para el futuro. Sin embargo, esta propuesta asume que el control de la legalidad de la ejecución de las penas, sobre todo del cumplimiento de lo prescrito en el Código penal al respecto (y en las eventuales leyes de ejecución penitenciaria que se dicten), quedará entregado a un Juez, sea éste de control o el mismo Juez del Crimen actualmente competente.

B. *“No son aceptables penas de encierro perpetuas”*(conclusión b) del Foro Penal). Sin embargo, falta por “definir la posibilidad de imponer efectivamente penas cortas de encierro” (definición pendiente e) del Foro Penal).

Al respecto, se propone no aplicar las penas privativas de libertad *excesivamente cortas*, como no sea para casos de baja y mediana gravedad donde su imposición se justifique mediante fórmulas de aplicación atenuada de la misma (i.e.: *reclusión nocturna*).

C. *“Son aceptables y necesarias las penas temporales de encierro, con tal que se apliquen excepcionalmente, sólo para los casos más graves”* (conclusión c) del Foro Penal); su “excepcionalidad” “debe alcanzarse estableciendo ampliamente penas no privativas de libertad como penas únicas y principales para la mayoría de los delitos, y no, como hasta ahora, sólo mediante sustitutos” (conclusión f) del Foro Penal). Sin embargo, falta “establecer al menos aproximadamente qué delitos merecerían la imposición de una pena de encierro ( al menos en referencia al bien jurídico y modalidades de afectación)” y “definir si en los casos precedentes es posible la sustitución del encierro, mediante qué

---

<sup>176</sup> Sólo se altera la numeración original, para facilitar la lectura.



sustitutos y en qué medida el sustituto puede reconvertirse en encierro” (definición pendiente b) del Foro Penal)

Al respecto, se ha considerado en la formulación de la propuesta que el amplio espectro de penas disponibles es un mérito del Código y de las leyes especiales que han ido incorporando nuevas variantes a las ya existentes, que vale la pena mantener, salvo aquellas manifiestamente impracticables, atendido nuestro actual nivel de desarrollo económico y cultural. El problema no radica tanto en el catálogo mismo, sino en la concreta asignación de penas a los delitos, donde predominan en exceso las penas privativas de libertad. El problema de la abundancia de penas privativas de libertad en nuestra legislación es, por tanto, más un problema de parte especial que de parte general.

Por otra parte, la reforma del catálogo de penas debe considerar el hecho de que existen delitos de distinta gravedad y de que diversos cuerpos legales fuera del Código penal le asignan diferentes efectos, aparte de la evidente dispersión de la legislación penal. Por lo tanto, al menos debe tomar como un dato cierto, difícil de modificar a esta altura del trabajo, la clasificación actualmente existente entre *crímenes*, *simples delitos* y *faltas*. Otra cosa diferente es la discusión acerca de si un determinado hecho punible haya de considerarse o no en una de esas tres categorías. Esto es también parte de la discusión relativa a la parte especial.

**D.** “*El máximo aceptable de una pena de encierro se encuentra aproximadamente entre los veinte y los veinticinco años*” (conclusión d) del Foro Penal).

La propuesta considera que una reforma de esta naturaleza debe tomar en cuenta las actuales valoraciones existentes en nuestra legislación penal, donde los delitos más graves, con la sola excepción del del art. 372bis inc. 2º, tienen entre sus penas la de presidio mayor en su grado máximo, esto es, de 15 años y un día a 20 años. Derogada la pena de muerte y excluido por este Foro el presidio perpetuo, se propone mantener la pena de presidio o reclusión mayor en su grado máximo como la más grave en la Escala General y en la Gradual respectiva.

**E.** “*Como penas no privativas de libertad a aplicar deben considerarse en general – más allá de las definiciones de detalle – penas restrictivas de libertad, penas privativas de otros derechos y penas pecuniarias (con un sistema equivalente al de días-multa)*” (conclusión g) del Foro Penal). Falta por “definir concretamente el catálogo de penas no privativas de libertad y los caracteres básicos de dichas sanciones” (definición pendiente d del Foro Penal), y “ los efectos del quebrantamiento de estas penas, concretamente si se pueden convertir en pena de encierro” (definición pendiente d) del Foro Penal).

Para hacer concretos estos planteamientos, la propuesta considera que el catálogo de penas disponibles debe adecuarse al actual estado de la cuestión en nuestra órbita cultural, y al mismo tiempo, deber ser practicable, según las condiciones culturales y económicas chilenas.

Esto significa, que aunque se debe favorecer un uso mayor de las penas pecuniarias como la multa y la reparación, no es posible confiar en ellas para una sustitución generalizada de las penas privativas de libertad, cuando el 30% de la población vive bajo la línea de la pobreza. Tampoco es posible confiar dicha sustitución en formas de “tratamiento” relativamente sofisticadas, como el *trabajo en beneficio a la comunidad* y el *tratamiento ambulatorio*, atendido por una parte los índices de cesantía y, por otra, las deficiencias del sistema de

salud público y de atención de la sección el medio libre de Gendarmería de Chile. Don Eduardo Sepúlveda era partidario de incorporar de todos modos esta clase de penas alternativas al catálogo del Código penal, propuesta que no prosperó en la subcomisión.

**F.** “El instituto de la libertad condicional debe mantenerse” (conclusión e) del Foro Penal) y en “el ámbito de los sustitutos, los actuales (penas o medidas alternativas de la Ley 18.216) gozan en general del favor del Foro, sin perjuicio de su posible perfeccionamiento” (conclusión h) del Foro Penal).

Las dificultades de estas instituciones parecen radicar en su dispersión y el carácter “sorpresivo” con se aprecian en la opinión pública. Por ello, la propuesta contempla establecer en el Código las reglas básicas de estos institutos, cuyo desarrollo se deja a la Reglamentación respectiva.

### **1.2. Otras consideraciones político criminales de carácter general.**

**A.** La existencia de los diversos grados de las penas temporales en nuestra actual legislación, parece lo suficientemente adecuada a nuestra realidad como para no ponerla ahora en discusión, si se toma en cuenta que en los países en que los grados de las penas se encuentran más indeterminados, de todas maneras surgen movimientos tendientes a su determinación, al menos de forma general. La posibilidad de mencionar el tiempo que dichos grados comprenden al describir un delito determinado es una cuestión de técnica legislativa que debe resolverse en la parte especial, pero que no altera el fondo de la gradualidad actualmente existente (i.e.: el art. 391 N°2 podría leerse perfectamente como “Con cinco años y un día a quince años de presidio mayor en sus grados mínimo a medio en cualquier otro caso”, sin alterar su sentido y sin que sea necesario alterar las reglas de aplicación de las Escalas Graduales, cuando corresponda).

**B.** Todas las penas temporales (privativas y restrictivas de libertad, privativas de derechos, etc.) debieran tener una igual duración temporal dividida en los grados que actualmente existen. En todo caso, hay que tener presente la existencia de una importante cantidad de leyes penales fuera del Código penal, que fijan sus penas de acuerdo a la Escala General de dicho cuerpo legal, cuya reforma debe ser, por lo tanto, lo más cuidadosa posible

**C.** Sin embargo, todo esfuerzo que se haga en esta materia resultará inútil si las penas privativas de libertad (y la prisión preventiva) se siguen prodigando del mismo modo que hoy se hace en el L.II del Cp y en las leyes penales extravagantes.

### **1.3. En cuanto a penas alternativas a la privación de libertad en general.**

**A.** En nuestro parecer, las penas alternativas a la privación de libertad deben reservarse, en el caso de aplicarse como penas principales y exclusivas, a delitos de mediana y baja gravedad, esto es, aquéllos que actualmente se consideran *simples delitos*, según la pena asignada por la ley al hecho punible, y no la que resulte de aplicar las reglas relativas a la determinación de la pena. Este es un punto discutido en el seno del Foro Penal y la propuesta establece una solución intermedia, permitiendo en caso calificados la sustitución de penas cortas privativas de libertad en casos de *crímenes*.

En este sentido, aunque la pena privativa de libertad sea única en sus efectos al momento de su cumplimiento, parece conveniente denominarla pena de *presidio*, para los crímenes, y

pena de *reclusión*, para los simples delitos, pues debieran tener efectos diferentes en cuanto a la posibilidad de ser sustituidas por penas alternativas o de ser suspendido su cumplimiento.

**B.** En cuanto a las penas privativas de derechos, particularmente en su carácter de *penas accesorias*, se han tomado en cuenta los especiales efectos que el derecho penal produce en el ámbito del derecho administrativo, para lograr una adecuada armonización entre ambas ramas del derecho.

## 2. En cuanto a las penas restrictivas de libertad

**2.1.** Mantener y ampliar la aplicabilidad de penas restrictivas de libertad se encuentra plenamente justificado, por ser menos perjudiciales que las privativas de libertad y compartir con ellas su carácter igualitario y graduable. Sin embargo, ellas debieran *simplificarse*, eliminando las penas de *extrañamiento* (salvo para su conmutación en casos de delitos de carácter político), y *confinamiento* dejando subsistente sólo el *destierro* y la *relegación*, procurando sean asignadas a delitos de mediana y baja gravedad (*simples delitos*) en que la separación del condenado y del ofendido o del lugar donde se cometió el delito sea un castigo suficiente para cumplir con los fines de la pena. Las dificultades técnicas de su control se encuentran hoy ampliamente superadas por los dispositivos de control electrónico existentes. En todo caso, de aplicarse estos dispositivos, debe hacerse previa una detallada reglamentación de su naturaleza y utilización, para evitar que conviertan la ejecución de la pena en una medida “inhumana y degradante”.

En todo caso, para mejorar su aplicación, no es necesaria una reforma en su contenido, sino que se prescriban como *penas principales y únicas*, en los delitos que se considere necesario (un problema de parte especial que aquí no se resuelve).

**2.2.** También se propone ampliar el catálogo de estas penas con la inclusión de la *reclusión nocturna*, como una forma de *pena privativa de libertad atenuada* con ventajas similares a las restantes penas restrictivas de libertad.

## 3. En cuanto a las penas privativas de otros derechos

**3.1.** Es necesario fortalecer las penas restrictivas de otros derechos, simplificándolas, quitándoles el carácter degradante y de “lotería” que parecen tener hoy en día (sobre todo en su aplicación como *penas accesorias*), diversificándolas, y procurando sean asignadas a delitos de mediana y baja gravedad en que la pérdida de ciertos derechos sea un castigo suficiente para cumplir con los fines de la pena. De nuevo se aprecia que, salvo una adecuada regulación en su carácter de penas accesorias, este es un problema de parte especial. En estos casos, la pena privativa de derechos debe ser aplicada como *pena única y principal*. Como pena accesoria, sólo debe durar el tiempo de la condena, y sólo en caso de condenas a penas privativas de libertad. Además de las ya existentes (con las modificaciones propuestas, se podrían agregar, de acuerdo con el estado de nuestro desarrollo cultural: a) la *Prohibición perpetua o temporal de celebrar actos y contratos con la Administración del Estado*; b) la Pérdida del vehículo a tracción mecánica o animal

que se posea; y c) la Inhabilidad temporal del derecho a adquirir un vehículo a tracción mecánica.

#### **4. En cuanto a las penas pecuniarias**

**4.1.** Las penas pecuniarias debieran mantenerse. El Foro propone mejorar su aplicación creando un sistema similar al de los *días–multa*. La propuesta entiende, sin embargo, que el sistema actualmente existente es “similar” al de los días–multa y practicable en nuestras condiciones socioculturales. En efecto, aunque según el artículo 25 del Código penal, para los *simples delitos*, la multa no puede exceder de veinte unidades tributarias mensuales, aún el bolsillo acaudalado sentiría la pérdida de una cantidad equivalente más o menos a US\$ 2.000.-. Además, para delitos particulares, siempre es posible elevar en la descripción típica el monto de la multa a cantidades que superen el beneficio que se obtiene al delinquir. Por otra parte, para adecuar la multa a las capacidades financieras del infractor, el artículo 70 del Código penal obliga a determinar la multa dentro del marco legal, tomando en cuenta “principalmente”, “el caudal o facultades del culpable” -permitiendo incluso rebajar el mínimo establecido legalmente, en los casos que no concurren agravantes-, y faculta al Tribunal para “autorizar al afectado a pagar las multas por parcialidades, dentro de un límite que no excede del plazo de un año”. Este sistema es similar al vigente en Alemania hasta antes de la Segunda Ley de Reforma del Código Penal, de 1975, complementado con la posibilidad de extinguir la multa mediante el trabajo voluntario, sistema que JESCHECK (1988:704) califica de “situación jurídica relativamente moderna”. Los problemas prácticos de la implementación del sistema de días–multa, que terminan por conceder al Juez la facultad de fijar prudencialmente los ingresos y gastos del infractor para calcular la multa (§ 40 Cp alemán), no parecen compensar sus supuestas ventajas.

**4.2.** La propuesta considera que la mayor *aplicabilidad* de la multa como pena alternativa a la prisión no proviene de las reglas para su determinación, sino más bien, de su establecimiento como *pena única y principal* en los *simples delitos* donde aparezca conveniente y practicable hacerlo (por tratarse de delitos cometidos generalmente por personas capaces de pagar la multa, proporcionalmente en razón de sus ingresos). Sólo en casos de *crímenes* podría establecerse una multa adicional a la pena de presidio o inhabilitación correspondiente.

**4.3.** Debe suprimirse la sustitución de la multa por la prisión, prefiriéndose penas alternativas, como reclusión nocturna, relegación o destierro, conforme se señaló en el Foro, aunque no aparece en las conclusiones.

#### **5. En cuanto a las medidas alternativas (sustitutivas) a las penas privativas o restrictivas de libertad.**

**5.1.** Aparte de lo dicho *Supra* N°[ 1.3], las *medidas alternativas a las penas privativas de libertad* deben seguir los mismos criterios de practicabilidad que se predicen para las penas alternativas, agregando los condicionamientos relativos a la prevención especial típicos de los países de nuestra órbita cultural.

