

PRINCIPIOS Y PENAS EN EL DERECHO PENAL CHILENO¹

Jaime Náquira R. (investigador principal)
Cristóbal Izquierdo S., Paula Vial R. y Víctor Vidal M. (investigadores asociados)

Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile

NÁQUIRA, Jaime *et al.* Principios y penas en el Derecho penal chileno. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-r2, p. r2:1-r2:71. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 10-r2 (2008), 18 abril]

RESUMEN: El presente escrito constituye una exposición, de perfil esencialmente informativo, sobre la estructura presente del Derecho penal

chileno en una perspectiva penológica: principios limitadores del poder punitivo, clases de penas, medición y cálculo de las penas y medidas alternativas.

PALABRAS CLAVES: Principios penales, sistema de penas, clases de penas, determinación, medición, medidas alternativas.

Fecha de publicación: 23 abril 2008

SUMARIO: *1. PRINCIPIOS CONFORMANTES DEL DERECHO PENAL Y LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO EN EL DERECHO CHILENO. 1. Cuestiones previas. 2. Principio de legalidad. 2.1. Principio de legalidad en la Constitución Política de la República de Chile. 2.2. Principio de legalidad en el Código Penal Chileno. 2.3. Consecuencias de la proclamación del principio de legalidad. 2.3.1. Principio de reserva de legalidad estricto o ley como fuente de delitos y penas. 2.3.2. Principio de taxatividad y la prohibición de analogía. 2.3.3. Principio de irretroactividad de la ley penal. 2.3.4. Principio de legalidad en relación a las garantías individuales, en el ám-*

¹ Documento de trabajo conclusivo del Proyecto conjunto de Investigación PCI-Iberoamérica financiado por la Agencia Española de Cooperación Internacional "La prevención de la delincuencia. Un análisis comparativo del sistema penal en España y Chile" –parte chilena- codirigido por el Prof. Dr. Lorenzo Morillas Cueva, de la Universidad de Granada (España) y el Prof. Jaime Náquira Riveros de la Universidad Católica de Chile.

bito jurisdiccional y de ejecución de las penas. 3. Principio de culpabilidad. 3.1. La libertad como fundamento de la culpabilidad. 3.2. Contenido y consecuencias del principio de culpabilidad. 3.3. Función limitadora del principio de culpabilidad. 4. Principio de peligrosidad. 5. Principio del “non bis in idem”. 6 Principio de lesividad. 7. Principio de intervención mínima. 7.1. Principio de subsidiaridad. 7.2 Principio de fragmentariedad. 8. Principio de proporcionalidad. 8.1. Principio de proporcionalidad en el ordenamiento nacional. 9. Principio de necesidad. 10. Principio de igualdad. 11. Principio de reinserción social. 12. Principio de humanidad de las penas. 13. Principio de inocencia. II. LAS PENAS Y SU DETERMINACIÓN EN EL DERECHO PENAL CHILENO. 1. Sistema de penas vigente en Chile. 1.1. Penas constitucionalmente proscritas. 1.2. Clasificación legal de las penas. 1.3. Clasificación de las penas según su naturaleza, en atención al bien jurídico afectado. 1.4. Algunas de las diferencias más relevantes que se observan entre el sistema de penas que contemplan los Códigos Penales de Chile y España. 2. Determinación judicial de la pena. 2.1. Reglas generales. 2.1.1. Modo de contar las penas. 2.1.2. Las escalas graduales. 2.1.3. Falta de grados superiores o inferiores. 2.1.4. La determinación definitiva de la pena. 3. Factores legales para la determinación de una pena. 3.1. Pena señalada por la ley al delito. 3.2. Grado de desarrollo del delito. 3.3. Calidad de los intervinientes en el delito. 3.4. Circunstancias atenuantes y agravantes. 3.5. Mal producido por el delito y facultades económicas del condenado. 4. Del concurso de delitos. 4.1. Del concurso real o material de delitos. 4.2. Del concurso ideal o formal de delitos. 4.3. Prioridad de las reglas de los concursos. 4.4. De la unificación de penas. 4.5. Ejemplos docentes teórico-prácticos. 5. Medidas alternativas. 5.1. Remisión condicional de la pena. 5.2. Reclusión nocturna. 5.3. Libertad vigilada. 6. Salidas alternativas. 6.1. Suspensión condicional del procedimiento. 6.2. Acuerdos reparatorios. 7. Responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal (Ley N° 20.084, de 7 de diciembre de 2005). 7.1 Disposiciones generales. 7.2. Determinación de las sanciones.

I. PRINCIPIOS CONFORMANTES DEL DERECHO PENAL Y LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO EN EL DERECHO CHILENO

1. Cuestiones previas

La Constitución Política de la República de Chile define al Estado chileno como una República Democrática². Dicha proclamación, en cuanto a ejercicio del poder punitivo estatal, no constituye una mera declaración de principios, es posible distinguir en dicho cuerpo y en las leyes supeditadas a éste, distintas normas que permiten hacerlo exigible.

Por otra parte, es posible distinguir en la Constitución distintas normas que permiten salvaguardar los principios y garantías mínimas que deben reconocérseles a las

² Artículo 4° Constitución Política de la República de Chile: “Chile es una república democrática.”

personas frente al Estado, que posibiliten la convivencia respetuosa, la dignidad y seguridad de las mismas.

A diferencia de otras legislaciones nuestro texto constitucional impone como límite material a su poder los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana³. Sin perjuicio de lo expuesto, atendido a que este trabajo no tiene como objeto en el estudio de los principios penales reconocidos por tratados internacionales, sino aquellos regulados en la normativa interna nacional, no profundizará en ellos en lo que se expone a continuación.

En cuanto al Código Penal Chileno se refiere, ha sufrido muy pocos cambios en su parte general desde la época de su promulgación. Resulta importante destacar que sus redactores se habían formado en ideas de corte clásico. En este sentido, aún cuando no conocieran directamente la obra de clásicos alemanes, italianos o franceses, se informaron de sus opiniones de obras españolas, cobrando una importante relevancia la de Joaquín Francisco Pacheco y su obra "El Código Penal concordado y comentado". No caben dudas que el origen español de nuestra sociedad y la influencia del derecho peninsular sobre el pensamiento jurídico nacional, explican que se haya utilizado para el código penal chileno mucho del modelo de código penal hispano de la época⁴.

En nuestra legislación nacional, de manera algo desorganizada, es posible reconocer un catálogo de principios que delimitan el contenido de las normas punitivas, pilares básicos de cualquier Estado, con pretensiones de autodenominarse democrático y de derecho.

2. Principio de legalidad

2.1. Principio de legalidad en la Constitución Política de la República de Chile

En Chile, tal como en buena parte de los ordenamientos jurídicos, el principio de legalidad se ha consagrado, otorgándole carácter constitucional.

Antiguamente se encontraba consagrado de manera parcial en el artículo 11 de la Constitución de 1925, donde se señalaba: "nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio".

El texto constitucional actual, artículo 19 N° 3 inciso 7 y 8 señalan lo siguiente:

³ Artículo 5° Constitución Política de la República de Chile: "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

⁴ En este sentido, Enrique Cury, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, Santiago, Chile, página 158

Inciso 7: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

Inciso 8: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

La nueva constitución de 1980, viene a separar el principio de “*nullum crimen sine lege*” y “*nullum poena sine lege del nulla poena sine iudicio*”. Junto con perfeccionar algunos alcances de dicho principio, consagra la retroactividad de la nueva ley más favorable. Su texto no incluye en la reserva las medidas de seguridad y corrección, lo que a juicio de algunos autores nacionales es poco deseable⁵, a diferencia de otras legislaciones como la española⁶.

Respecto de los complementos de irretroactividad, origen legal y certidumbre, se encuentran con mayor o menor protección constitucional, dependiendo de la interpretación que se adopte de las disposiciones citadas.

2.2. Principio de legalidad en el Código Penal Chileno.

En la legislación ordinaria el principio de legalidad aparece expresamente reconocido en, al menos dos preceptos, a saber los artículos 1 y 18 del Código Penal, en el segundo se presenta con algún grado de desarrollo la aplicación de la irretroactividad de la ley. Su exposición con mayor detalle se efectuara en los epígrafes siguientes.

Las normas del Código Penal Chileno aludidas son las siguientes:

Artículo 1 del Código Penal: " Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley".

Artículo 18 del Código Penal: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito 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 que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla, de oficio o a petición de parte. 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.”

⁵ En este sentido, E. Cury, obra citada, página 168.

⁶ Artículo 25 N°1 de la Constitución española: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”

2.3. Consecuencias de la proclamación del principio de legalidad.

El principio de legalidad es reconocido en nuestra constitución y leyes. Por su parte, la doctrina nacional lo ha definido como aquel por el cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando exista una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo además, la clase de castigo a que se encuentra sometido⁷.

De este concepto se desprenden dos formas del principio rector del derecho penal.

1.- No hay delito sin ley.

2.- No hay pena sin ley.

Respecto a la consagración de este principio Maurach agrega que no hay delito ni pena sin ley previa, escrita y estricta.

Con respecto a esto, la doctrina nacional, en este sentido, señala que tiene tres efectos:

1.- En primer lugar, que sea una ley previa, implica una prohibición de retroactividad, que limita las facultades del legislador.

2.- En segundo lugar, que sea una ley escrita, conlleva que sólo puede ser fuente legal la ley propiamente tal, dejando de lado los reglamentos, decretos con fuerza de ley, decretos leyes u otros que no tienen el carácter de ley, o sea aquellas fuentes que no tienen forma de ley de conformidad a la constitución.

Este principio, que significa una importante limitación al juez, ya que no podría buscar más allá de lo permitido por la ley para sancionar una conducta, también lo es para el poder ejecutivo, ya que no podría crear delitos mediante reglamentos o decretos con fuerza de ley.

3.- En tercer lugar, que la ley sea estricta, hace alusión a la prohibición expresa de analogía. No se le permite al juez recurrir a ninguna clase de normas que no esté contenida en la ley. No puede a través de un razonamiento analógico crear un tipo para una conducta atípica a partir de otra típica que se le parece. También se suele exigir redacción precisa, buena parte de la doctrina nacional considera esta exigencia implícita en "estricta"⁸.

La exigencia antes referida, que se denomina también mandato de determinación o taxatividad, se vincula con el tipo penal, ya que al legislador le corresponde tipificar el

⁷ Con matices, S. Polítoff, J. Matus, M. Ramírez: Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte general, Edit o-rial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, página. 94; y E. Cury obra citada, página 165.

⁸ En ese sentido, E. Cury obra citada, página 168.

delito, para lo cual, debe describir los elementos subjetivos, objetivos o normativos que conforman la conducta conminada con la sanción penal⁹.

Algunos autores enfatizan la importancia que este principio tenga el carácter de precepto constitucional. Puesto que si sólo estuviera consagrado en la ley, podría generarse su posterior modificación o derogación, ya sea en forma total o parcial, expresa o tácita¹⁰.

Con la consagración de la tipicidad, en el precepto constitucional ("... la conducta este expresamente descrita..."¹¹), el ciudadano, al obrar, tiene conocimiento, por una ley vigente, qué conductas constituyen delito y están penadas, y cuales otras no lo son y pueden ser llevadas a cabo libremente. La misión del derecho penal se frustraría si las conductas estuvieran vagamente establecidas en la ley.

Este principio, no es sólo una institución jurídica sino que es la base de todo un sistema político que considera la libertad individual como el más elevado valor social¹².

La ley será, entonces, quien determine las penas y los hechos delictivos, describiendo sólo algunas conductas ilícitas delitos sancionados por el derecho penal. Por lo que no existirá delito sin tipo, ni tipo que no esté expresamente señalado y descrito en la ley.

2.3.1. *Principio de reserva de legalidad estricto o ley como fuente de delitos y penas*

La ley es la única fuente de la cual puede emanar la consagración de cualquier delito. Dejando, por lo tanto, de lado la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales de derecho, los decretos con fuerza de ley, decretos leyes o los reglamentos como fuente del derecho penal. Esta ley debe haberse formado con sujeción a las normas constitucionales.

Se debe tener presente que cualquier ley que describa una conducta como delictuosa y le asigne una pena debe ser estimada ley penal, aunque no se encuentre materialmente agrupada con las otras normas penales. Todo ello como consecuencia de la unidad del ordenamiento jurídico

No constituyen leyes propiamente tales:

1.- Decretos con fuerza de ley.

Son aquellas normas emanadas del poder ejecutivo previa delegación del poder legislativo.

⁹ Así es sostenido por M. Garrido Montt. Derecho Penal, Parte General. Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 2001, Santiago, Chile, página 33.

¹⁰ Así lo sostiene la doctrina dominante, por todos A. Etcheberry, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 1999, 3ª edición, Santiago, Chile, página 76.

¹¹ Artículo 19 N°3 inciso 8° de la Constitución Política de la República de Chile.

¹² Se extiende en este punto, A. Etcheberry, obra citada, página 78.

Se mantienen, hasta el día de hoy, leyes penales creadas a través de este mecanismo que no han sido declaradas inconstitucionales. Tanto la doctrina como la jurisprudencia no han dado una solución a este problema.

En la constitución de 1925, el silencio de sus disposiciones dejaba dudas. Con la modificación de 1970 hizo evidente su inconstitucionalidad como fuente de Derecho Penal.

Actualmente la constitución de 1980 es clara en su artículo 61, donde especifica que la autorización del congreso al ejecutivo no puede extenderse a materias que constituyan garantías constitucionales.

Respecto de la constitucionalidad de las normas penales consagradas en decretos con fuerza de ley, la doctrina divide sus opiniones. Algunos autores sostienen que son inconstitucionales como fuente de delitos por lo que incluso cabe el recurso de inaplicabilidad¹³; en cambio otros autores, por razones prácticas y siguiendo la jurisprudencia nacional, no son tan enfáticos en adherir a su inconstitucionalidad¹⁴.

2.- Decretos Leyes.

Son normas dictadas por un gobierno de facto durante un período constitucional excepcional, en que los órganos democráticos han dejado de funcionar.

A diferencia de los decretos con fuerza de ley, no puede discutirse la validez durante el periodo de facto, especialmente si se tiene presente que el orden constitucional está interrumpido y el imperio de sus disposiciones es un asunto de hecho¹⁵.

Se funda en que aún cuando la actividad del congreso esté suspendida existe un orden por el cual velar. El problema aparece cuando el régimen político se reestablece y estos decretos leyes se mezclan con otras normas que si fueron legalmente establecidas.

Algunos autores sostienen que una vez restablecido el orden constitucional y desaparecida la autoridad de facto, cesa de surtir efecto, por lo que no debieran recibir aplicación, siendo inconstitucionales¹⁶.

Por otra parte, otros autores, al igual que en el caso anterior, por razones prácticas y políticas, no son enfáticos en referirse a su inconstitucionalidad¹⁷.

En relación a otras fuentes como la doctrina, la jurisprudencia, costumbre y principios generales de derecho, no constituyen fuente inmediata del derecho penal, sino que sólo fuente mediata de ella. Sirviendo ellos para ilustrar o interpretar ciertos conceptos que se encuentran en otras áreas.