#### **6. En cuanto a las reglas de determinación legal de la pena**

6.1. Sin entrar en el terreno de la determinación judicial de la pena, la propuesta abarca también parte del tema de determinación de la pena, comprendido en el §4 del Tít. III del Libro Primero del Código Penal, para su mejor comprensión, por cuanto en él se contempla la división en grados de las penas y las Escalas Graduales, elementos indispensables para su aplicación práctica.

6.2. En este sentido, se ha tomado en consideración la necesidad de evitar las perplejidades que la aplicación mecánica de las actuales reglas de determinación de la pena pueden ocasionar al aplicar las Escalas Graduales del art. 59, como en el caso citado por Pica (1992:14), en el cual, al rebajar un grado la pena de relegación menor en su grado mínimo que se extiende de 61 a 540 días, y aplicar su «grado inferior», según la correspondiente Escala Gradual N° 2 (art. 59), se llega a una pena de mayor extensión temporal: el destierro en su grado máximo, que va de 3 años y un día a 5 años.”

**C. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**TÍTULO IV  
DE LAS PENAS**

...

*§ 2 De la clasificación de las penas*

**Artículo 21.** Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código y a las leyes especiales que establezcan hechos punibles, según sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente:

**ESCALA GENERAL**

*Penas de crímenes*

Reclusión mayor

*Penas de simples delitos*

Reclusión menor

Reclusión nocturna

Reclusión de fin de semana

Inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos

Inhabilitación especial para algún cargo u oficio público o profesión titular

Inhabilitación para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado

Inhabilitación para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.

*Penas sustitutas de las anteriores*

Remisión condicional

Libertad vigilada

*Penas comunes a las tres clases anteriores*

Multa

Pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito.

**Artículo 22.** Son penas accesorias las de inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras penas las lleven consigo.

**Artículo 23.** Toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación de pagar las costas personales y procesales por parte de los autores, cómplices y demás personas legalmente responsables. El ejercicio de la acción civil para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados se ajustará a lo que dispongan los códigos y demás normas procesales.

*§ 3 De los límites, naturaleza y efectos de las penas*

**Artículo 24.** Las penas temporales de crímenes duran de cinco años y un día a veinte años, y las de simples delitos de sesenta y un días a cinco años, sin perjuicio de lo previsto en el § 4 de este Título.

**Artículo 25.** La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión o presentación ante el Tribunal del condenado para su cumplimiento, si estuviere libre a la fecha de su ejecutoria.

Cuando el condenado se encontrare preso, la duración de la pena empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme.

No obstante, cualquiera sea la naturaleza de la pena temporal impuesta, se descontará de su cumplimiento el tiempo que el condenado estuvo privado de libertad durante el proceso.

**Artículo 26.** Para los efectos de lo previsto en la Constitución Política de la República y en otras normas legales se reputan aflictivas todas las penas de crímenes.

*Penas que llevan consigo otras accesorias*

**Artículo 27.** Toda pena que se imponga lleva consigo la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y la de inhabilitación para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado durante ese mismo lapso.

**Artículo 28.** Toda pena que se imponga por delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del delito.

*De las penas privativas de libertad*

**Artículo 29.** Las penas de reclusión privan de libertad al condenado, y lo sujetan al régimen prescrito por la ley y los reglamentos dictados para su ejecución.

**Artículo 30.** La pena de reclusión nocturna consiste en el encierro en establecimientos especiales, por ocho horas desde las 20 horas de cada día y hasta las 6 horas del día siguiente, durante el tiempo de la condena, fijándose por el Tribunal la hora de entrada y salida en la forma prescrita en el respectivo reglamento, atendiendo a las condiciones y necesidades familiares, educacionales y laborales del condenado.

En caso de atraso en la hora de presentación, la autoridad penitenciaria prorrogará la

permanencia del condenado en el establecimiento especial hasta el cumplimiento de las ocho horas correspondientes.

En caso de ausencia sin causa justificada de la reclusión nocturna, el tribunal a cargo de la ejecución aumentará en dos días la reclusión nocturna por cada día en que el condenado no se hubiese presentado a su cumplimiento. Si después de aplicado dos veces este aumento el condenado se ausenta nuevamente sin causa justificada, el tribunal sustituirá la pena de reclusión nocturna por la de reclusión durante el tiempo restante.

**Artículo 31.** La pena de reclusión de fin de semana consiste en el encierro en establecimientos especiales por treinta y seis horas corridas entre el día viernes y el día domingo, ambos inclusive, durante el tiempo de la condena, fijándose por el Tribunal la hora de entrada y salida en la forma prescrita en el respectivo reglamento, atendiendo a las condiciones y necesidades familiares, educacionales y laborales del condenado. En caso que el condenado acredite la necesidad de realizar una actividad laboral durante los días de encierro de su condena, podrá el Tribunal ordenar que el tiempo de encierro se cumpla en otros días de la semana. En caso de atraso en la hora de presentación, la autoridad penitenciaria prorrogará la permanencia del condenado en el establecimiento especial hasta el cumplimiento de las 36 horas correspondientes.

En caso de ausencia sin causa justificada a cumplir la reclusión de fin de semana, el tribunal a cargo de la ejecución agravará la pena impuesta con dos días la reclusión nocturna por cada día en que el condenado no se hubiese presentado a su cumplimiento. La reclusión nocturna así decretada se cumplirá en los días inmediatamente posteriores a los de reclusión de fin de semana siguientes a la fecha de ejecutoriada la resolución que la establezca. Si después de aplicada dos veces esta agravación el condenado se ausenta nuevamente sin causa justificada, el tribunal sustituirá la pena de reclusión de fin de semana por la de reclusión nocturna durante el tiempo restante.

#### *De las penas privativas de otros derechos*

**Artículo 32.** Las penas de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos, producen:

1. La privación de todos los cargos, empleos y oficios públicos de que estuviere en posesión el penado, y de los honores anexos a ellos, aun cuando sean de elección popular; y
2. La incapacidad para obtener los cargos, empleos y oficios mencionados durante todo el tiempo de la condena.

**Artículo 33.** Las penas de inhabilitación especial para algún cargo u oficio público o profesión titular, producen:

1. La privación del cargo, empleo u oficio público sobre que recaen, y la de los honores anexos a él; o la del ejercicio de la profesión titular que se trate durante el tiempo de la condena; y
2. La incapacidad para obtener dicho cargo, empleo, oficio o profesión u otros en la misma carrera por el tiempo de la condena.

**Artículo 34.** Las penas de inhabilitación para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado, producen:

1. La extinción de pleno derecho de los efectos de los actos y contratos que la Administración del Estado hubiere celebrado con el condenado, salvo las relativas a las prestaciones personales de seguridad social y los legítimos intereses de terceros;
2. La extinción de todo derecho a reclamar indemnizaciones de cualquier naturaleza por los efectos que produzca lo dispuesto en el número anterior; y
3. La prohibición de celebrar por sí, para sí o para terceras personas, directa o indirectamente, cualquier clase de actos jurídicos con la Administración del Estado, excepto los derivados de las prestaciones personales de seguridad social por el tiempo de la condena y los que la Administración del Estado ofrezca indiscriminadamente al público, tales como servicios básicos, de transporte, salud y otros semejantes. Los efectos de esta pena se extenderán a las sociedades, asociaciones o empresas en las que el condenado tenga un interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquier forma.

**Artículo 35.** Las penas de inhabilitación para conducir vehículos a tracción mecánica o animal prohíben al condenado conducir dichos vehículos durante todo el tiempo de duración de la pena; y producen, además, la caducidad de pleno derecho de la licencia de conducir que el condenado poseyese, y la imposibilidad de obtener otra durante el tiempo de la inhabilitación.

#### D. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto

1. Se corrige la redacción formal del art. 21 propuesto, para que tenga una similar al del actual art. 21 Cp. entendiéndose inútil la clasificación de penas propuesta.
2. Se elimina la pena de “trabajo voluntario”, por entenderse *impracticable* en las condiciones actuales (consecuentemente, se modifica el encabezado del art. 37 y se elimina el texto de los arts. 40 a 43, referidos a esta pena).
3. La multa se transforma en pena común a los crímenes y simples delitos, agregándose al art. 2º ya aprobado (que contiene la clasificación de los delitos) la siguiente regla: “siempre que la ley imponga una pena única de multa, el hecho se reputará simple delito para todos los efectos legales”. Consecuentemente, se elimina el texto del inc. primero del art. 37, que clasificaba las multas, según se tratase de crímenes o simples delitos. Además, se traspaşa toda la regulación de la multa a los artículos 50 a 54.
4. Se agregan las *penas sustitutas* de *remisión condicional* y *libertad vigilada*, para evitar cualquier duda acerca de su naturaleza de penas sustitutas y no de medidas de suspensión condicional de la imposición de la condena.
5. Se elimina la expresión “encubridor” del artículo 23 propuesto
6. Se elimina el art. 26 propuesto, por estar comprendido en el art. 66, que pasa a ser 64.
7. Se reducen las penas aflictivas únicamente a las de crímenes, modificándose, en consecuencia, la redacción del Art. 27 propuesto (que pasa a ser 26).
8. En los artículos 31 y 32 propuestos (que pasan a ser 30 y 31, respectivamente) se cambia la expresión “escolares” por “educacionales”, y se objetivizan las reglas para regular su quebrantamiento.
9. Se eliminan las referencias al “Estatuto Administrativo” en los arts. 33 y 34 propuestos (que pasan a ser 32 y 33, respectivamente), por entenderse redundantes, y se mejora la redacción en lo relativo a las inhabilitaciones especiales.



10. Se entiende que la pena de prohibición de celebrar actos y contratos con la administración, del propuesto art. 35 (que pasa a ser 34) debe importar la extinción no sólo de los derechos del condenado, sino también de sus obligaciones. Además, dado que la pena sólo surtiría efecto real extendiéndose a las personas jurídicas controladas por el condenado, se incorpora una regla, similar a la del inciso final del art. 240 CP actual, que extiende sus efectos a dichas sociedades. Además, hubo acuerdo en orden a aclarar que la pena de inhabilitación para celebrar actos y contratos con la administración del Estado debe entenderse y aplicarse sin perjuicio del derecho de propiedad de terceros. Las redacciones precisas, según aparecen en el texto aprobado, se delegaron en la Secretaría Técnica.

**Tema 4. Aplicación de las penas**

**A. Texto propuesto**

*Título IV*

*DE LAS PENAS*

*§ 4 De las reglas para la aplicación de las penas temporales*

*Disposiciones generales*

*Artículo [44]. Las penas temporales constan de tres grados, mínimo, medio y máximo, cuya extensión se determina en la siguiente:*

*TABLA DEMOSTRATIVA*

<i>PENAS</i>	<i>Tiempo que comprende toda la pena</i>	<i>Tiempo de su grado mínimo</i>	<i>Tiempo de su grado medio</i>	<i>Tiempo de su grado máximo</i>
<i>Reclusión mayor</i>	<i>De cinco años y un día a veinte años</i>	<i>De cinco años y un día a diez años</i>	<i>De diez años y un día a quince años</i>	<i>De quince años y un día a veinte años</i>
<i>Reclusión menor, reclusión nocturna y reclusión de fin de semana</i>	<i>De sesenta y un días a cinco años</i>	<i>De sesenta y uno a quinientos cuarenta días</i>	<i>De quinientos cuarenta y un días a tres años</i>	<i>De tres años y un día a cinco años</i>
<i>Inhabilitaciones</i>	<i>De sesenta y un días a cinco años</i>	<i>De sesenta y uno a quinientos cuarenta días</i>	<i>De quinientos cuarenta y un días a tres años</i>	<i>De tres años y un día a cinco años</i>

*Artículo [45]. Cada grado de una pena temporal constituye pena distinta.*

*Artículo [46]. En los casos en que la ley señala una pena compuesta de dos o más distintas, cada una de éstas forma un grado de penalidad, la más leve de ellas el mínimo y la más grave el máximo.*

*Artículo [47]. En los casos en que la ley señala una pena inferior o superior en uno o más grados a otra determinada, la pena inferior o superior se tomará de alguna de las siguientes Escalas Graduales en que se halle comprendida la pena determinada:*

#### *ESCALA NUMERO 1*

##### *Grados.*

- 1º. Reclusión mayor en su grado máximo.*
- 2º. Reclusión mayor en su grado medio.*
- 3º. Reclusión mayor en su grado mínimo.*
- 4º. Reclusión menor o reclusión nocturna o reclusión de fin de semana en su grado máximo.*
- 5º. Reclusión menor o reclusión nocturna o reclusión de fin de semana en su grado medio.*
- 6º. Reclusión menor o reclusión nocturna o reclusión de fin de semana en su grado mínimo.*

#### *ESCALA NUMERO 2*

##### *Grados.*

- 1º. Inhabilitación absoluta o especial en su grado máximo.*
- 2º. Inhabilitación absoluta o especial en su grado medio.*
- 3º. Inhabilitación absoluta o especial en su grado mínimo.*

*Artículo [48]. La designación de las penas que corresponda aplicar en los diversos casos en que la ley imponga la rebaja de uno o más grados, se hará con sujeción a las siguientes reglas:*

*Primera. La pena inferior en un grado es la que se encuentra señalada con el número correlativo en la correspondiente Escala Gradual.*

*Para determinar los grados inferiores, se bajará sucesivamente un grado en la escala correspondiente respecto de los comprendidos en cada uno de sus números.*

*Segunda. Cuando la pena que se señala al delito consta de dos o más grados, la pena inferior en un grado corresponde a la inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la ley.*

*Para determinar los grados inferiores, se observará lo prescrito en la regla anterior.*

*Tercera. Si al poner en práctica las reglas de este párrafo no resultare pena que imponer por falta de grados inferiores se aplicará la pena de multa de hasta cuatro unidades tributarias mensuales.*