Un punto conflictivo de las fuentes mediatas lo encontramos en las leyes penales en blanco.

¹³ En este sentido, E. Cury, obra citada, página 171.

¹⁴ En este otro sentido, A. Etcheberry, obra citada, página 80 y siguiente.

¹⁵ Criterio absolutamente dominante en la doctrina, así en E. Cury, obra citada, página 171, y A. Etcheberry, obra citada, página 82, aludiendo este último criterios metajurídicos.

¹⁶ Con encomiable espíritu cívico, E. Cury, obra citada, página 172.

¹⁷ Así lo plantea, A. Etcheberry, obra citada, página 82.

3.- Ley Penal en Blanco.

Es posible definir esta clase de leyes como aquellas en que una parte de ellas esta destinada a ser integrada por reglas o preceptos que una autoridad, distinta al legislador, determinará¹⁸.

Desde otra perspectiva, es posible decir que ley penal en blanco es aquella que determina la sanción y la acción u omisión a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la precisión de estas circunstancias a una norma distinta¹⁹.

Las leyes penales en blanco se fundamentan en que en general se advierte que existen materias sobre las que recaen mandatos y prohibiciones penales que experimentan una permanente evolución por lo que es comprensible el propósito de la autoridad de procurar un permanente ajuste de sus normas a través de instancias legislativas de inferior jerarquía.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que también constituye ley penal en blanco el disponer sanción penal a conductas reguladas por ordenamientos de igual o superior jerarquía, en tal caso las motivaciones de utilización de esta fórmula es por la forma orgánica en que se encuentran tratadas algunas materias en otras leyes penales o extrapenales.

El problema que se presenta con las leyes penales en blanco es su compatibilidad con el principio de legalidad, el determinar si es posible y hasta donde lo es, su adecuación a las modernas exigencias constitucionales.

Gran parte de los autores sólo ve inconvenientes en la ley penal en blanco propia²⁰, no en la impropia (en la que se abandona la determinación a normas de igual o mayor jerarquía), en cuanto guarde la forma de ley, la ley penal en blanco impropia no presentaría una infracción importante al principio de legalidad.

Sin perjuicio de lo anterior es importante destacar que el tal principio no se ve resguardado con la sola formalidad de ley, en las leyes penales en blanco impropias deben respetarse los principios complementarios, principalmente el “estricta”, prohibición de analogía y precisión de la descripción²¹.

Al tenor de lo expuesto anteriormente la doctrina nacional observa los límites a la ley penal en blanco en los propios preceptos constitucionales. El artículo 19 N° 3 inciso 8 de la constitución chilena señala “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Aún cuando haya sido el propósito del legislador la proscripción de toda ley penal en blanco, el tenor del precepto constitucional permite la aceptación de esta clase de leyes siempre que resguarde las exigencias determinadas por el mismo precepto:

¹⁸ Con matices, A. Etcheberry, obra citada, página 83.

¹⁹ En este sentido, E. Cury, obra citada, página 174, otorgando una definición que permite imponer límites que permitan su constitucionalidad.

²⁰ En ese sentido, E. Novoa, Curso de derecho Penal Chileno, Tomo I, Editorial jurídica de Chile, 1966, Santiago, Chile, página 121

²¹ Se extiende en este punto, E. Cury, obra citada, página 179 y siguientes.

- a) La ley penal debe describir de la acción u omisión que bajo determinados supuestos se penará, abandonando a la disposición complementaria sólo la precisión de las condiciones en que ello ocurrirá.
- b) Sólo exige que la conducta esté “expresamente” descrita, no “completamente” descrita (lo que sí exigía la redacción original del proyecto).
- c) Cuando se remite a norma de inferior jerarquía, debe determinar por sí misma la sanción aplicable.

No tan sólo encuentra consagración en el artículo 19 N° 3 inciso 8 de la Constitución Chilena, sino, además, por lo dispuesto por el 19 N° 3 inciso 7 de la misma, que alude a que la pena debe estar señalada en una ley.

2.3.2. *Principio de taxatividad y la prohibición de analogía*

La ley penal, al crear delitos y penas, debe referirse directamente a los hechos que constituyen aquellos y a la naturaleza y límites de éstas²².

Debe el tipo estar expresamente establecido y delimitado con la mayor precisión, prohibiéndose la analogía. No está permitido que el juez, en un afán de querer incriminar conductas que la ley no ha considerado, ya sea por mera ignorancia de su existencia o por alguna otra razón, aplicar analógicamente las sanciones previstas en conductas típicas que se parecen.

Tras un estudio más detenido es posible concluir que lo único que importaría un menoscabo del “*nullum crimen nulla poena sine lege*” sería la integración analógica, aplicando una norma legal para un caso semejante para el cual no ha sido dada, principalmente creando delitos, no así la interpretación analógica, en cuanto esta última no sería más que una forma de fijar el sentido de normas legales preexistentes haciendo uso del aforismo “en donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”, que en nada implica trasgresión al principio de legalidad²³.

¿Cuál sería el alcance de la prohibición de la integración analógica en materia penal?

La mayoría de la doctrina, dado los términos de nuestra Constitución Política de la República artículo 19 N° 3 inciso 7 y 8 y Código Penal Chileno artículo 18, se inclina por una prohibición relativa, sólo a los casos que importan crear delitos o agravantes, es decir cuando se aplica en perjuicio del autor o “*in malam partem*”, dado que dichas disposiciones, que regulan el principio de reserva legal, se refieren sólo a “establecer penas” y “castigar”. La aplicación en beneficio del autor o “*in bonam partem*” es del todo legítima y constitucional²⁴.

Otros autores estiman que la analogía está prohibida en todo caso, sea “*in malam partem*” o “*in bonam partem*”, el primer caso por las razones precedentemente expuestas y, el segundo caso, no por oposición al tenor constitucional, sino por oposición a la

²² En este sentido, A. Etcheberry, obra citada, página 75.

²³ En el mismo sentido, A. Etcheberry, obra citada, página 113 y E. Cury, obra citada, página 200 y siguientes.

²⁴ Así sostiene E. Cury, obra citada, página 202.

ley, en cuanto esta no determinó una exención o atenuación de pena para la situación a que se pretende aplicar²⁵.

En lo relativo a la determinación de las normas punitivas, al igual que en otras legislaciones, como la española, existe un pequeño grupo de normas que crean delitos mediante la utilización de descripciones demasiado genéricas, tipos penales abiertos y cláusulas generales²⁶, que a juicio de algunos autores importan una puerta a una posible y eventual inseguridad jurídica y limitación al principio de reserva legal en este sentido²⁷.

2.3.3. *Principio de irretroactividad de la ley penal*

Por regla general la ley entra en vigencia a partir de su publicación, salvo disposición especial al respecto, y concluye su vigencia al momento de su derogación expresa o tácita.

En lo penal (sustantivo), al igual que en otras áreas del derecho rige el principio de irretroactividad de la ley de conformidad a lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal Chileno.

No obstante dicha disposición legal, como consecuencia del principio de legalidad (“previa”), ello se consagra constitucionalmente: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”²⁸. Lo señalado anteriormente tiene como consecuencia que, a diferencia de otras ramas del derecho, este principio no puede verse desmedrado ni aún mediante la imposición de una ley que disponga retroactividad, por cuanto esta última adolecería de inconstitucionalidad.

Retroactividad de la ley penal más favorable. La mayoría de los autores y legislaciones se ha inclinado por admitir la excepción de retroactividad para el caso de la ley penal que otorgue un tratamiento más benigno al hecho incriminado. Esto último haya su fundamento en la consideración de que el legislador dispone implícitamente que el tratamiento legal anterior era innecesariamente riguroso o inadecuado a las necesidades sociales, por lo que no resulta procedente imponer una pena declarada inútil o excesiva.