*Artículo [49]. Cuando la designación se refiera a casos en que la ley imponga un aumento de uno o más grados, éste se hará conforme las siguientes reglas:*

*Primera. La pena superior en un grado es la que se encuentra señalada con el número correlativo en la Escala Gradual correspondiente.*

*Para determinar los grados superiores, se subirá sucesivamente un grado en la escala correspondiente respecto de los comprendidos en cada uno de sus números.*

*Segunda. Cuando la pena que se señala al delito consta de dos o más grados, la pena superior en un grado corresponde a la que resulta de aumentar en un grado cada uno de los que la componen.*

*Para determinar los grados superiores, se observará lo prescrito en la regla anterior.*

*Tercera. Faltando pena o grado superior, se aplicará la mitad superior del primer grado de la Escala Gradual correspondiente.*

*Artículo [50]. Si se designan para un delito penas alternativas, sea que se hallen comprendidas o no en la misma escala, no estará obligado el tribunal a imponer a todos los responsables las de la misma naturaleza.*

*Cuando se señalan al delito copulativamente penas comprendidas en ambas escalas o se agrega la multa a las de la misma escala, se aplicarán unas y otras con sujeción a las reglas señaladas en los artículos siguientes, a todos los responsables; pero cuando una de dichas penas se impone a uno de los responsables del crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás, no se hará extensiva a éstos. Si no resultare pena que imponer por no ser aplicable a alguno de los responsables las penas de inhabilitación, se impondrá la de reclusión nocturna en el grado correspondiente.*

#### *De la determinación de las penas temporales*

*Artículo [51]. A los autores e inductores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley.*

*Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado.*

*Artículo [52]. A los cómplices, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el delito.*

*Artículo [53]. A los autores, inductores o cómplices de crimen o simple delito frustrado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el autor o cómplice del respectivo delito consumado. A los que lo sean de tentativa, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados, atendidas las características concretas del hecho.*

*Artículo [54]. Las calidades y circunstancias que consistan en la disposición moral del sujeto, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, sólo surtirán el efecto de aumentar, disminuir o excluir la pena respecto de los autores,*

---

*inductores o cómplices en quienes concurren, sea que integren la descripción legal del hecho punible o que sólo constituyan circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.*

*Cuando tales calidades y circunstancias personales constituyan el fundamento de la ilicitud del hecho punible, a aquéllos partícipes en quienes no concurren, se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la que les correspondería según las reglas generales, siempre que hayan tenido conocimiento de ellas antes o en el momento de la ejecución o de su cooperación para el delito.*

*Las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, surtirán efecto únicamente respecto de los que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la ejecución o de su cooperación para el delito.*

*Artículo [55]. En todo caso, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de los señalados por la ley para los responsables del delito, cuando el hecho no fuere del todo excusable conforme los respectivos casos de que trata el artículo [6] y fuere aplicable lo dispuesto en el artículo [7] N° 1, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendida la naturaleza y entidad de los requisitos que falten o concurren.*

*Artículo [56]. Determinada la pena señalada por la ley para cada delito conforme las disposiciones anteriores, su individualización judicial se hará siguiendo las siguientes reglas:*

*Primera. Si no concurren circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal o si concurren una o más atenuantes y una o más agravantes, el Tribunal impondrá la pena establecida legalmente, pudiendo recorrerla en toda su extensión;*

*Segunda. Si concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, se impondrá la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de la señalada en la ley;*

*Tercera. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, deberá aplicarse la pena en su máximo, si ella consistiere en un solo grado, o excluirse el grado mínimo, si se tratare de pena compuesta de dos o más grados.*

*El máximo de la pena consiste en el tramo correspondiente a la mitad superior del tiempo de su duración.*

*Con todo, si concurriere una sola circunstancia agravante y ninguna atenuante, o una sola agravante y dos o más atenuantes, podrá todavía no aplicarse lo prescrito en esta regla o, atendida la entidad y naturaleza de las circunstancias concurrentes, imponerse fundadamente la pena inferior en un grado al mínimo del señalado en la ley.*

*Cuarta. En los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez.*

*Quinta. Dentro de los límites que resulten de la aplicación de las reglas precedentes, el tribunal determinará la cuantía de la pena a imponer atendiendo a la entidad y naturaleza de las circunstancias concurrentes y a la importancia y extensión del mal causado por el delito.*

## B. Fundamento

El texto correspondiente a las “disposiciones generales” para la determinación de las penas, recoge los principios y acuerdos del Foro señalados en el **Fundamento** del sistema de penas propuesto; en tanto que las reglas para su determinación legal (arts. 50 a 53), los acuerdos producidos tanto en las sesiones del Foro del año 2002, como los derivados de las discusiones en torno a las Unidades relativas al *iter criminis* y la *participación criminal*.

En cuanto al texto correspondiente a las reglas de *individualización judicial de la pena*, corresponde a la propuesta de la Comisión Künsemüller-Figueroa-Mera, modificándose únicamente su orden y adoptando las decisiones que quedaron pendientes en la discusión del Foro, incluyéndose el actual art. 72 como regla *cuarta*.

En general, sólo se introducen variaciones de estilo y armonización a los textos ya discutidos por el Foro, a saber:

- En las escalas graduales, se elimina la multa, porque no se trata de una pena temporal y su aplicación como última pena se encuentra prevista en el artículo siguiente [47].
- las reglas del actual art. 61 Cp se dividen en tres artículos ([47] a [49]), para facilitar su comprensión.

## C. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro

### TÍTULO IV DE LAS PENAS

...

#### § 4 De las reglas para la aplicación de las penas

##### *Disposiciones generales*

**Artículo 36.** Las penas temporales constan de tres grados, mínimo, medio y máximo, cuya extensión se determina en la siguiente:

TABLA DEMOSTRATIVA

<b>PENAS</b>	<b>Tiempo que comprende toda la pena</b>	<b>Tiempo de su grado mínimo</b>	<b>Tiempo de su grado medio</b>	<b>Tiempo de su grado máximo</b>
<b>Reclusión mayor</b>	De cinco años y un día a veinte años	De cinco años y un día a diez años	De diez años y un día a quince años	De quince años y un día a veinte años
<b>Reclusión menor</b>	De sesenta y un días a cinco años	De sesenta y uno a quinientos cuarenta días	De quinientos cuarenta y un días a tres años	De tres años y un día a cinco años

**Comisión Foro Penal**  
**Secretaría Técnica**

<b>Reclusión nocturna y reclusión de fin de semana</b>	De sesenta y un días a tres años	De sesenta y un días a un año	De un año y un día a dos años	De dos años y un día a tres años
<b>Inhabilitaciones</b>	De un año a cinco años	De uno a dos años.	De dos años y un día a tres años	De tres años y un día a cinco años

**Artículo 37.** Cada grado de una pena temporal constituye pena distinta.

**Artículo 38.** En los casos en que la ley señala una pena compuesta de dos o más distintas, cada una de éstas forma un grado de penalidad, la más leve de ellas el mínimo y la más grave el máximo.

**Artículo 39.** En los casos en que la ley señala una pena inferior o superior en uno o más grados a otra determinada, la pena inferior o superior se tomará de alguna de las siguientes Escalas Graduales en que se halle comprendida la pena determinada:

**ESCALA NÚMERO 1**

*Grados.*

- 1°. Reclusión mayor en su grado máximo.
- 2°. Reclusión mayor en su grado medio.
- 3°. Reclusión mayor en su grado mínimo.
- 4°. Reclusión menor en su grado máximo.
- 5°. Reclusión menor en su grado medio.
- 6°. Reclusión menor en su grado mínimo.

**ESCALA NÚMERO 2**

*Grados.*

- 1°. Reclusión nocturna o reclusión de fin de semana en su grado máximo.
- 2°. Reclusión nocturna o reclusión de fin de semana en su grado medio.
- 3°. Reclusión nocturna o reclusión de fin de semana en su grado mínimo.

**ESCALA NUMERO 3**

*Grados.*

- 1°. Inhabilitación absoluta o especial en su grado máximo.
- 2°. Inhabilitación absoluta o especial en su grado medio.
- 3°. Inhabilitación absoluta o especial en su grado mínimo.

**Artículo 40.** La designación de las penas que corresponda aplicar en los diversos casos en que la ley imponga la rebaja de uno o más grados, se hará con sujeción a las siguientes reglas:

*Primera.* La pena inferior en un grado es la que se encuentra señalada con el número correlativo en la correspondiente Escala Gradual.

Para determinar los grados inferiores, se bajará sucesivamente un grado en la escala correspondiente respecto de los comprendidos en cada uno de sus números

*Segunda.* Cuando la pena que se señala al delito consta de dos o más grados, la pena inferior en un grado corresponde a la inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la ley.

Para determinar los grados inferiores, se observará lo prescrito en la regla anterior. *Tercera.* Si al poner en práctica las reglas de este párrafo no resultare pena que imponer por falta de grados inferiores se aplicará la pena de multa de hasta cuatro unidades tributarias mensuales.

**Artículo 41.** Cuando la designación se refiera a casos en que la ley imponga un aumento de uno o más grados, éste se hará conforme a las siguientes reglas:

*Primera.* La pena superior en un grado es la que se encuentra señalada con el número correlativo en la Escala Gradual correspondiente.

Para determinar los grados superiores, se subirá sucesivamente un grado en la escala correspondiente respecto de los comprendidos en cada uno de sus números.

*Segunda.* Cuando la pena que se señala al delito consta de dos o más grados, la pena superior en un grado corresponde a la que resulta de aumentar en un grado cada uno de los que la componen.

Para determinar los grados superiores, se observará lo prescrito en la regla anterior. *Tercera.* Faltando pena o grado superior, se aplicará la mitad superior del primer grado de la Escala Gradual correspondiente.

**Artículo 42.** Si se designan para un delito penas alternativas, sea que se hallen comprendidas o no en la misma escala, no estará obligado el tribunal a imponer a todos los responsables las de la misma naturaleza.

Cuando se señalan al delito copulativamente penas comprendidas en cualquiera de las tres escalas o se agrega la multa a las de la misma escala, se aplicarán unas y otras con sujeción a las reglas señaladas en los artículos siguientes, a todos los responsables. Si no resultare pena que imponer por no ser aplicable a alguno de los responsables las penas de inhabilitación, se impondrá la de reclusión nocturna en el grado correspondiente.

#### *De la determinación de las penas temporales*

**Artículo 43.** A los autores e inductores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley.

Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado.

**Artículo 44.** A los cómplices, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el delito.

**Artículo 45.** A los autores, inductores o cómplices de crimen o simple delito frustrado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el autor, inductor o cómplice del respectivo delito consumado. A los que lo sean de tentativa, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados, atendidas las características concretas del hecho.

**Artículo 46.** Las calidades y circunstancias que consistan en la disposición moral del sujeto, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, sólo surtirán el efecto de aumentar, disminuir o excluir la pena respecto de los autores, inductores o cómplices en quienes concurran, sea que integren la descripción legal del hecho punible o que sólo constituyan circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Cuando tales calidades y circunstancias personales constituyan el fundamento de la ilicitud

del hecho punible, a aquéllos partícipes en quienes no concurren, se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la que les correspondería según las reglas generales, siempre que hayan tenido conocimiento de ellas antes o en el momento de la realización o de su cooperación para el delito.

Las circunstancias que consistan en la realización material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, surtirán efecto únicamente respecto de los que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la realización o de su cooperación para el delito.

**Artículo 47.** En todo caso, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de los señalados por la ley para los responsables del delito, cuando sea aplicable lo dispuesto en el artículo 7 N° 1, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendida la naturaleza y entidad de los requisitos que falten o concurren.

**Artículo 48.** Determinada la pena señalada por la ley para cada delito conforme a las disposiciones anteriores, su individualización judicial se hará siguiendo las siguientes reglas:

*Primera.* Si no concurren circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, el Tribunal impondrá la pena establecida legalmente, pudiendo recorrerla en toda su extensión. Concurriendo unas y otras, las compensará racionalmente, atendiendo a su entidad y naturaleza, para la aplicación de las reglas de este artículo.

*Segunda.* Si concurre una sola circunstancia atenuante y ninguna agravante, no podrá imponerse el *máximum* de la pena, si consta de un grado, o su grado máximo, si es compuesta, y podrá aplicarse la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada en la ley.

Si concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de la señalada en la ley;

*Tercera.* Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, deberá aplicarse la pena en su *máximum*, si ella consistiere en un solo grado, o excluirse el grado mínimo, si se tratare de pena compuesta de dos o más grados. Para los efectos de las dos reglas anteriores, el *máximum* de la pena consiste en el tramo correspondiente a la mitad superior del tiempo de su duración.

*Cuarta.* En los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez.

*Quinta.* Dentro de los límites que resulten de la aplicación de las reglas precedentes, el tribunal determinará la cuantía de la pena a imponer atendiendo a la entidad y naturaleza de las circunstancias concurrentes y a la importancia y extensión del mal causado por el delito.

**Artículo 49.** No producirán el efecto de incrementar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.



*De la multa, su modo de determinarla y de la ejecución de las responsabilidades pecuniarias en general*

**Artículo 50.** Cuando la ley impone multas cuyo cómputo debe hacerse en relación a cantidades indeterminadas, nunca podrán aquéllas exceder de un mil unidades tributarias mensuales.

La expresión "unidad tributaria mensual" en cualquiera otra disposición de este Código, de los de procedimientos y demás leyes penales especiales significa una unidad tributaria mensual vigente a la fecha de comisión del delito, y tratándose de multas, en el valor equivalente que tenga la unidad tributaria mensual al momento de su pago, el que deberá hacerse en pesos.

**Artículo 51.** En la aplicación de las multas el tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable. Asimismo en casos calificados, y considerando especialmente la circunstancia anterior, el juez podrá imponer una multa inferior al monto señalado en la ley, lo que deberá fundamentar en la sentencia.

**Artículo 52.** Tanto en la sentencia como en su ejecución el Tribunal podrá, atendidas las circunstancias, autorizar al afectado para pagar las multas por parcialidades, dentro de un límite que no exceda del plazo de un año. El no pago de una sola de las parcialidades hará exigible el total de la multa adeudada.

Si después de dictada la sentencia, el penado cayere en situación de insolvencia o empeorare su fortuna, el Tribunal, excepcionalmente y luego de acreditar fehacientemente la capacidad económica de aquél, podrá reducir la magnitud de las cuotas.

**Artículo 53.** Si los bienes del condenado no fueren bastantes para cubrir las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas en el orden siguiente:

- 1° La reparación del daño causado e indemnización de perjuicios;
- 2° Las costas procesales y personales; y
- 3° La multa.

En caso de quiebra, estos créditos se graduarán separadamente y gozarán de la preferencia que señala el número 1 del art. 2472 del Código Civil.

**Artículo 54.** El producto de las multas, ya sea que se impongan por sentencia o que resulten de un Decreto que conmuta alguna pena, ingresará en una cuenta fiscal, especial, contra la cual sólo podrá girar el Ministerio de Justicia, para alguno de los siguientes fines, y en conformidad al Reglamento que para tal efecto dictará el Presidente de la República:

- 1°. Creación, instalación y mantenimiento de establecimientos penitenciarios;
- 2°. Mantenimiento de los servicios del Patronato Nacional de Reos y de otras instituciones con finalidades similares.

La misma regla señalada en el inciso anterior se aplicará respecto de los dineros que caigan en comiso y del producto de la enajenación en subasta pública de las demás especies decomisadas, la cual se deberá efectuar por la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, o la Dirección General de Crédito Prendario, en su caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 469 del Código Procesal Penal.

---

**D. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Conforme a lo aprobado en el art. 8º propuesto, se agrega la regla de la inherencia (actual art. 63 Cp), como regla general para la determinación judicial de la pena, como artículo 49, nuevo.
2. En el art. 44 propuesto (que pasa a ser 36), se alteran las duraciones de las penas de reclusión nocturna y reclusión de fin de semana, reduciéndolas a grados de un año entre 61 días y tres años, en el entendido que su cumplimiento por un período superior, atendido el carácter voluntario de la presentación al establecimiento correspondiente, no puede preverse racionalmente para un tiempo superior
3. En sentido inverso, se entiende que una inhabilitación de 61 días resulta poco apropiada para cumplir las finalidades de la pena, elevándose, en consecuencia, sus grados mínimo y medio, partiendo de un año aquél y de tres éste.
4. Concordante con las dos anteriores modificaciones, se agrega una Escala N° 2 al artículo 47 (que pasa a ser 39), para comprender en ella las reclusiones nocturna y de fin de semana, atendida su diversa duración y naturaleza frente a la reclusión menor.
5. En el art. 50 propuesto (que pasa a ser 42), se elimina la frase “pero cuando una de dichas penas se impone a uno de los responsables del crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás, no se hará extensiva a éstos”, por comprenderse en el nuevo art. 54 propuesto (que pasa a ser 46).
6. En cuanto a las reglas de determinación judicial de la pena (art. 56, que pasa a ser 48):
  - a) Se vuelve al sistema de la compensación racional para el caso de concurrencia de atenuantes y agravantes, por las dificultades que presentaba el texto propuesto;
  - b) En cuanto a los efectos de las atenuantes, se distingue el caso de concurrir una sola (impide aplicar el maximum, permite rebajar en un grado); frente al de concurrir dos o más (rebaja obligatoria, en uno o dos grados).
7. Se agrega un apartado que comprende toda la regulación de la multa, su modo de determinarla y de ejecutarla (arts. 50 a 54 nuevos), que refurnden las disposiciones contenidas en los propuestos artículos 37 a 41 y 75 y 76, con las modificaciones acordadas por el Foro (particularmente, la eliminación del trabajo voluntario como sustituto para la pena de multa).

**Tema 5. Concurso de delitos**

**A. Texto propuesto**

*Título IV*

*DE LAS PENAS*

*§ 4 De las reglas para la aplicación de las penas temporales*

...

*Artículo [57]. Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a cada uno de ellos, principiando su ejecución por las más graves,*

*según las respectivas escalas.*

*No obstante lo anterior, la aplicación de esta regla no podrá llevar a imponer una pena superior en tres (dos) grados a la correspondiente al delito más grave, determinada conforme las disposiciones anteriores, o a 40 (treinta) años de reclusión, si éste tuviese asignada la pena de reclusión mayor en su grado máximo.*

## B. Fundamento

Conforme se señala por J.P. Matus en su *Comentario preliminar al art. 74 Cp*, “la regulación concursal actual, basada en la distinción entre unidad y pluralidad de hechos, puede ser perfeccionada si se analiza su origen, una suerte de “transacción” entre las doctrinas de la **acumulación** pura y las de la **absorción** pura, dominantes en el período pre-codificado (Matus 1996:280 nota 692), y la evolución de nuestra propia legislación, que ha establecido numerosas excepciones al régimen concursal común, lo que nos indica claramente la “insatisfacción” que produce el sistema de simple **acumulación material**, que se encuentra en la base de nuestro régimen concursal. Por tanto, es posible postular un régimen concursal que, dejando a salvo los casos de unidad jurídica de delito (que dependen del sentido de las normas jurídicas y no de una regla concursal), dé una respuesta unitaria basada en la **acumulación jurídica** de penas a la realización múltiple de los presupuestos de uno o varios tipos legales que, con independencia de la unidad y pluralidad de hechos realizados, permita tomar en cuenta la mayor intensidad en el daño causado por esa reiteración, y evite, al mismo tiempo, los absurdos a que puede llevar la aplicación mecánica del régimen de simple acumulación material. Una guía en ese sentido pueden ofrecer las disposiciones de los arts. 509 Cpp 1906 y 351 Cpp 2000, cuyo alcance como reglas concursales generales debiera ser tomado en consideración en una futura reforma penal. En cuanto al concurso aparente de leyes, la mejor regulación posible es “no regularlo mediante la introducción de un artículo en la parte general, sino evitarlo, mediante una cuidadosa redacción de las figuras de la parte especial”, pues los problemas de interpretación que dichas disposiciones generan son mayores que los que pretenden resolver<sup>177</sup>”.

## C. Observaciones recibidas

### a) *Para regular el concurso de penas, de la Prof. Silvia Peña*

“Las tres variantes del art. 53 discurren sobre la base de penas de la misma naturaleza (privativas de libertad), pero de distinta gravedad. Así, deja sin resolver los casos en que los delitos cometidos estén castigados con penas de distinta naturaleza, por ejemplo, penas privativas de libertad y penas pecuniarias, como también aquéllos de concurso homogéneo (sea ideal o real), en que la pena es la misma para todos los delitos (por ejemplo, un mismo delito de conducción en estado de ebriedad produce la muerte de varias personas; o bien, el padre que sucesivamente mata a su mujer e hijos).”

---

<sup>177</sup> Matus: *El concurso (aparente) de leyes en la reforma penal latinoamericana*, en RCHD vol. 24 N° 3 (1997), 442)

**b) Para establecer un sistema de acumulación jurídica corregido, del Prof. Luis Ortiz**

“Se proponen tres alternativas diversas, ninguna de las cuales resulta satisfactoria a nuestro juicio, cuando el procesado ha cometido un delito muy grave acompañado de un simple delito con pena baja. En todas estas situaciones la pena aplicable es mucho mayor que la suma aritmética de las penas que correspondería aplicar por cada una de las infracciones cometidas.

Creemos que la versión más aceptable es la c) que consagra el sistema de acumulación jurídica, pero propondría agregarle, lo siguiente:

“La pena final no podrá exceder la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones”

Con el agregado anterior se recogería expresamente la norma contenida en el art. 509 del Código de Procedimiento Penal y 351 del Código Procesal Penal, pero aplicable a toda clase de crímenes o simples delitos y no sólo a aquéllos que puedan ser considerados de una misma especie.

**D. Propuesta de redacción recibida**

**a) Para establecer un sistema de acumulación jurídica limitado, del Prof. Luis Ortiz**

*Art. 53. Al culpable de dos o más delitos se le condenará como responsable de todos ellos, pero sólo se le impondrá la pena mayor del delito más grave, aumentada en uno o dos grados, según la naturaleza y número de los delitos concurrentes.*

*La pena final no podrá exceder la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.*

**E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

*Del concurso de delitos*

**Artículo 55.** Al culpable de dos o más delitos se le condenará como responsable de todos ellos. No obstante, si los delitos concurrentes tuvieren penas comprendidas en las Escalas Graduales números 1 y 2, respecto de éstas sólo se impondrá la mayor asignada al delito más grave, pudiendo aumentarse en uno o dos grados, según la naturaleza y número de los delitos; en estos casos, la pena impuesta no podrá exceder de la que correspondería aplicar si se penaran separadamente

**F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Después de analizar diversas alternativas de acumulación material y jurídica, se acoge la observación de Luis Ortiz, en orden a establecer un sistema general de acumulación jurídica para las penas de reclusión, reclusión nocturna y reclusión de fin de semana, similar al del actual art. 351 del Código Procesal Penal, pero sin la limitación de su alcance a delitos de

*la misma especie.* Además, el Foro estuvo por establecer como imperativo en tales casos únicamente la imposición de la pena mayor asignada al delito más grave, facultando al tribunal para aumentarla en uno o dos grados, y siempre con la limitación de que dicha pena no puede exceder de la resultante de la simple acumulación material de las correspondientes a los delitos cometidos. Para el resto de las penas, se mantiene el sistema de acumulación material.

**Tema 6. Supensión, sustitución y ejecución de las penas (medidas alternativas a la privación de libertad y libertad condicional)**

**A. Texto propuesto**

*Título IV*

*DE LAS PENAS*

*§ 4 De las reglas para la aplicación de las penas temporales*

...

*De la suspensión de la imposición de la condena*

*Artículo [58]. Tratándose de simples delitos, respecto de los cuales resultare mérito para imponer una pena que no excediere de la de reclusión menor en su grado medio, pero concurrieren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable su imposición, el juez podrá suspender la dictación de la sentencia por un plazo de un año.*

*Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Acreditada la presentación del nuevo requerimiento o formalización de la investigación, el Tribunal dictará la sentencia condenatoria cuya dictación su hubiese suspendido.*

*En todo caso, la suspensión de la imposición de la condena o el sobreseimiento que se dicte como consecuencia de la misma, no afectará la responsabilidad civil derivada del delito.*

*De la sustitución de las penas cortas privativas de libertad*

*Artículo [59]. Las penas temporales cuya imposición no hubiese sido suspendida conforme al artículo anterior, y que al determinarse judicialmente no excedan de cinco años de reclusión menor, reclusión nocturna, o reclusión de fin de semana, podrán sustituirse, por alguna de las siguientes:*

*a) Multa, en el caso previsto en el art. 395 del Código Procesal Penal;*

- b) Remisión condicional de la pena;
- c) Libertad vigilada.

*Artículo [60]. La remisión condicional de la pena consiste en la sustitución de ésta por una discreta observación y asistencia al condenado por la autoridad administrativa durante el tiempo de la pena primitivamente impuesta.*

*Artículo [61]. La libertad vigilada consiste en sustituir la pena privativa de libertad inicialmente impuesta por un régimen de libertad a prueba que tenderá a un tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado, durante el tiempo de la primitiva condena.*

*Artículo [62]. La remisión condicional de la pena se decretará:*

*1º. Si la sentencia condenatoria impusiere penas por la comisión de simples delitos que no excedieren de tres años de reclusión menor, reclusión nocturna, o reclusión de fin de semana; y*

*2º. Si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir al Juez que no volverá a delinquir, sin necesidad de un tratamiento intensivo e individualizado. No será motivo suficiente para rechazar la remisión condicional la existencia de una condena anterior por falta o simple delito.*

*Al condenado cuya pena se haya sustituido por la de remisión condicional no se le impondrá otra obligación que la de presentarse una vez al mes ante la Sección del Medio Libre de Gendarmería de la ciudad en que tenga su domicilio, a fin de informar acerca de su libertad y recibir consejos y orientaciones respecto de oportunidades laborales y educacionales de que el servicio tenga conocimiento. La Sección del Medio Libre de Gendarmería informará cada seis meses al Tribunal competente para el control de la ejecución de esta medida.*

*La remisión condicional de la pena sólo podrá ser revocada por el Tribunal competente si durante el período de su cumplimiento, el remitido fuere condenado por sentencia firme por la comisión de un nuevo crimen o simple delito.*

*Artículo [63]. La libertad vigilada se decretará:*

*1º. Si la sentencia condenatoria impusiere penas por la comisión de crímenes o simples delitos que en total no superaren los cinco años de reclusión, reclusión nocturna, o reclusión de fin de semana; o*

*2º. Si aparece como innecesaria la ejecución efectiva de la pena; y*

*3º. Si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al delito y las modalidades y móviles del mismo permiten presumir al Tribunal que no volverá a delinquir, si es sometido a un régimen de libertad a prueba.*

*En todos los casos, el Tribunal sólo podrá sustituir la pena inicialmente impuesta por la de libertad vigilada previa presentación de un informe presentencial favorable, según lo dispuesto en el Reglamento respectivo.*

*El liberto bajo vigilancia quedará sujeto a las obligaciones que le imponga su tratamiento en libertad, según el informe presentencial elaborado al efecto, las que sólo podrán consistir en alguna o algunas de las siguientes:*

*1.- Residir en un lugar determinado.*

*2.- Sujeción a la supervisión y orientación permanentes de un delegado de libertad*

*vigilada, el que podrá disponer la concurrencia a servicios, charlas u otras actividades de utilidad para el tratamiento del condenado, y*