Esta excepción a la retroactividad encuentra en nuestro ordenamiento consagración expresa en el propio artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

Lo anterior es complementado y precisado por lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal²⁹, esta disposición regula los casos y como ha de aplicarse la excepción de retroactividad de la ley más favorable, fijando además las contraexcepciones a esta regla.

²⁵ Es de ese parecer A. Etcheberry, obra citada, página 114 y E. Novoa, obra citada, página 151 y siguiente.

²⁶ Por ejemplo, artículo 473 del Código Penal, entre otras disposiciones.

²⁷ En este sentido, J. Náquira. Derecho Penal. Teoría del delito. Ed. Mc.Graw-Hill, Santiago, Chile, página 71.

²⁸ Artículo 19 N° 3 inciso 7 Constitución Política de la República de Chile.

²⁹ Ya transcrito anteriormente en este trabajo.

Elementos de esta excepción a la irretroactividad:

- a) Ley más favorable. Se entiende por ley más favorable:
 - i) Aquella que “exima al hecho de toda pena” (Artículo 18 Código Penal).
 - ii) Aquella que “le aplique una menos rigurosa” (Artículo 18 Código Penal).

En este el segundo caso puede suceder que resulte poco claro. Un ejemplo de las dificultades que puede presentar esta expresión se manifiesta con las prescripciones, circunstancias modificatorias de responsabilidad, marcos de pena, naturaleza de la pena, etc. En tales casos la determinación se debe efectuar atendiendo al caso “en concreto”, lo que obliga al tribunal a realizar borradores de sentencia, usando en cada una las distintas leyes por separado, para determinar en definitiva cual de ellas es más favorable³⁰. Aún así puede resultar dudoso, como por ejemplo el caso de penas de distinta naturaleza, en tales eventos se atiende a las situación personal del condenado o, según algunos autores, a su propia opinión³¹.

- b) Promulgación de la ley más favorable.

El Artículo 18 del Código Penal sólo exige “promulgación” para que tenga lugar la excepción de retroactividad, pudiendo entrar en “vigencia” en un momento distinto.

- c) Obligatoriedad de la norma que dispone la aplicación retroactiva de la ley más favorable.

La aplicación de la ley más favorable es obligatoria para el tribunal, la norma es categórica: “deberá” (18 del Código Penal inciso 2º y 3º).

- d) Extensión temporal de la norma que dispone la aplicación retroactiva de la ley más favorable.

Hasta la modificación de 1972 debía hacerse efectiva la ley más favorable respecto de hechos anteriores a su promulgación sobre los cuales al momento de producirse esta última, no hubiere recaído “sentencia de término”. Lo dispuesto siempre fue objeto de críticas, puesto que daba lugar a injusticias³², por ejemplo, que ante hechos iguales, cometidos al mismo momento, fueren castigados en forma distinta por dictarse sentencia de término en uno de ellos antes de la promulgación de una ley más favorable y en el otro caso después, la dilación del proceso no depende del acusado.

³⁰ En este sentido, E. Novoa, obra citada, página 194 y E. Cury, obra citada, página 229

³¹ En este último sentido, en posición minoritaria, L. Cousiño, Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I, Editorial jurídica de Chile, 3ª edición de 1992, página 129.

³² En ese sentido, E. Novoa, obra citada, página 196 y A. Etcheberry, obra citada, página 145.

Hoy la obligación se extiende aún después de ejecutoriada la sentencia, haya o no cumplido la condena, lo que obliga a los tribunales, de oficio o a petición de parte, a revisar indefinidamente sus fallos en que la nueva ley produjere modificaciones en ellos. La doctrina nacional es de la opinión de sólo hacer efectiva la modificación que produce la ley más favorable cuando la sentencia a modificar esté produciendo algún efecto práctico. Por otra parte, se discute si deben revisarse y modificarse los fallos en virtud de una nueva ley que no necesariamente determina una pena distinta pero, facultativamente por parte del tribunal podría hacerlo, por ejemplo: norma que amplía el marco penal, la doctrina dominante es de la opinión de que en tal caso la nueva ley no obliga a modificar de oficio, sin embargo podría tener lugar una revisión a petición de parte³³.

- e) Limitación a los efectos de la norma que dispone la aplicación retroactiva de la ley más favorable.
 - i) No modifica lo relativo a indemnizaciones pagadas o cumplidas. La limitación no se refiere a penas, las multas son penas. Incluye las costas procesales y personales³⁴.
 - ii) No modifica lo relativo a las inhabilidades. No se refiere a penas, sino a determinadas consecuencias civiles o administrativas que acarrear algunas penas, por ejemplo, inhabilidad para ingresar a administración pública, ejercer guarda, etc.³⁵.

2.3.4. *Principio de legalidad en relación de las garantías individuales, en el ámbito jurisdiccional y de ejecución de las penas*

Habiendo descrito la operatividad del principio de legalidad en el ámbito de la tipicidad y penalidad, resulta necesario observar la forma en que la legislación chilena consagra este principio en el ámbito jurisdiccional y de ejecución de las penas.

Principio de legalidad como garantía jurisdiccional. En el inciso 5 del artículo 19 N° 3 de la constitución chilena, se consagra expresamente que no hay pena sin juicio. Este juicio previo debe estar legalmente tramitado, por lo que constitucionaliza también el debido proceso.

Actualmente este principio también se encuentra en el nuevo código procesal penal. Asimismo se exige expresamente que debe juzgarse por el tribunal competente y que se hallare establecido con anterioridad a la perpetración del hecho punible.

³³ Por todo lo señalado, A. Etcheberry, obra citada, páginas 145 y siguiente.

³⁴ En ese sentido A. Etcheberry, obra citada, página 147, M. Garrido, obra citada, página 116 y E. Cury, obra citada, página 231.

³⁵ En ese sentido, E. Cury, obra citada, página 231.

Artículo 19 N° 3 inciso 4 y 5 de la Constitución Política de la República de Chile:

“Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho.

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

Art. 79 del Código Penal Chileno:

“No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada”.

Principio de legalidad como garantía en la ejecución de la pena. El principio de legalidad como garantía en la ejecución de la pena encuentra consagración en el artículo 80 del citado código. “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”.

3. Principio de culpabilidad

Este principio supone que el hombre es libre para actuar. De no serlo el derecho penal no tendría razón de existir ya que sería ilógico imponerle una sanción a quien actúa obrando motivado por cualquier fuerza externa y no por su propia voluntad.

La culpabilidad es un “juicio de reproche, eminentemente personal, que la sociedad formula al autor de una conducta típica y antijurídica, porque en la situación concreta en que se podría haber evitado su perpetración, y de esta forma haber actuado conforme a derecho”³⁶.

La culpabilidad es un concepto fundamental para el derecho penal. Se le reconoce por distintos autores, como piedra angular del derecho a castigar³⁷.

3.1. La libertad como fundamento de la culpabilidad.

La doctrina chilena tradicional postula, como fundamento material de la culpabilidad, a la persona como ser libre. Esta concepción antropológica del hombre como ser libre, por consecuencia, ser responsable, además de ser imperante en nuestra cultura occidental, encuentra consagración y reconocimiento en los principales textos de Derecho Internacional Público y en las diversas constituciones, donde se sientan las bases de los poderes públicos, el estado de derecho y las garantías de los ciudadanos³⁸.

La culpabilidad es, de conformidad al criterio clásico, el fundamento de la pena. En este sentido el Estado puede sancionar a sus miembros porque siendo libres, esto es, pudiendo determinarse a su libre albedrío, escogen realizar actos ilícitos. Se castiga

³⁶ Definición aportada por J. Náquira, obra citada, página 322.