*3.- Ejercer una profesión, oficio o empleo de su elección, remunerado o por cuenta propia, dentro del plazo y con las modalidades que determine el delegado de libertad vigilada.*

*La medida de libertad vigilada sólo podrá revocarse si durante el tiempo de su cumplimiento el liberto bajo vigilancia es condenado por sentencia firme por la comisión de un nuevo crimen o simple delito; o incumple grave y reiteradamente las condiciones impuestas. En ningún caso se considerará incumplimiento grave la sola acumulación de atrasos en la asistencia a un establecimiento educacional, a su lugar de trabajo o a cualquiera otra actividad periódica programada por el delegado de libertad vigilada.*

*Artículo [64]. Revocada la remisión condicional de la pena o la libertad vigilada, el Tribunal decretará el cumplimiento del resto de la pena inicialmente impuesta, descontado el tiempo en que el condenado cumplió con las condiciones de la remisión condicional o de la libertad vigilada, en su caso.*

*Si al condenado se le hubiese impuesto inicialmente una pena de reclusión menor, ésta podrá sustituirse por la de reclusión nocturna por todo el tiempo restante de la condena.*

*Además, para el cómputo del tiempo que restare por cumplir, se estará a lo dispuesto en el Art. 25.*

## *§ 5 De la ejecución de las penas*

### *De la ejecución de las penas temporales*

*Artículo [65]. No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada.*

*Artículo [66]. Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.*

*Se observará también además de lo que dispone la ley, lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas, acerca de los castigos disciplinarios, de la naturaleza, tiempo y demás circunstancias de los trabajos, de las relaciones de los penados con otras personas, de los socorros que pueden recibir y del régimen alimenticio.*

*En los reglamentos sólo podrán imponerse como castigos disciplinarios, el encierro en celda solitaria e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal por un tiempo que no exceda de un mes, u otros de menor gravedad.*

*La repetición de estas medidas deberá comunicarse antes de su aplicación al juez del lugar de reclusión, quien sólo podrá autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas para resguardar la seguridad e integridad, del detenido o preso.*

*Artículo [67]. Si después de cometido el delito cayere el delincuente en estado de locura o demencia, se observarán las reglas establecidas en los Códigos de Procedimiento.*



---

*Artículo [68]. Los condenados a penas privativas de libertad cumplirán sus condenas en la clase de establecimientos carcelarios que corresponda en conformidad al Reglamento respectivo.*

*Artículo [69]. Los menores de veintiún años y las mujeres cumplirán sus condenas en establecimientos especiales. En los lugares donde éstos no existan, permanecerán en los establecimientos carcelarios comunes, convenientemente separados de los condenados adultos y varones, respectivamente.*

*Artículo [70]. El producto del trabajo de los condenados a reclusión será destinado:*

- 1.- A indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen.*
- 2.- A proporcionarles alguna ventaja o alivio durante su detención, si lo merecieren.*
- 3.- A hacer efectiva la responsabilidad civil de aquéllos proveniente del delito.*
- 4.- A formarles un fondo de reserva que se les entregará a su salida del establecimiento penal.*

### *De la libertad condicional*

*Artículo [71]. La libertad condicional es un derecho de todo condenado a reclusión, reclusión nocturna o reclusión de fin de semana, que consiste en un modo particular de hacerla cumplir en libertad, bajo las condiciones y requisitos establecidos en la ley y en el respectivo Reglamento.*

*Se concederá la libertad condicional a todo condenado a reclusión, reclusión nocturna o reclusión de fin de semana que haya cumplido la mitad del tiempo impuesto en su condena y hubiera observado buena conducta en el establecimiento penitenciario en que la haya servido.*

*Artículo [72]. La concesión y control del cumplimiento de las condiciones impuestas, quedará a cargo del Tribunal competente en materia criminal en el lugar donde el condenado se encuentre cumpliendo su pena.*

*Dos meses antes de que se cumpla la mitad del tiempo impuesto por la condena de cualquier condenado a su cargo, la autoridad penitenciaria comunicará al Tribunal competente de este hecho, adjuntando un informe detallado sobre su comportamiento en el centro de reclusión correspondiente, junto copia los registros en que dicho informe se basa. Recibido dicho informe, el Tribunal citará a una audiencia a realizarse el mes anterior a aquél en que el condenado a que se refiere cumpla la mitad del tiempo de su condena. En la audiencia respectiva el Tribunal escuchará al condenado, a un representante de la autoridad penitenciaria, y a uno del Ministerio Público, en su caso, procediendo inmediatamente después a decretar o denegar la libertad condicional del condenado.*

*La resolución que deniegue la libertad condicional será siempre apelable.*

*Artículo [73]. Concedida la libertad condicional, el liberto quedará sometido, junto con la obligación de presentarse una vez al mes ante la Sección del Medio Libre de Gendarmería de Chile, a algunas de las siguientes condiciones, que determinará el tribunal correspondiente, según las circunstancias personales y familiares del condenado:*



- 
- 1º) *No salir del lugar de su residencia, sin previa autorización del Tribunal;*
  - 2º) *Asistir con provecho a un establecimiento educacional; y*
  - 3º) *Desempeñar un trabajo remunerado o por cuenta propia a su elección.*
- El tiempo de cumplimiento de las condiciones impuestas no será inferior a sesenta días ni superior a tres años, si la condena que se cumple en libertad es de reclusión menor o reclusión nocturna; ni inferior a tres años o superior a cinco, si es de reclusión mayor.*

*Artículo [74]. Cumplido el tiempo de libertad condicional fijado por el Tribunal, sin que ésta se haya revocado, el Tribunal declarará cumplida la pena, cualquiera fuere su duración original.*

*La revocación de la libertad condicional podrá decretarse judicialmente sólo en alguno de los siguientes casos:*

- 1º) *Si el liberto ha sido condenado por sentencia firme, por un crimen o simple delito cometido durante el período de cumplimiento de su sentencia; y*
- 2º) *Si el liberto ha incumplido de manera grave y reiterada las condiciones impuestas. En ningún caso se considerará incumplimiento grave la sola acumulación de atrasos en la asistencia a un establecimiento educacional o a su lugar de trabajo.*

*La revocación de la libertad condicional obliga al condenado a cumplir en prisión el resto de la pena que no hubiese cumplido recluido o en libertad hasta el momento de la ejecutoria de la resolución revocatoria.*

#### *De la ejecución de las responsabilidades pecuniarias*

*Artículo [75]. Si ejecutado judicialmente el culpable, sus bienes no fueren bastantes para cubrir las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas en el orden siguiente:*

- 1º *La reparación del daño causado e indemnización de perjuicios;*
- 2º *Las costas procesales y personales; y*
- 3º *La multa.*

*En caso de concurso o quiebra, estos créditos se graduarán separadamente y gozarán de la preferencia que señala el número 1 del art. 2472 del Código Civil.*

*Artículo [76]. El producto de las multas, ya sea que se impongan por sentencia o que resulten de un Decreto que conmuta alguna pena, ingresará en una cuenta fiscal, especial, contra la cual sólo podrá girar el Ministerio de Justicia, para alguno de los siguientes fines, y en conformidad al Reglamento que para tal efecto dictará el Presidente de la República:*

- 1º. *Creación, instalación y mantenimiento de establecimientos penales y de reeducación de antisociales;*
- 2º. *Creación de Tribunales e instalación, mantenimiento y desarrollo de los servicios judiciales, y*
- 3º. *Mantenimiento de los Servicios del Patronato Nacional de Reos.*

*La misma regla señalada en el inciso anterior se aplicará respecto, de los dineros que caigan en comiso y del producto de la enajenación en subasta pública de las demás especies decomisadas, la cual se deberá efectuar por la Dirección de Aprovisionamiento*

*del Estado, o la Dirección General de Crédito Prendario, en su caso, conforme lo dispuesto en el artículo 469 del Código Procesal Penal.*

*Las disposiciones de los dos incisos anteriores no son aplicables a las multas señaladas en el artículo 483 b.*

*El producto de las multas y comisos derivados de faltas y contravenciones, se aplicará a fondos de la Municipalidad correspondiente al territorio donde se cometió el delito que se castiga.*

## **B. Fundamento**

Al igual que en el Tema sobre determinación de la pena, el texto aquí propuesto recoge los principios y acuerdos del Foro señalados en el **Fundamento** del Tema “sistema de penas”, particularmente en lo relativo al tratamiento que corresponde dar a las actuales medidas alternativas a la privación de libertad (remisión condicional y libertad vigilada), pasando de ser formas de suspensión a auténticos sustitutos de la pena; y a la incorporación del instituto de la libertad condicional al texto punitivo.

Además, se propone introducir como regla general la *suspensión de la imposición de la condena* consagrada en el actual art. 398 CPP 2000, extendiéndose su aplicación a cualquier clase de procedimiento (actualmente, se limita al *simplificado*).

## **C. Observaciones recibidas**

No se recibieron

## **D. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

### **TÍTULO IV DE LAS PENAS**

...

#### *§ 5 De la suspensión de la imposición de la condena y de la sustitución de las penas impuestas*

##### *De la suspensión de la imposición de la condena*

**Artículo 56.** Tratándose de simples delitos, respecto de los cuales resultare mérito para imponer una pena que no excediere de la de reclusión menor en su grado medio, pero concurrieren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable su imposición, el juez podrá suspender la dictación de la sentencia por un plazo de un año.

Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Acreditada la presentación del nuevo requerimiento o formalización de la investigación, el Tribunal dictará la sentencia condenatoria cuya dictación su hubiese suspendido.

En todo caso, la suspensión de la imposición de la condena o el sobreseimiento que se dicte como consecuencia de la misma, no afectará la responsabilidad civil derivada del delito.

*De la sustitución de las penas cortas privativas de libertad*

**Artículo 57.** Las penas temporales cuya imposición no hubiese sido suspendida conforme al artículo anterior, y que al determinarse judicialmente no excedan de cinco años de reclusión menor, reclusión nocturna, o reclusión de fin de semana, podrán sustituirse, por alguna de las siguientes:

- a) Multa, en el caso previsto en el art. 395 del Código Procesal Penal;
- b) Remisión condicional;
- c) Libertad vigilada.

**Artículo 58.** La remisión condicional consiste en la sustitución de la pena primitivamente impuesta por una discreta observación y asistencia al condenado por la autoridad administrativa durante el tiempo de la pena primitivamente impuesta.

**Artículo 59.** La libertad vigilada consiste en sustituir la pena privativa de libertad inicialmente impuesta por un régimen de libertad a prueba que tenderá a un tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado, durante el tiempo de la primitiva condena.

**Artículo 60.** La remisión condicional se decretará:

- 1º. Si la sentencia condenatoria impusiere penas por la comisión de simples delitos que no excedan de tres años de reclusión menor, reclusión nocturna, o reclusión de fin de semana;
- 2º. Si el condenado no lo hubiere sido anteriormente por delito; y
- 3º. Si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir al Juez que no volverá a delinquir, sin necesidad de un tratamiento intensivo e individualizado.

Al condenado cuya pena se haya sustituido por la de remisión condicional no se le impondrá otra obligación que la de presentarse una vez al mes ante la Sección del Medio Libre de Gendarmería de la ciudad en que tenga su domicilio, a fin de informar acerca de su libertad y recibir consejos y orientaciones respecto de oportunidades laborales y educacionales de que el servicio tenga conocimiento. La Sección del Medio Libre de Gendarmería informará cada seis meses al tribunal competente para el control de la ejecución de esta pena.

La remisión condicional de la pena sólo podrá ser revocada por el tribunal competente si durante el período de su cumplimiento, el condenado lo fuere nuevamente por la comisión de otro delito.

**Artículo 61.** La libertad vigilada se decretará:

- 1º. Si la sentencia condenatoria impusiere penas por la comisión de crímenes o simples delitos que en total no superen los cinco años de reclusión, reclusión nocturna, o reclusión de fin de semana;
- 2º. Si el condenado no lo hubiere sido anteriormente por delito;
- 3º. Si aparece como innecesaria la ejecución efectiva de la pena; y
- 4º. Si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al delito

y las modalidades y móviles del mismo permiten presumir al tribunal que no volverá a delinquir, si es sometido a un régimen de libertad a prueba.

En todos los casos, el tribunal sólo podrá sustituir la pena inicialmente impuesta por la de libertad vigilada previa presentación de un informe presentencial favorable, según lo dispuesto en el Reglamento respectivo.

El condenado a libertad vigilada quedará sujeto a las obligaciones que le imponga su tratamiento, según el informe presentencial elaborado al efecto, las que sólo podrán consistir en alguna o algunas de las siguientes:

1.- Residir en un lugar determinado.

2.- Sujeción a la supervisión y orientación permanentes de un delegado de libertad vigilada, el que podrá disponer la concurrencia a servicios, charlas u otras actividades de utilidad para el tratamiento del condenado, y

3.- Ejercer una profesión, oficio o empleo de su elección, remunerado o por cuenta propia, dentro del plazo y con las modalidades que determine el delegado de libertad vigilada.

La libertad vigilada sólo podrá revocarse si durante el tiempo de su cumplimiento el condenado lo es nuevamente por la comisión de otro delito; o incumple grave y reiteradamente las condiciones impuestas. En ningún caso se considerará incumplimiento grave la sola acumulación de atrasos en la asistencia a un establecimiento educacional, a su lugar de trabajo o a cualquiera otra actividad periódica programada por el delegado de libertad vigilada.

**Artículo 62.** Revocada la remisión condicional o la libertad vigilada, el tribunal decretará el cumplimiento del resto de la pena inicialmente impuesta, descontado el tiempo en que el condenado cumplió con las condiciones de la remisión condicional o de la libertad vigilada, en su caso.

#### *§ 5 De la ejecución de las penas temporales*

**Artículo 63.** No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada. En su ejecución, se respetarán siempre las limitaciones impuestas por la dignidad del condenado y los tratados internacionales vigentes en Chile, quedando prohibida toda forma de ejecución que transforme la pena impuesta en cruel, inhumana o degradante.