³⁷ Por todos E. Cury, obra citada, página 385, quien inclusive hace suyas las palabras de Hafter señalando que “el problema de la culpabilidad es el problema del destino del derecho a castigar”.

³⁸ En este sentido, J. Náquira, obra citada, página 335.

debido a que son responsables personalmente de un acto realizado por su propia decisión³⁹.

Es posible señalar que hoy existe cierto consenso en que la libertad de que se habla debe entenderse no en términos absolutos⁴⁰, es posible señalar que “la concepción de culpabilidad en el alcance que se ha señalado ha sido materia de críticas, por cuanto parte de un presupuesto no comprobado y que no es posible demostrar: el libre albedrío del ser humano. Nadie puede garantizar que el hombre se autodetermina o, al contrario, que es determinado. El libre albedrío y el determinismo son posiciones existenciales que constituyen hipótesis por las cuales puede optarse intelectualmente, pero hasta el momento quedan fuera de lo demostrable. Se estima peligroso construir un derecho penal fundado en una premisa de tal naturaleza”^{41 42}.

Algunos autores al referirse a la culpabilidad han señalado que “el reproche de culpabilidad sólo es posible si se atribuye al sujeto la capacidad de autodeterminar en cierta medida su conducta, esto es, un margen de libertad en sus decisiones. Ni el determinismo ni el libre albedrío concebido a la manera del racionalismo clásico permiten fundamentarlo adecuadamente”⁴³.

3.2. Contenido y consecuencias del principio de culpabilidad

En la actualidad existe acuerdo en que la consagración de este principio y su evolución se ha proyectado alcanzando otros principios derivados⁴⁴.

-Principio de personalidad de la sanción penal. La responsabilidad penal es personalísima. No se responde penalmente por hechos ajenos⁴⁵.

-Principio de responsabilidad por el hecho o atribuibilidad del hecho.

La responsabilidad penal puede emanar de la perpetración de una conducta. No es posible responsabilizar a un sujeto por presentar determinado estado, personalidad o condición de vida. Con matices, se acepta que la personalidad pueda ser considerada para evaluar la imputabilidad y como una circunstancia de graduación del reproche que se efectúa por el acto⁴⁶.

-Principio de dolo o imprudencia o de exclusión de responsabilidad puramente objetiva. No basta el surgimiento de responsabilidad penal que una persona cause mate-

³⁹ En este sentido M. Garrido, obra citada, página 198.

⁴⁰ E. Cury, obra citada, página 398 y siguiente, y M. Garrido, obra citada, página 199.

⁴¹ En este sentido, M. Garrido, obra citada, página 199.

⁴² Una respuesta a la crítica sobre la libertad como fundamento de la culpabilidad hemos de encontrarla en la doctrina nacional en J. Náquira, obra citada, páginas 335 y siguientes.

⁴³ E. Cury, obra citada, página 398 y siguiente.

⁴⁴ Explicándolo brevemente de modo semejante a como se expone, J. Náquira. Obra citada, página 323.

⁴⁵ Con mayor extensión sobre este punto es posible revisar E. Cury, obra citada, página 89 refiriéndose al carácter personalísimo del derecho penal.

⁴⁶ Así se aprecia en E. Cury, obra citada, página 403 y siguientes, quien además critica las posiciones que justifican el derecho penal de autor, no tan sólo por razones políticas sino porque “tal criterio afecta al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, porque significa abrir la puertas a la posibilidad de enlazar el reproche de culpabilidad no a la ejecución de la conducta legalmente tipificada, sino a una vaga apreciación conjunta del curso de la existencia del autor”.

rialmente un hecho delictivo, es necesario que el sujeto obre con dolo o imprudencia, excluyendo toda eventual responsabilidad de carácter puramente objetiva.

-Principio de imputación personal. Para que se genere responsabilidad penal es necesario que el sujeto a quien se le atribuye posea cierto grado de desarrollo biopsico-social normal.

3.3. Función limitadora del principio de culpabilidad

La esencia del principio de culpabilidad puede expresarse en dos proposiciones:

- “No hay pena sin culpabilidad”. La sociedad no puede hacer un reproche social al individuo que sólo ha cometido la conducta típica y antijurídica, no puede sancionarlo ni aplicarle una pena sin culpabilidad. No obstante lo expuesto, la doctrina nacional dominante⁴⁷ está conteste en que la culpabilidad debe ser aplicada de manera estricta, es decir, sólo debe exigirse para aplicar una pena, no así una medida de seguridad que puede ser aplicada a personas que han actuado de manera típica y antijurídica, no así culpable (por ejemplo enajenados o menores de edad). Este principio lo encontramos consagrado de manera indirecta y parcial en nuestra Constitución, Código Penal, Código de Procedimiento Penal y Código Procesal Penal.

En la Constitución Política de la Republica de Chile. Señala el artículo 19 N° 3 de Constitución Política de la Republica: “La Constitución asegura a todas las personas: N° 3 inciso 6° “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. Los autores nacionales ven en esta disposición una protección indirecta y parcial de principio de culpabilidad. De manera indirecta, porque no se refiere a él de forma expresa, sólo lo presume como elemento previo a la responsabilidad penal; y de manera parcial, porque deja abierta la posibilidad que el legislador pueda establecer presunciones simplemente legales de culpabilidad⁴⁸.

En el Código Penal Chileno. En el Código Penal Chileno no se observan disposiciones que consagren de modo expreso el principio de no hay pena sin culpabilidad, de forma indirecta se advierte la existencia de algunas disposiciones a partir de las cuales se puede inferir el reconocimiento de algunos de sus aspectos. Entre otras, la exención de responsabilidad por caso fortuito, artículo 10 N° 8 del Código Penal (exigencia de dolo o culpa).

Otros principios derivados son reconocidos por otros cuerpos, en ese sentido, el Código Procesal Penal consagra el carácter personalísimo de la sanción penal:

Artículo 58 Código Procesal Penal: “La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra los personalmente responsables del delito.

La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les afectare”.

⁴⁷ En ese sentido, E. Cury, obra citada, página 390. y J. Náquira, obra citada, página 326.

⁴⁸ Claramente planteado en J. Náquira, obra citada, página 323.

Inclusive es posible afirmar que el Código Penal nacional se consagra de modo general una presunción de culpabilidad, en este sentido el artículo 1° del Código Penal Chileno señala lo siguiente:

Artículo 1° Código Penal: “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.

Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”.

Esto es explicado por algunos autores⁴⁹, señalando que la culpabilidad en sentido amplio, de manera abstracta, puede presumirse. Sería el caso que el juez puede presumir que las personas son psíquicamente sanas y por ello imputables penalmente, que conocen o están en condiciones de conocer, lo que es antijurídico y que el contexto situacional es el normal.

Lo anterior no quiere decir que el juez no deba probar, a través de los medios de prueba establecidos en la ley, la existencia de culpabilidad en un hecho específico y determinado.

Respecto de las instituciones penales que constituyen una negación de este principio, es posible señalar que en el derecho común chileno se expresan del modo que sigue:

-Delitos calificados por el resultado. Estos delitos si bien son inconstitucionales, a juicio de buena parte de la doctrina⁵⁰, se encuentran consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, y muchas veces se fomenta su consagración. Un ejemplo de ello es el artículo 313 C del Código Penal.

Artículo 313 letra C Código Penal “Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán sin perjuicio de las que correspondieren por la muerte, lesiones u otras consecuencias punibles que eventualmente resultaren de la comisión de tales delitos.”

-Institución “*Versari in re illicita*”. Se postula que quienes realizan una conducta antijurídica responden de todas las consecuencias, previsibles o imprevisibles. En nuestra legislación no se encuentra contemplada.

-La peligrosidad sin delito. Aquí se substituye la culpabilidad por la peligrosidad del sujeto. En nuestro ordenamiento no se encuentran delitos relacionados con la peligrosidad del sujeto. El último vestigio de delitos de este tipo quedaron sin vigencia al derogar la Ley de Estados Antisociales y los delitos de vagancia y mendicidad. Sin embargo, están estipuladas agravantes que a juicio de algunos autores⁵¹ se relacionan con la peligrosidad del sujeto.

-Delitos o agravantes por el estado o condición de la persona. Se encontraban algunos casos de estos delitos en la ley, hoy se encuentran derogados. Por ejemplo, el delito de mendicidad o vagancia. Lo que si se encuentra aún en nuestra legislación es la cau-

⁴⁹ En ese sentido, J. Náquira, obra citada, página 325 y siguiente.

⁵⁰ En ese sentido, E. Cury, obra citada, página 388.

⁵¹ Entre ellos, E. Cury, obra citada, página 389.

sal de agravante por reincidencia de delitos, artículo 12 N° 14, 15 y 16 del Código Penal. Algunos autores abogan por su exclusión como circunstancia modificatoria de responsabilidad⁵².

-Presunciones de Culpabilidad. Existen autores que señalan que la consagración de presunciones simplemente legales constituyen una infracción al principio de culpabilidad⁵³, ya que hacen posible que se aplique una pena sin haber demostrado la culpabilidad. Otros autores nacionales han defendido estas presunciones⁵⁴. Por último otro sector de la doctrina nacional señala que para ser legítimas requiere analizarse si tienen o no un fundamento empírico razonable⁵⁵.

-“La pena no puede sobrepasar la medida de culpabilidad”. La determinación de la pena depende de diversos factores, tales como la mayor o menor gravedad de injusto (el grado de desarrollo del delito, si la conducta fue dolosa o imprudente) y el mayor o menor grado de culpabilidad del actor y las consideraciones de prevención general o especial⁵⁶. Otros autores derechamente señalan que “la culpabilidad es la medida de la pena”⁵⁷. Se tiende a mal entender que el grado de reproche social, independiente de la conducta delictuosa que haya cometido, determinará la pena que se le imponga al sujeto. Si bien se debe partir de la base del injusto para determinar culpabilidad y posteriormente imponer una pena, no puede sancionarse de manera más grave por el sólo hecho de ser el ilícito de mayor gravedad. Esto debido a que la reprochabilidad social respecto al sujeto es personal.

Es posible encontrar fundamento a lo anterior en el artículo 64 del Código Penal que señala que las circunstancias de índole objetiva, ejecución de un hecho o medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la pena únicamente en los que tuvieren conocimiento de estas circunstancias, de esto debe entenderse que incorporado en la conciencia del autor, aumenta la intensidad de la contra motivación⁵⁸.

Sin embargo, este principio tiene un valor relativo ya que puede verse alterado por principios de prevención general o especial que pueden imponer una pena por debajo de la culpabilidad. Esto lo podemos apreciar por ejemplo en los delitos culposos, donde se impondrá una pena menor dependiendo del daño efectivamente causado, aunque para el autor fuere previsible y reprochable incluso uno más grave⁵⁹.

⁵² E. Cury, obra citada, página 208.

⁵³ En ese sentido, E. Cury, obra citada, página 388.

⁵⁴ Por ejemplo, E. Novoa, obra citada, página 526.

⁵⁵ Así en J. Náquira, obra citada, página 328.

⁵⁶ J. Náquira, obra citada, página 327.

⁵⁷ E. Cury, obra citada, página 390. Esta afirmación no esta exenta de críticas. Entre las posiciones críticas, Rivacoba, El principio de culpabilidad en el Código Penal Chileno, Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal Chileno, Valparaíso 1975, páginas 55 y siguientes.

⁵⁸ Con matices, E. Cury, obra citada, página 391.

⁵⁹ En ese sentido, E. Cury, obra citada, página 391.

4. Principio de peligrosidad

Buena parte de los autores nacionales al definir que ha de entenderse por “Derecho Penal”, lo extienden no tan sólo al estudio de los delitos y las penas, sino que también al examen de las medidas de seguridad⁶⁰.

Respecto de las medidas de seguridad deben también regir el principio de derecho penal de actos y no de autor⁶¹.

Este principio tiene por objeto dar fundamento y límites a las manifestaciones de la potestad punitiva estatal en la imposición de estas medidas.

En relación al contenido de este principio, cabe señalar que en nuestro país, como en buena parte de las naciones occidentales, es posible afirmar que rige un sistema de consagración de peligrosidad criminal postdelictual, no bastando una peligrosidad social abstracta, sino vinculada a la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos tutelados penalmente.

Un ejemplo claro del criterio adoptado últimamente por la legislación chilena es el tratamiento al enajenado mental, principalmente artículos 455 y 481 Código Procesal Penal. En cuanto a la imposición de una medida de seguridad, no basta el solo hecho que cumpla con las características de enajenado mental y que pueda ser "potencialmente" peligroso. Se exige que en concreto haya ejecutado una conducta típica y antijurídica.

En cuanto su duración, se limita, haciéndolas aplicables mientras subsistan las condiciones que la hicieron necesaria, que en ningún caso puede exceder la pena mínima probable, exigiendo al tribunal señalarlo en su fallo⁶².

5. Principio del “*non bis in idem*”

Consagra la imposibilidad de que un mismo hecho pueda ser sancionado en más de una ocasión por una misma infracción

Este principio es posible abordarlo, al menos, desde tres perspectivas:

⁶⁰ E. Cury, obra citada, página 37. “El derecho penal esta constituido por el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociado a ciertos hechos, legalmente determinados, una pena o una medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objeto de asegurar el respeto por los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica”. Con matices, M. Garrido, obra citada, página 13 definiendo al Derecho Penal como “parte del sistema jurídico constituido por un conjunto de normas y principios que limitan el poder punitivo del Estado, describiendo qué comportamientos son delitos, la pena que les corresponde y cuando se debe aplicar una medida de seguridad”.

⁶¹ En ese sentido, E. Cury, obra citada, páginas 94 y 115.

⁶² Artículo 455 Código Procesal Penal “Procedencia de la aplicación de las 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 atentará contra sí mismo o contra otras personas.”

Artículo 481 Código Procesal Penal inciso 1° y 2° “Duración y control de las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias, y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo.

Se entiende por pena mínima probable, para estos efectos, el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley prescribiere para el delito o delitos por los cuales se hubiere dirigido el procedimiento en contra del sujeto enajenado mental, formalizado la investigación o acusación, según correspondiere”.

- En concurso de normas penales sancionatorias. Conocido como “multiplicación excluida”: Principio en virtud del cual un hecho o circunstancia ya ha sido tomada en consideración para la imposición de una pena o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, no es lícito volver a tenerla en cuenta nuevamente⁶³. Algunos aprecian su consagración constitucional en el artículo 19 N° 3 inciso 7°⁶⁴, cuando se refiere a “una ley”. Con independencia de cual sea el fundamento legal del principio de multiplicación excluida, éste encuentra completa aceptación por parte de la jurisprudencia chilena, excluyendo el concurso de delitos y aplicando el tratamiento que corresponde al concurso aparente de leyes penales⁶⁵.

- En el ejercicio del proceso penal. Nuestra legislación contempla este principio en el Código Procesal Penal, artículo 1°, señalando que ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Asimismo señala que la persona condenada, absuelta o sobreeséida definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho. También dentro de este contexto, se consagra este principio respecto de las sentencias penales de tribunales extranjeros, con excepciones justificadas en el juzgamiento con el propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, de solicitarlo el imputado, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente⁶⁶.