**Artículo 64.** Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.

Se observará también además de lo que dispone la ley, lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas, acerca de los castigos disciplinarios, de la naturaleza, tiempo y demás circunstancias de los trabajos, de las relaciones de los penados con otras personas, de los socorros que pueden recibir y del régimen alimenticio.

En los reglamentos sólo podrán imponerse como castigos disciplinarios, el encierro en celda solitaria e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal por un tiempo que no exceda de un mes, u otros de menor gravedad.

La repetición de estas medidas deberá comunicarse antes de su aplicación al tribunal competente del lugar de reclusión, quien sólo podrá autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas para resguardar la seguridad e integridad, del condenado.

**Artículo 65.** Si después de cometido el delito cayere el delincuente en estado de enajenación mental, se observarán las reglas establecidas en los Códigos de Procedimientos.

**Artículo 66.** Los condenados a penas privativas de libertad cumplirán sus condenas en la clase de establecimientos que corresponda en conformidad a las leyes y reglamentos respectivo.

**Artículo 67.** Los menores de dieciocho años cumplirán sus condenas en establecimientos especiales. En los lugares donde éstos no existan, permanecerán en los establecimientos comunes, convenientemente separados de los condenados adultos. En toda clase de establecimientos se mantendrán separados los hombres de las mujeres.

#### *De la libertad condicional*

**Artículo 68.** La libertad condicional es un derecho de todo condenado a reclusión, reclusión nocturna o reclusión de fin de semana, que consiste en un modo particular de hacerla cumplir en libertad, bajo las condiciones y requisitos establecidos en la ley y en el respectivo Reglamento.

Se concederá la libertad condicional a todo condenado a reclusión, reclusión nocturna o reclusión de fin de semana que haya cumplido la mitad del tiempo impuesto en su condena y hubiera observado buena conducta en el establecimiento en que la haya servido.

**Artículo 69.** La concesión y control del cumplimiento de las condiciones impuestas, quedará a cargo del tribunal competente en materia criminal [del] en el lugar donde el condenado se encuentre cumpliendo su pena.

Dos meses antes de que se cumpla la mitad del tiempo impuesto por la condena de cualquier condenado a su cargo, la autoridad penitenciaria comunicará este hecho al Tribunal competente, adjuntando un informe detallado sobre su comportamiento en el centro de reclusión correspondiente, y copia de los registros en que dicho informe se basa. Recibido éste, el Tribunal citará a una audiencia que se realizará el mes anterior a aquél en que el condenado cumpla la mitad del tiempo de su condena. En la audiencia respectiva el Tribunal escuchará al condenado, a un representante de la autoridad penitenciaria y a uno del Ministerio Público, procediendo inmediatamente después a decretar o denegar la libertad condicional del condenado.

La resolución que deniegue la libertad condicional será fundada y siempre apelable.

**Artículo 70.** Concedida la libertad condicional, el condenado quedará sometido, junto con la obligación de presentarse una vez al mes ante la Sección del Medio Libre de Gendarmería de Chile, a algunas de las siguientes condiciones, que determinará el tribunal correspondiente, según sus circunstancias personales y familiares:

1º) A no salir, sin la autorización debida, del lugar que se les haya fijado como residencia;

2º) Asistir regularmente a un establecimiento educacional; y

3º) Desempeñar un trabajo remunerado o por cuenta propia a su elección.

El tiempo de cumplimiento de las condiciones impuestas no será inferior a sesenta días ni superior a tres años, si la condena que se cumple en libertad es de reclusión menor o reclusión nocturna; ni inferior a tres años o superior a cinco, si es de reclusión mayor.

**Artículo 71.** Transcurrido el tiempo de libertad condicional fijado por el Tribunal, sin que ésta se haya revocado, el Tribunal declarará cumplida la pena, cualquiera fuere su duración original.

La revocación de la libertad condicional podrá decretarse judicialmente sólo en alguno de los siguientes casos:

1º) Si al condenado se le ha impuesto por sentencia firme una nueva pena por un delito cometido durante el período de su libertad condicional; y

2º) Si el condenado ha incumplido de manera grave y reiterada las condiciones impuestas. En ningún caso se considerará incumplimiento grave la sola acumulación de atrasos en la asistencia a un establecimiento educacional o a su lugar de trabajo.

La revocación de la libertad condicional obliga al condenado a cumplir en prisión el resto de la pena que no hubiese cumplido recluido o en libertad hasta el momento de la ejecutoria de la resolución revocatoria.

#### **E. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se admite regular la suspensión de la imposición de la condena en el Código penal, con la consecuente derogación del art. 398 del Código Procesal Penal.

2. En las penas sustitutas (remisión condicional y libertad vigilada) se modifica el norma de la primera para evitar la aparente contradicción de sentido; además, en cuanto a sus requisitos, a ambas se agrega el de no haber sido anteriormente condenado el culpable cuya pena se sustituye.

3. En cuanto a la revocación de las penas sustitutas, se entiende que, para darles eficacia, sólo corresponde que cumpla el resto de su pena primitivamente impuesta, eliminándose los dos incisos finales del propuesto art. 64, que pasa a ser 62.

6. Se elimina la regulación propuesta (art. 70) acerca del producto del trabajo de los condenados, estimándose propia de los reglamentos respectivos

5. En lo demás, se realizan cambios puramente formales, particularmente a las reglas de ejecución de las penas y las relativas a la libertad condicional, entre ellas:

a) se cambia la expresión “detenido o preso” por condenado,

b) se cambia “loco o demente” por enajenación mental,

c) se elimina adjetivo “carcelario” a los establecimientos de cumplimiento penitenciario,

d) se rebaja la edad de 21 a 18 años para hacer la división por edades y se aclara, también, la división por sexos entre condenados,

e) se utiliza la fórmula “tribunal competente” en todos los casos que es necesario.

---

**Tema 7. Extinción de la Responsabilidad Penal. Epígrafe y norma de encabezado**

**A. Texto propuesto**

*TÍTULO V*

*DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL*

*Artículo [77]. La responsabilidad penal se extingue:*

- 1. Por la muerte del responsable.*
- 2. Por amnistía, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución o los tratados internacionales vigentes en Chile establezcan al respecto.*
- 3. Por indulto general, concedido por ley, o particular, otorgado por el Presidente de la República, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución o los tratados internacionales vigentes en Chile establezcan al respecto.*
- 4. Por el perdón del ofendido tratándose de delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada, aun cuando ya se haya impuesto una pena. En este caso, si fueren varios los responsables del delito, el perdón a uno de ellos se extenderá a todos los demás.*
- 5. Por la aprobación judicial de un acuerdo reparatorio entre la víctima y el imputado, en la forma prevista en el Código Procesal Penal;*
- 6. Por la aprobación judicial, expresa o tácita, del ejercicio del principio de oportunidad, en los casos y forma contemplados en el Código Procesal Penal;*
- 7. Por el cumplimiento del período previsto en la resolución de suspensión condicional del procedimiento, sin que ésta hubiese sido revocada, en los términos del Código Procesal Penal;*
- 8. Por el cumplimiento del período de suspensión de la imposición de la condena, sin que nuevamente se hubiese formalizado una investigación o presentado un requerimiento, conforme al artículo [58];*
- 5. Por la prescripción de la acción penal, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución o los tratados internacionales vigentes en Chile establezcan al respecto.*
- 6. Por la prescripción de la pena, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución o los tratados internacionales vigentes en Chile establezcan al respecto.*

**B. Observaciones recibidas**

**a) *Para distinguir entre las causas de exclusión de la pena de las de extinción de responsabilidad penal***

**(1) *Del Prof. Luis Rodríguez C.***

“Hay autores que sostienen que –por aplicación del principio de presunción de inocencia– no cabe hablar de responsabilidad penal, mientras no exista un pronunciamiento de condena en contra de una persona determinada<sup>178</sup> .

Por otra parte, el efecto extintivo de la responsabilidad penal presupone la existencia de esta última, porque sólo puede extinguirse lo existente.

De aceptarse estos planteamientos, no parece correcto calificar como causal de extinción de responsabilidad penal a hechos o situaciones ocurridos con anterioridad al pronunciamiento de una sentencia condenatoria.

En otras palabras, nadie discute que la *prescripción de la pena* es una auténtica causal de extinción de responsabilidad penal. Pero no podemos atribuir ese mismo carácter, por ejemplo, a la *prescripción de la acción penal*.

La necesidad de salvaguardar el valor de la dignidad humana, específicamente en lo que concierne a la obligación de tratar a las personas como inocentes, abarca también el ámbito abstracto de las declaraciones normativas.

En consecuencia, se sugiere separar –enumerándolas en artículos distintos– las situaciones que efectivamente constituyen causales de extinción, de aquellas que sólo producen un efecto excluyente de la responsabilidad penal.”

**(2) *Del Prof. Luis Ortiz***

“El art. 77 incluye, en los numerales 5 a 8, causales de sobreseimiento definitivo de acuerdo a las disposiciones del nuevo Código Procesal Penal las que dicen relación con la aprobación judicial de un acuerdo reparatorio entre la víctima y el imputado; la aprobación judicial del principio de oportunidad; el cumplimiento del periodo previsto en la resolución de suspensión condicional del procedimiento, sin que ésta hubiese sido revocada; y por último, el cumplimiento del periodo de suspensión de la imposición de la condena.

En ninguno de estos casos la responsabilidad penal ha nacido porque en ninguno de ellos se encuentra jurídicamente establecida la existencia del delito y la responsabilidad de los imputados.

Es cierto que esto ocurre también con la muerte del procesado antes de la condena, con la amnistía dictada antes que se haya pronunciado sentencia ejecutoriada, con el perdón del ofendido manifestado de manera anticipada y con la prescripción de la acción penal.

---

<sup>178</sup> Nota del Prof. Luis Rodríguez: Rodríguez Collao, Luis / De la Fuente, Felipe: *Teoría de la responsabilidad criminal*, trabajo inédito.



Con todo, ha entendido la mayoría de la doctrina que todas las causales extintivas de responsabilidad mencionadas adolecen de una cierta irregularidad porque ninguna de ellas extingue una responsabilidad nacida sino que la excluyen de manera antelada, lo que implica una evidente incoherencia con la frase inicial con que comienza el precepto (la responsabilidad penal se extingue):

Creemos innecesario agregar al listado clásico de causales de extinción de la responsabilidad penal estas otras de sobreseimiento definitivo a que se refiere el Código Procesal Penal. Es cierto que en el caso del ejercicio del principio de oportunidad el art. 170 se refiere al efecto extintivo de la responsabilidad penal (inciso final). Pero de acuerdo al art. 250 del mismo texto no cabe duda que en este caso el juez debe sobreseer definitivamente (letras d) y e)).”

**b) *Para retirar la causal de muerte del responsable, de la Prof. Silvia Peña***

“Teniendo aplicación práctica esta causa sólo en el caso de la pena de multa, quizás sería preferible tratarla conjuntamente con ella, pero no junto con las de aplicación general.”

**c) *Sobre el alcance del perdón del ofendido, del Prof. Luis Ortiz Q.***

“Soy partidario de eliminar la frase [en el art. 77], “En este caso, si fueren varios los responsables del delito, el perdón de uno de ellos se extenderá a todos los demás” incluido en el numeral 4º del artículo referido y con relación al perdón del ofendido.

El referido precepto en la práctica podría impedir que el ofendido perdone a uno de sus defensores cuando tenga motivos particulares para ello, si sabe que, al adoptar tal decisión, quedará igualmente sin responsabilidad todos los restantes imputados a los cuales desea vehementemente que se les condene. Situaciones como ésta es mejor dejarlas a la decisión judicial.”

**d) *Sobre la redacción del N° 6º propuesto (principio de oportunidad), del Ministerio Público***

En relación con el artículo 77 CP propuesto, se propone eliminar la frase "la aprobación judicial, expresa o tácita" quedando dicho numeral de la forma siguiente: "6. Por el ejercicio del principio de oportunidad, en los casos y formas contemplados en el Código Procesal Penal;".

Lo anterior, debido a que existen casos en que puede ser efectuada una revisión final del principio de oportunidad en sede administrativa, por lo que se prefiere simplificar la redacción y evitar problemas de interpretación del texto.

*e) Sobre el rechazo a la causal de aprobación judicial el acuerdo reparatorio, de la Prof. Silvia Peña*

“Aunque así lo dice el nuevo Código Procesal Penal, parece absurdo que la sola aprobación de un acuerdo reparatorio extinga la responsabilidad penal, pues todavía está por verse si el "imputado" lo va a cumplir o no.”

*f) Sobre el rechazo al indulto como causal de extinción, de la Prof. Silvia Peña*

“Lo dejaría fuera (aunque lo prevea la Constitución).”

*g) Sobre la posibilidad de agregar la renuncia de la acción penal (en delitos de previa instancia particular), del Ministerio Público*

“Asimismo, también a propósito del artículo 77, nos asalta la inquietud de si acaso sería aconsejable considerar la renuncia a denunciar en casos de delitos de acción pública previa instancia particular, como causal de extinción de la responsabilidad penal, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 56 del Código Procesal Penal.”

### **C. Fundamento**

Se mantiene aquí la técnica legislativa empleada en el CP vigente (Título V del Libro I), esto es, se dedica un título especial dedicado a la regulación conjunta de todas las formas de extinción de la responsabilidad penal, en vez de regular sólo determinados institutos en forma aislada (como hace, por ejemplo, el CP alemán), por tratarse de una técnica probada, que en sí no ha acarreado dificultades y que parece más explicativa.

Con excepción de la supresión del cumplimiento de la condena como causa de extinción, por considerársela superflua<sup>179</sup>, tampoco se ha innovado en lo fundamental en cuanto a las causas específicas de extinción de la responsabilidad ya existentes. Así, se ha conservado como causa la muerte del responsable, fustigada en general como superflua, con el único objeto destacar que se ha suprimido, conforme a la crítica fundada que se le dirige en nuestra literatura, la distinción entre penas personales y pecuniarias<sup>180</sup>. Por otra parte, no parecían dadas actualmente las condiciones – menos aún en el contexto del Foro, órgano técnico antes que político - para poner en duda la existencia de institutos discutibles pero reconocidos constitucionalmente como es el indulto (tanto particular como general) ni para pretender imponerles por ley (lo que rige también para la amnistía) restricciones no previstas en la Constitución. Aunque con menor fuerza, algo parecido rige para los delitos de acción privada. Ahora bien, en la medida que tales institutos existan y se apliquen, resulta adecuado hacerse cargo de ellos en el código punitivo. Por todo lo anterior, las disposiciones que se proponen en este artículo y en los siguientes se limitan en general a

---

<sup>179</sup> Sobre el estado de la discusión, por todos, Guzmán Dálbora, Comentario, p. 443 y s.

<sup>180</sup> Al respecto, por todos, Guzmán Dálbora, Comentario, p. 442 y s.

aspectos de regulación particular, aunque pretendiendo recoger en el seno del código disposiciones que actualmente se encuentran en leyes extravagantes, de modo de ofrecer una regulación orgánica de la materia.

Adicionalmente, se han incorporado formas de extinción de la responsabilidad penal que resultan del nuevo ordenamiento procesal penal, específicamente los efectos del principio de oportunidad (art. 170 CPP 2000), de la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 y ss. CPP 2000), de los acuerdos reparatorios (art. 241 y ss. CPP 2000) y de la suspensión de la imposición de la condena (art. 398 CPP 2000), si bien en este último caso de acuerdo con la redacción que a ese instituto se le ha dado en la propuesta sobre penas, más conforme en su redacción con el proyecto original del Ejecutivo.

Por último, y con independencia de la opinión que se pueda tener sobre el fondo del asunto, no ha parecido superfluo hacerse cargo siquiera genéricamente de las restricciones que tanto la Constitución como los tratados internacionales puedan imponer a la amnistía, el indulto y la prescripción respecto de ciertos delitos, tal como ha hecho recientemente el CPP 2000 (art. 250 inciso final).

#### **D. Propuesta de redacción recibida**

##### ***a) Para sustituir el N° 6° (principio de oportunidad) del Ministerio Público***

"6. Por el ejercicio del principio de oportunidad, en los casos y formas contemplados en el Código Procesal Penal;"

#### **E. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

### **TÍTULO V**

### **DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL**

**Artículo 72.** La responsabilidad penal se extingue:

1. Por la muerte del responsable;
2. Por el cumplimiento de la condena;
3. Por amnistía, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución o los tratados internacionales vigentes en Chile establezcan al respecto;
4. Por indulto general concedido por ley, o particular otorgado por el Presidente de la República, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución o los tratados internacionales vigentes en Chile establezcan al respecto;
5. Por el perdón del ofendido tratándose de delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada, aun cuando ya se haya impuesto una pena;
6. Por el acuerdo reparatorio, el ejercicio del principio de oportunidad, y el cumplimiento del período de suspensión condicional del procedimiento, en los términos previstos en el Código Procesal Penal y en las restantes leyes aplicables;

7. Por el cumplimiento del período de suspensión de la imposición de la condena, conforme al artículo 56;
8. Por la prescripción de la acción penal y de la pena, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución o los tratados internacionales vigentes en Chile establezcan al respecto.

#### **F. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se estimó prudente mantener un catálogo único, como el del actual art. 93 Cp, rechazándose las observaciones de dividir catálogo de los Profs. Rodríguez Collao y Ortiz, por estimarlas más bien de carácter eminentemente dogmático.
2. También se rechazó la observación de S. Peña en orden a suprimir del catálogo la muerte y el indulto, agregándose, además, por razones puramente prácticas, el cumplimiento de la condena entre las numeradas en el art. 72 que se aprobó.
3. Además se discutió la posibilidad de suprimir del catálogo de causales de extinción todas o algunas de las que hacían referencia a los institutos contemplados en el Código Procesal Penal, la que se rechazó, no obstante practicarse correcciones formales a su regulación.
4. Finalmente, se acogió la observación de Luis Ortiz en orden a limitar el alcance del perdón del ofendido, dejando una regulación similar a la actual.
5. En cuanto a los aspectos formales, se refundieron en una sola causal las derivadas del actual ordenamiento procesal penal y, en otra, las prescripciones de la acción penal y de la pena.

### **Tema 8. Regulación del indulto particular**

#### **A. Texto propuesto**

*Artículo [78]. Toda persona que se encuentre condenada podrá solicitar al Presidente de la República que le otorgue la gracia del indulto. La gracia del indulto sólo puede impetrarse por el condenado una vez que se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso, circunstancia que deberá ser acreditada.*

*El indulto puede consistir en la remisión, la conmutación o la reducción de la pena, pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos que determinen las leyes.*

*Artículo [79]. Sin perjuicio que, en casos calificados y mediante decreto supremo fundado, el Presidente de la República pueda prescindir de estas limitaciones, se denegarán las solicitudes de indulto de los condenados:*

- a) Cuando no se encontraren cumpliendo sus condenas;*
- b) Cuando fueren formuladas antes de haber transcurrido un año desde la fecha del decreto que haya resuelto una solicitud anterior;*
- c) Cuando se tratase de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente;*
- d) Cuando no hubieren cumplido a lo menos la mitad de la pena, tratándose de simples delitos;*

*e) Cuando no hubieren cumplido, a lo menos, dos tercios de la pena, tratándose de crímenes;*

*f) Cuando habiendo obtenido la libertad condicional, se les hubiere revocado este beneficio y no fueren acreedores al indulto según el órgano técnico competente, el cual deberá, para este fin, conocer los antecedentes e informar sobre la petición.*

*Con todo, en los casos previstos en las letras d) y e) precedentes podrá considerarse la solicitud de indulto de aquél que hubiere cumplido, a lo menos, cinco años de su condena o a quien le falte por cumplir menos de seis meses de la misma.*

## **B. Fundamento**

En general, se adaptan las disposiciones de la vigente Ley 18.050, que fija normas generales sobre indultos particulares. Junto a cambios menores de redacción, se eliminan, conforme a los acuerdos previos del Foro, las referencias a la reincidencia y a la habitualidad. Se ha uniformado y racionalizado el criterio respecto de los plazos mínimos de cumplimiento para poder solicitar el indulto, distinguiendo, conforme a la gravedad del hecho, entre simples delitos y crímenes. Con todo, la aparente mayor rigurosidad que este criterio pudiera representar en algunos casos, se ve atemperada por la regla actualmente vigente según la cual siempre se puede atender a una solicitud de indulto habiéndose cumplido cinco años de la pena (y faltándole menos de seis meses – en el derecho vigente son tres meses – de cumplimiento), así como por la más genérica de todas, también presente en el derecho vigente, según la cual el Presidente de la República siempre puede prescindir de estas limitaciones.

## **C. Observaciones recibidas**

### *a) Sobre algunas precisiones técnicas, del Ministerio Público*

“En relación con los artículos 78 y siguientes, quedan dudas respecto del tratamiento de las penas accesorias en materia de indulto, puesto que la propuesta no lo plantea en forma expresa. Asimismo, la exposición de los fundamentos que efectúa la comisión técnica, hace dudar respecto de si se mantendrán las normas de procedimiento que en materia de indultos establece la Ley N.º 18.050.

Finalmente, también respecto del indulto, se propone agregar la expresión "algunas de" entre las frases "prescindir de" y "estas limitaciones" contenidas en el artículo 79 CP propuesto, de modo de limitar, aún cuando parcialmente, el ejercicio de las facultades discrecionales por parte del Presidente de la República, dado que el ejercicio ilimitado de este derecho de gracia podría vulnerar el derecho de los condenados a la igualdad ante la ley.”

**D. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 73.** Toda persona que se encuentre condenada por sentencia ejecutoriada podrá solicitar al Presidente de la República que le otorgue la gracia del indulto.

El indulto puede consistir en la remisión, la conmutación o la reducción de la pena, pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos que determinen las leyes.

**Artículo 74.** Se denegarán las solicitudes de indulto de los condenados:

- a) Cuando no se encontraren cumpliendo sus condenas;
- b) Cuando fueren formuladas antes de haber transcurrido un año desde la fecha del decreto que haya resuelto una solicitud anterior;
- c) Cuando se tratare de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente;
- d) Cuando no hubieren cumplido a lo menos la mitad de la pena, tratándose de simples delitos;
- e) Cuando no hubieren cumplido, a lo menos, dos tercios de la pena, tratándose de crímenes;
- f) Cuando habiendo obtenido la libertad condicional, se les hubiere revocado este beneficio y no fueren acreedores al indulto según el órgano técnico competente, el cual deberá, para este fin, conocer los antecedentes e informar sobre la petición.

Con todo, en los casos previstos en las letras d) y e) precedentes podrá considerarse la solicitud de indulto de aquél que hubiere cumplido, a lo menos, cinco años de su condena o a quien le falte por cumplir menos de seis meses de la misma.

En casos calificados y mediante decreto supremo fundado, el Presidente de la República podrá conceder la gracia del indulto prescindiendo de estas limitaciones.

**E. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se rechazó la observación de S. Peña en orden a la supresión de esta causal, manteniéndose el texto propuesto, con correcciones puramente formales.

**Tema 9. Prescripción de la acción penal**

**A. Texto propuesto**

*Artículo [80]. La acción penal prescribe en diez años respecto de los crímenes y en cinco años respecto de los simples delitos.*

*Lo anterior se entiende sin perjuicio de las prescripciones de corto tiempo que establece la ley para delitos determinados.*

*La prescripción de la responsabilidad civil proveniente de delito se rige por el Código Civil.*

*Artículo [81]. El término de la prescripción de la acción penal empieza a correr desde el día en que se hubiere terminado de cometer el delito. Con todo, si el resultado del que depende la consumación del delito o la condición de la que depende su punibilidad se verifican en un día posterior, el término empieza a correr desde ese día.*

*Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente cometa posteriormente un crimen y se suspende desde la primera actuación del procedimiento dirigido en contra del imputado; pero si se paraliza su prosecución por tres años, se termina sin condenarle o acusarle, continúa la prescripción como si no se hubiere suspendido.*

## B. Fundamento

A partir de los arts. 94 a 96 e inciso segundo del art. 105 del CP vigente, se propone una redacción con las siguientes variaciones:

- a) Se ajusta el texto al acuerdo de eliminar del código las faltas.
- b) Atendida la supresión de las penas perpetuas, se elimina el plazo especial respecto de los delitos que habrían podido contemplarlas.
- c) Se prescinde en este contexto de la regla para la determinación del carácter de crimen o simple delito del hecho, por corresponder al precepto sobre clasificación de los delitos.
- d) En cuanto al día en que empieza a correr la prescripción, se hace referencia al “término de la comisión” para expresar lo que, en todo caso, es unánime en la literatura nacional y cuenta con importante respaldo jurisprudencial, como es que tratándose de delitos permanentes la prescripción corre desde que se pone término al estado ilícito<sup>181</sup>. Por lo mismo, más importante que lo anterior es la excepción relativa a los delitos de resultado o a aquéllos que contienen condiciones objetivas de punibilidad, respecto de los cuales razones prácticas obligan a una solución diferente, para evitar, por ejemplo, la posibilidad de un delito que prescribe antes de ser perseguible<sup>182</sup>. Es altamente probable que la opinión contraria, que parece dominante en nuestras obras generales<sup>183</sup>, se deba sólo a lo que parece ser una imposición del texto legal vigente. El texto propuesto coincide en lo esencial con la solución del derecho alemán<sup>184</sup>, aunque no con la del derecho español<sup>185</sup>, que no aborda el tema que parece realmente relevante. Este último código contiene, además, una solución respecto de la construcción del delito continuado coincidente con la opinión mayoritaria de la literatura nacional, pero ha parecido inconveniente legislar sobre una figura doctrinaria tan polémica como es el delito continuado y preferible dejar abierta esa discusión<sup>186</sup>.

<sup>181</sup> Cfr. por todos, Guzmán Dálbora, Comentario, p. 470 y s.

<sup>182</sup> Ya *de lege lata* la mantienen Novoa II, p. 488; Vargas, Juan Enrique: La extinción de la responsabilidad penal, p. 147; Yuseff, La prescripción, p. 51; Politoff I, p. 199; Guzmán Dálbora, Comentario, p. 470.

<sup>183</sup> Así, Cury II, p. 433; Etcheberry II, p. 257; Garrido I, p. 375.

<sup>184</sup> § 78 a StGB. “La prescripción comienza apenas está terminado el hecho. Si un resultado perteneciente al tipo se produce recién después, la prescripción comienza en ese momento”.

<sup>185</sup> Art. 132.1 CP español. “Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita”.

<sup>186</sup> Sobre ella, por todos, Guzmán Dálbora, Comentario, p. 471.

e) Conforme a una valoración crítica relativamente extendida en nuestra literatura<sup>187</sup>, se restringe el instituto de la *interrupción* por nuevo delito, en términos que opera sólo cuando éste sea un crimen. Se mantiene la *suspensión*, con los mismos efectos que los que actualmente tiene<sup>188</sup>, pero con una leve variación en la redacción del supuesto de hecho de la misma, expresado ahora en los mismos términos empleados por el CPP 2000 para la definición de la calidad de imputado (art. 7°<sup>189</sup>), siendo probable la necesidad de modificar el art 233 del mismo código, donde vincula de modo equívoco la suspensión de la prescripción con la formalización de la investigación, trámite éste que requiera la presencia del imputado (cfr. art. 229 CPP 2000<sup>190</sup>), lo que acarrea serios inconvenientes. No ha parecido necesario introducir otras causas de suspensión conocidas en el derecho comparado, como podría ser la minoría de edad de la víctima en el derecho español<sup>191</sup> y alemán<sup>192</sup>, entre otras<sup>193</sup>. En lo que dice relación con la paralización por tres años del procedimiento, tampoco se ha estimado necesario reaccionar frente a la opinión hoy dominante en literatura y jurisprudencia en torno a que en general resulta indiferente la causa de la paralización<sup>194</sup>.