- En la concurrencia de normas penales y administrativas. Las sanciones administrativas, serán aquellas medidas sancionatorias que se imponen por una autoridad administrativa, sin intervención de los tribunales de justicia, no obstante su naturaleza punitiva. Estas sanciones presentan cierta similitud con las penas criminales, por lo que cabe preguntarse si una vez aplicadas corresponde imponer una sanción criminal por el

⁶³ Inspira el artículo 63 del Código Penal:

“No producen el efecto de aumentar 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.

⁶⁴ Artículo 19 N° 7° de la Constitución Política de la República de Chile. “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.”

⁶⁵ A modo ejemplar, fallo de la Ilustrísima Corte de de San Miguel, de fecha 24 de enero de 1996, causa ROL número 2.678-95, en su considerando 5° expresa: “Que, tal como lo ha decidido esta Corte en ocasiones anteriores, el hecho de haber tenido el reo un arma y haberla portado, careciendo de los permisos exigidos por la ley, no puede entenderse en relación de concurso material con el delito de lesiones, sancionándose todos esos ilícitos por separado, toda vez que la posesión y uso del revólver, han sido un elemento sine qua non para la perpetración del atentado contra la salud, por el cual el imputado haya sido sancionado y un mismo hecho no puede ser castigado doblemente, so pena de afectarse severamente el principio fundamental de “non bis in ídem”.

⁶⁶ Artículo 13 Código Procesal Penal Chileno.

mismo hecho, cuestionamiento bastante debatido. Por una parte algunos autores observan una verdadera diferencia cualitativa entre sanciones penales y administrativas⁶⁷. Por otra parte, otros sostienen que la diferencia es eminentemente cuantitativa⁶⁸. Desde esta última perspectiva, en la medida de que el ilícito administrativo o civil y el ilícito penal mantengan identidad de sujetos, hecho y fundamento, parece más fácil justificar que se está frente a una violación al principio del non bis in ídem ya que se estaría sancionando dos veces por el mismo hecho cometido. A pesar de lo señalado anteriormente, la jurisprudencia nacional, pocas veces a tenido a la vista esta circunstancia, principalmente por la categórica formulación de algunas normas penales y administrativas que regulan esta materia, entre otras, el artículo 20 del Código Penal Chileno⁶⁹ y el artículo 120 de ley 18.834⁷⁰, incluso en fallos recientes, mantiene un criterio que reafirma la independencia de las sanciones penales de las administrativas⁷¹.

6. Principio de lesividad

Conocido también como principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y como principio de ofensividad. Este principio proclama que las conductas tipificadas por el legislador como delito deban ser expresión de la efectiva puesta en peligro o lesión de un bien jurídico determinado.

En general ha de entenderse por bien jurídico “todo bien, estado de cosas o unidad funcional social, de carácter ideal, proveniente de la persona o del orden social comunitario que, por estimarse valioso e indispensable para el digno, justo y responsable desarrollo del individuo o de la colectividad en democracia y libertad, está jurídicamente protegido”⁷².

Por oposición, la irrupción de este principio importa la imposibilidad de penalizar infracciones puramente formales carentes de contenido material injusto, meras violaciones de deber.

⁶⁷ En esa posición E. Novoa, obra citada, páginas 41 y siguiente.

⁶⁸ En ese sentido, E. Cury, obra citada, página 106.

⁶⁹ Artículo 20 del Código Penal Chileno: “No se reputan penas, la restricción de libertad de los procesados, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”.

⁷⁰ Artículo 120 de ley 18.834 “La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia las actuaciones o resoluciones referidas a ésta, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos.”

⁷¹ Un ejemplo claro, lo representa el fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Tercera Sala, de fecha 14 de diciembre de 2005, causa RUC número 0500369746-2, que anuló una sentencia absolutoria que se fundaba en que la conducta de consumo de drogas en lugares de acceso al público, penada como falta en nuestra legislación, al ser cometida por un privado de libertad, se hallaba sancionada como infracción en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, por lo que vulneraría el principio de “non bis in ídem”, señalando categóricamente en su considerando 7º: “Que, en fin, como ha sido criterio unánime permanente en la jurisprudencia, la sanción disciplinaria dispuesta por Gendarmería de Chile ante hechos que constituirían faltas, simple delitos o crímenes, no admiten relación alguna con el respectivo proceso penal en que se investigan ilícitos tipificados para luego dictar la sentencia correspondiente”.

⁷² J. Náquira, obra citada, página 72.

La aplicación de este principio debiera tener por consecuencia la exclusión de delitos en que no se aprecia bien jurídico tutelado o es vago. En este sentido, a modo ejemplar, en la legislación chilena resulta muy cuestionable el mantenimiento del delito de sodomía consentida^{73 74}.

En definitiva, el bien jurídico cumple funciones legitimadoras de las normas penales. En efecto, "...si el Estado detenta en forma monopólica el control penal y es quien determina los bienes que serán protegidos, la forma e intensidad de su protección, es necesario que en un Estado democrático de Derecho, las decisiones que ello supone sean racionalmente justificadas"⁷⁵.

7. Principio de intervención mínima

Con este nombre se conoce al principio con que se expresan dos características del derecho penal subsidiariedad o último medio y fragmentariedad. Atendido a que la aplicación derecho penal importa la más violenta afectación legítima de derechos que puede sufrir un individuo y al hecho de que regula las normas básicas sobre las que descansa la convivencia humana pacífica, es que se hace necesario restringir el ámbito de lo punible.

7.1. Principio de subsidiaridad

Inquieta a algunos autores el lugar creciente que el derecho penal ha tomado en la sociedad contemporánea⁷⁶. La sociedad debería propender a la utilización de otros recursos estatales o sociales para limitar el delito. La sanción penal es el último medio de contención de lo ilícito.

El derecho penal y el recurso de la pena sólo deben ser empleados cuando el ataque al bien jurídico no pueda impedirse acudiendo a los medios de solución dispuestos por otras ramas del derecho⁷⁷.

Lo contrario, además de deslegitimar el sistema penal, conlleva el riesgo de que el Estado sea incapaz de perseguir todo lo que prohíbe.

7.2. Principio de fragmentariedad

La aplicación de este principio importa que el derecho penal, además de castigar sólo aquellos comportamientos peligrosos o lesivos para un bien jurídico que no sean susceptibles de evitarse acudiendo a otras formas de contención, deba actuar sólo ante

⁷³ Artículo 365 del Código Penal "El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

⁷⁴ En ese sentido, S. Politof, J. Matus, M. Ramirez, obra citada, página 69.

⁷⁵ J. Náquira, obra citada, página 74.

⁷⁶ En forma expresa manifiesta esta inquietud, S. Politof J. Matus M. Ramirez, obra citada, página 67.

⁷⁷ En este sentido E. Cury, obra citada, página 86. Quien además incorpora a esta restricción a las medidas de seguridad y corrección.

los ataques más intolerables en contra de aquellos bienes jurídicos esenciales para la convivencia.

En estrecha vinculación al principio de legalidad, lo anterior se expresa en que las conductas que la ley amenaza con una pena, se encuentran descritas en ella y se precisa de la mejor forma posible, todo lo que quede fuera de ella se encuentra al margen de la reacción punitiva estatal, aún cuando revista caracteres de ilicitud o de lesión a bienes jurídicos.

8. Principio de proporcionalidad

Por una parte, el Estado debe reaccionar frente a un ataque efectuado a bienes jurídicos socialmente relevantes, en este sentido, este principio justifica la existencia de una sanción penal. Por otra parte, la gravedad de la pena debe guardar relación con la gravedad del hecho injusto cometido, desde esta otra perspectiva, este principio determina la graduación de la pena.