<sup>187</sup> Novoa II, p. 454; Cury II, p. 447; Guzmán Dálbora, Comentario, p. 473 y s.

<sup>188</sup> Es importante destacar que en el derecho comparado el procedimiento tiene efecto de interrupción, esto es, hacer perder el tiempo transcurrido. Así § 78 c) StGB; Art. 132.2 CP español.

<sup>189</sup> Artículo 7° CPP. *Calidad de imputado*. Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

<sup>190</sup> Artículo 233 CPP. *Efectos de la formalización de la investigación*. La formalización de la investigación producirá los siguientes efectos:

- a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal;
- b) Comenzará a correr el plazo previsto en el artículo 247, y
- c) El ministerio público perderá la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento.

<sup>191</sup> Desde el año 1999: Art. 132. 1. Apartado segundo. “En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento”.

<sup>192</sup> § 78 b StGB: “La prescripción pende 1. hasta el cumplimiento de los 18 años de la víctima en los delitos de los §§ 176 a 179 (delitos sexuales contra niños)”.

<sup>193</sup> La misma disposición del § 78 b StGB se hace cargo de impedimentos procesales para comenzar o continuar el procedimiento.

<sup>194</sup> Cfr. al respecto, por todos, Guzmán Dálbora, Comentario, p. 476.



**C. Observaciones recibidas**

**a) *Sobre la denominación “acción penal”, del Prof. Luis Ortiz***

“En esta parte sugeriría la substitución de la expresión “acción penal” por la de “delito”. Debería hablarse de la prescripción del delito para subrayar de esta manera que estamos frente a una institución de carácter substantivo y no meramente procedimental. En el mismo sentido el Código Penal Español, (art. 130 y 131)”.

**b) *Sobre los plazos de prescripción propuestos, del Prof. Luis Ortiz Q.***

“El proyecto a nuestro entender es excesivamente generoso con los delincuentes en materia de prescripción. Por un lado, suprime el plazo de quince años para los crímenes más graves manteniendo la dicotomía de diez años para crímenes, cualquiera sea la envergadura de éstos, y de cinco años para los simples delitos; y, por otro, mantiene en todo su vigor la prescripción gradual tal como existe en el Código vigente, lo que permite, cumpliéndose el presupuesto que ella fija, considerar el delito revestido de dos circunstancias atenuantes y de ninguna agravante, con lo cual la pena puede bajar uno, dos o tres grados del mínimo de la pena correspondiente al delito cometido.

Creemos que es una mala señal desde el punto de vista de política criminal, darle al transcurso del tiempo una influencia desmesurada para eximir o mitigar la sanción.”

En mi opinión debería volverse al sistema tripartito en materia de plazo según lo establecido en el Código Penal actual (15, 10 y 5 años) el que puede ser considerado bastante liberal en comparación con el que ofrece el Derecho Comparado. (Código Penal Alemán, Español o Francés, por citar algunos.)”

**c) *Sobre la aparente contradicción entre la regla de interrupción de la acción penal y la de la pena. del Ministerio Público.***

“Las propuestas de articulado relativas a la prescripción de la acción penal y de la pena, plantean un tratamiento diferenciado respecto de la interrupción de la prescripción en materia de crímenes y simples delitos. Es así como el inciso segundo del artículo 81 propuesto, sólo permite interrumpir la prescripción cuando el imputado comete posteriormente un crimen, mientras que el inciso segundo del artículo 83 señala que la prescripción de la pena se interrumpirá si es que el condenado, durante ella, comete un crimen o simple delito. Este tratamiento distinto nos hace reflexionar si obedece a una definición consciente, en cuyo caso sería conveniente hacer alusión a sus fundamentos, o si, por el contrario, si se trata de una omisión involuntaria, en cuyo evento sería conveniente corregirla.”

**D. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 75.** La acción penal prescribe en diez años respecto de los crímenes y en cinco años respecto de los simples delitos.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de las prescripciones de corto tiempo que establece la ley para delitos determinados.

La prescripción de la responsabilidad civil proveniente del delito se rige por el Código Civil.

**Artículo 76.** El término de la prescripción de la acción penal empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.

Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el responsable comete posteriormente un crimen, y se suspende desde la primera actuación del procedimiento dirigida en su contra; pero si se paraliza su prosecución por tres años, se termina sin condenarle o acusarle, continúa la prescripción como si no se hubiere suspendido.

**E. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se rechazó la observación de Luis Ortiz, en orden a volver a considerar los plazos de 15, 10 y 5 años de prescripción, manteniéndose éstos en los términos propuestos (10 años para los crímenes, 5 para los simples delitos).

2. También se rechazó el texto propuesto para regular el momento en que se comenzaba a contar la prescripción (art. 81 de la Propuesta original), volviéndose a la regla del actual art. 95 Cp, para dejar a la doctrina y la jurisprudencia la determinación que corresponda hacer, caso a caso

**Tema 10. Prescripción de la pena**

**A. Texto propuesto**

*Artículo [82]. Las penas impuestas por sentencia ejecutoriada respecto de crímenes prescriben en diez años y en cinco años respecto de simples delitos.*

*Artículo [83]. El tiempo de esta prescripción comenzará a correr desde la fecha de la sentencia ejecutoriada o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiere ésta principiado a cumplirse.*

*Esta prescripción se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el condenado, durante ella, cometiere nuevamente crimen o simple delito, sin perjuicio de que comience a correr otra vez.*

## **B. Fundamento**

A partir de los arts. 97 a 99 del CP vigente, se propone una redacción con las siguientes variaciones:

- a) Se ajusta el texto al acuerdo de eliminar del código las faltas;
- b) Atendida la supresión de las penas perpetuas, se elimina el plazo especial respecto de los crímenes que habrían podido contemplarlas.

## **C. Observaciones recibidas**

### *a) Sobre los plazos de prescripción propuestos, del Prof. Luis Ortiz Q.*

“El proyecto a nuestro entender es excesivamente generoso con los delincuentes en materia de prescripción. Por un lado, suprime el plazo de quince años para los crímenes más graves manteniendo la dicotomía de diez años para crímenes, cualquiera sea la envergadura de éstos, y de cinco años para los simples delitos; y, por otro, mantiene en todo su vigor la prescripción gradual tal como existe en el Código vigente, lo que permite, cumpliéndose el presupuesto que ella fija, considerar el delito revestido de dos circunstancias atenuantes y de ninguna agravante, con lo cual la pena puede bajar uno, dos o tres grados del mínimo de la pena correspondiente al delito cometido.

Creemos que es una mala señal desde el punto de vista de política criminal, darle al transcurso del tiempo una influencia desmesurada para eximir o mitigar la sanción.”

En mi opinión debería volverse al sistema tripartito en materia de plazo según lo establecido en el Código Penal actual (15, 10 y 5 años) el que puede ser considerado bastante liberal en comparación con el que ofrece el Derecho Comparado. (Código Penal Alemán, Español o Francés, por citar algunos.)”

## **D. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 77.** Las penas impuestas por sentencia ejecutoriada respecto de crímenes prescriben en diez años y en cinco años respecto de simples delitos.

**Artículo 78.** El tiempo de prescripción de la pena comenzará a correr desde la fecha de la sentencia ejecutoriada o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiere ésta principiado a cumplirse.

Esta prescripción se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el condenado, durante ella, cometiere nuevamente crimen o simple delito, sin perjuicio de que comience a correr otra vez.

## **E. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se mantuvo el texto propuesto por sus propios fundamentos y se rechazó la observación de Luis Ortiz, en orden a volver a considerar los plazos de 15, 10 y 5 años de prescripción,

---

manteniéndose éstos en los términos propuestos (10 años para los crímenes, 5 para los simples delitos).

2. La aparente contradicción entre las condiciones para la interrupción de la prescripción en este caso (comisión de crimen o simple delito) y la de la acción penal (comisión de crimen), manifestada por el Ministerio Público, se explica por la necesidad, en este caso, de no restar fuerza a las sentencias ejecutoriadas, la que no existe cuando no se ha dictado condena.

## **Tema 11. Disposiciones comunes a ambos tipos de prescripción**

### **A. Texto propuesto**

*Artículo [79]. Cuando el imputado se ausentare del territorio de la República sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años.*

*Artículo [80]. La prescripción será declarada de oficio por el tribunal aun cuando el imputado o condenado no la alegue, con tal que se halle presente.*

*Artículo [86]. Si el imputado o condenado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes y de ninguna agravante y aplicar las reglas del artículo [56], sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.*

*Esta regla no se aplica a las prescripciones especiales de corto tiempo.*

### **B. Fundamento**

Se han adaptado las normas comunes a ambos tipos de prescripción actualmente contenidas en los arts. 100 a 105 del CP vigente, con las siguientes variaciones:

- a) Acordada la supresión de la reincidencia, se suprime consecuentemente la prescripción de la misma (art. 104 CP);
- b) En cuanto al cómputo de la prescripción de quienes se encuentran fuera del territorio nacional, se suprime la norma coyuntural introducida por la Ley 19.047, que hizo frente a las secuelas del exilio político aplicado antes del retorno al orden democrático, no porque no se comparta su fundamento, sino que por no parecer propia del ordenamiento permanente de un Estado de Derecho.
- c) Se suprime la disposición del actual art. 101 por resultar superflua en materia penal, mero resabio del pensamiento civilista de la Comisión Redactora, aparentemente influido por los arts. 2509 y 2520 CC<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> Cfr. Actas, Sesión 138.

**C. Observaciones recibidas**

*a) Sobre el efecto de la media prescripción, del Prof. Luis Ortiz*

“El proyecto a nuestro entender es excesivamente generoso con los delincuentes en materia de prescripción. Por un lado, suprime el plazo de quince años para los crímenes más graves manteniendo la dicotomía de diez años para crímenes, cualquiera sea la envergadura de éstos, y de cinco años para los simples delitos; y, por otro, mantiene en todo su vigor la prescripción gradual tal como existe en el Código vigente, lo que permite, cumpliéndose el presupuesto que ella fija, considerar el delito revestido de dos circunstancias atenuantes y de ninguna agravante, con lo cual la pena puede bajar uno, dos o tres grados del mínimo de la pena correspondiente al delito cometido.

Creemos que es una mala señal desde el punto de vista de política criminal, darle al transcurso del tiempo una influencia desmesurada para eximir o mitigar la sanción.”

**D. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 79.** Cuando el responsable se ausentare del territorio de la República sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años.

**Artículo 80.** La prescripción será declarada de oficio por el tribunal aun cuando el imputado o condenado no la alegue, con tal que se halle presente en el procedimiento.

**Artículo 81.** Si el condenado o el imputado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la pena o de la acción penal, habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, podrá el tribunal rebajar en un grado la pena impuesta o la que debiera imponerse conforme a las reglas generales.

Esta regla no se aplica a las prescripciones especiales de corto tiempo.

**E. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se acogió el sentido de la observación de Luis Ortiz, en orden a que, en el contexto de las medidas liberales del texto ya aprobado, aparecía como un exceso el efecto otorgado a la media prescripción en el articulado propuesto (el mismo que el actual art. 103 Cp), por lo que se estimó preferible dejar una facultad al juez de rebajar en un grado la pena impuesta o la que se debiera imponer, según los casos, en vez de una atenuación especial prácticamente obligatoria.

2. En lo demás, se mantuvo el texto propuesto, con modificaciones puramente formales.

**Tema 12. Cancelación de antecedentes penales**

**A. Texto propuesto**

*Artículo [87]. Los condenados cuya responsabilidad penal se haya extinguido, tendrán derecho después de dos años de haberse extinguido aquélla, si es primera condena, y de cinco años, si ha sido condenado dos o más veces, a que por decreto supremo, de carácter confidencial, se le considere como si nunca hubieren delinquirido para todos los efectos legales y administrativos y se le indulten todas las penas accesorias a que estuviere condenado, en los términos que determine el reglamento.*

**B. Fundamento**

Se adapta la norma vigente del art. 1° del DL 409, de 18 de agosto de 1932, sobre regeneración e integración del penado a la sociedad. Con todo, no se consideran los requisitos adicionales impuestos por dicho cuerpo legal.

**C. Observaciones recibidas**

*a) Sobre el efecto de la cancelación de antecedentes, del  
Ministerio Público*

“Finalmente, respecto del artículo 87 propuesto, cabe hacer presente que sus efectos se extienden no sólo a la ausencia de anotaciones prontuariales, sino que, en virtud de dicha disposición, serían aplicables en favor del condenado las disposiciones relativas a la circunstancia de irreprochable conducta anterior, las disposiciones referidas a las medidas alternativas contenidas en la Ley 18.216 y también salidas alternativas como el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del procedimiento, lo que se podría traducir en un uso abusivo de mecanismos de uso excepcional establecidos originalmente en favor de condenados primerizos.”

**D. Propuesta de redacción corregida y aprobada por el Foro**

**Artículo 82.** Toda persona que hubiere sido condenada tendrá derecho, después de dos años de haberse extinguido su responsabilidad penal, si es primera condena, y de cinco años, si ha sido condenado dos o más veces, a que por decreto supremo, de carácter confidencial, se le considere como si nunca hubieren delinquirido para todos los efectos legales y administrativos, en los términos que determine el reglamento.

**E. Fundamento de los cambios realizados al Texto propuesto**

1. Se aprueba el texto propuesto, con la condición de mantener vigente la regulación que para esta institución establece el el actual DL 409, particularmente en lo que se refiere a las condiciones exigidas para que opere la eliminación de los antecedentes penales.