Se señala que para la fijación de penas se deberá tomar en cuenta⁷⁸ :

- a) La magnitud de la lesión del bien jurídico protegido. Con vinculación al principio de lesividad, la actividad represiva del estado sólo se legitima cuando se circunscribe a la protección de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia pacífica. Asimismo, para ser legítima, la reacción penal ha de guardar concordancia con la intensidad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico afectado.
- b) La intensidad del reproche a su autor. Con vinculación al principio de culpabilidad, ha de tenerse presente la reprochabilidad y su intensidad como elemento a considerar para determinar la gravedad del castigo.
- c) Nocividad social del comportamiento. La desobediencia de los mandatos o prohibiciones atenta al sentimiento de seguridad y a la conciencia jurídica de la sociedad. La lesión a estos conceptos constituye otro factor que ha de considerarse para la determinación de la pena.

8.1. Principio de proporcionalidad en el ordenamiento nacional.

Las penas están establecidas en nuestra legislación a través de un amplio catálogo que establece conductas típicas y les asigna una pena. La legislación chilena fija al poder judicial reglas estrictas para valorar circunstancias modificatorias de responsabilidad, dentro de escalas preestablecidas⁷⁹. Con esto deja al juez sólo un pequeño margen en el establecimiento de las penas para el caso concreto.

Una de las herramientas que permite ejercer limitadamente este principio es el artículo 69 del mismo código, donde se señala: "Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las cir-

⁷⁸ En el sentido en que se expone, M. Garrido, obra citada., página 49.

⁷⁹ Artículos 65 y siguientes del Código Penal.

cunstances atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito".

Efectuando una justificada crítica a la judicatura nacional, S. Politof, J. Matus y M. Ramirez, sostienen que "a pesar de la importancia que se le asigna a esta disposición por la doctrina nacional, nuestros tribunales tienden a hacer escasa aplicación de ella, limitándose, por regla general, a aplicar en la mayor parte de los casos el mínimo del grado de la pena resultante de las reglas anteriores, sin mayores fundamentos acerca del valor que las circunstancias concurrentes se le asigna, la entidad que les atribuye o la extensión del mal que se estima causado, de acuerdo al mérito del proceso, o de la forma en que todos estos factores se han conjugado en su pensamiento para llevarlo a la determinación precisa de la pena impuesta, a pesar de la inobjetable obligatoriedad de este artículo y de los reclamos que por una individualización judicial razonada y fundamentada hace nuestra doctrina."⁸⁰

9. Principio de necesidad

En estrecha vinculación con los principios de intervención mínima y lesividad, una vez resuelta en abstracto la intervención punitiva para determinada conducta, ha de cuestionarse si la imposición de la pena puede resultar innecesaria en relación a los fines que esta persigue. El derecho penal sólo sancionará una conducta cuando sea estrictamente necesario hacerlo y no existan otras instancias, o si existiendo, el resultado no es favorable ni lo suficientemente eficaz.

En nuestra legislación nacional, en principio es correcto afirmar que cuando el derecho penal sustantivo prevé una sanción para determinada conducta típica antijurídica y culpable, el órgano judicial no puede dejar de aplicar una pena. Atendida esta y otras consideraciones, el legislador introdujo al sistema penal, en el año 1944, la institución de la remisión condicional de la pena y, en el año 1983, reformuló dicha institución y agregó otras dos formas de medidas alternativas, la reclusión nocturna y libertad vigilada. Estas instituciones permiten al tribunal suspender la aplicación de una pena privativa o restrictiva de libertad al condenado por simple delito que no registre condenas anteriores o registre condenas mínimas⁸¹.

Las distintas instituciones señaladas contienen un requisito por medio del cual el tribunal puede hacer valorar la necesidad de aplicación de pena en el caso concreto⁸². Respecto de la remisión condicional, que es la medida alternativa menos intrusiva en la libertad del condenado, la concreción de este principio resulta aún más evidente en cuanto la ley exige que las circunstancias de no haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito y los antecedentes personales, conducta, naturaleza, modali-

⁸⁰ S. Politof, J. Matus y M. Ramirez, obra citada, página 537.

⁸¹ Artículos 4 letra b, 8 letra b y 15 letra b, ley 18.216. La remisión condicional de la pena y la libertad vigilada exigen que el condenado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, la reclusión nocturna permite ser aplicada a casos en que la pena privativa o restrictiva anterior que registren no excedan de dos años en total.

⁸² Artículos 4 letra c y d, 8 letra c y 15 letra c, ley 18.216. Requisitos subjetivos de remisión condicional, reclusión nocturna y libertad vigilada

dades y móviles del delito que permiten presumir que no volverá a delinquir, hagan “innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena”⁸³.

En la actualidad, dentro del marco del nuevo proceso penal chileno, vigente en Chile mediante una inserción progresiva en las distintas regiones del territorio, entre los años 2000 y 2005, se han otorgado facultades al órgano persecutor, Ministerio Público, para instar por poner fin a la investigación o no iniciarla cuando se trata de un hecho que no compromete gravemente el interés público, denominado “principio de oportunidad”, consagrado en el artículo 170 del Código Procesal Penal⁸⁴.

También existe en el nuevo proceso penal la posibilidad suspender la investigación bajo la observancia de determinadas condiciones, acordadas entre Fiscal e imputado y aprobadas por el tribunal, institución denominada suspensión condicional del procedimiento, prevista en el artículo 237 del mismo código⁸⁵.

⁸³ Artículo 4º ley 18.216. “La remisión condicional de la pena podrá decretarse:

- a) Si la pena restrictiva o privativa de libertad que imponga la sentencia condenatoria no excede de tres años.
- b) Si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito
- c) Si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior o posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades o móviles determinantes del delito permiten presumir que no volverá a delinquir.
- d) Si las circunstancias b) y c) hacen innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena.

⁸⁴ Artículo 170 de Código Procesal Penal. Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Éste, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere.

Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

La decisión que el juez emitiere en conformidad al inciso anterior obligará al fiscal a continuar con la persecución penal.

Una vez vencido el plazo señalado en el inciso tercero o rechazada por el juez la reclamación respectiva, los intervinientes contarán con un plazo de diez días para reclamar de la decisión del fiscal ante las autoridades del ministerio público.

Conociendo de esta reclamación, las autoridades del ministerio público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. Transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada ésta por parte de las autoridades del ministerio público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare.

La extinción de la acción penal de acuerdo a lo previsto en este artículo no perjudicará en modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

⁸⁵ Artículo 237 Código Procesal Penal. Suspensión condicional del procedimiento. El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento. El juez podrá requerir del ministerio público los antecedentes que estimare necesarios para resolver.

La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse:

- a) Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad, y
- b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

La presencia del defensor del imputado en la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento constituirá un requisito de validez de la misma.

Si el querellante asistiere a la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberá ser oído por el tribunal.

10. Principio de igualdad

Nuestro ordenamiento jurídico establece en su Constitución la igualdad de todas las personas, por lo que no hay grupos ni personas privilegiadas. El derecho penal no hace excepción a este principio. Además del reconocimiento simplemente legal en los artículos 14 del Código Civil y 5 del Código Penal, encuentra expresa consagración constitucional:

Artículo 1° “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Artículo 19 N° 2 “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”

Artículo 19 N° 3 inciso 1 e inciso 2 primera parte de la Constitución Política de la República de Chile “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.”

Uno de los últimos vestigios de esta desigualdad lo encontrábamos en los artículos 305 y siguientes del Código Penal que establecía delitos relacionados con la vagancia y la mendicidad, derogados el año 1998 por la ley 19.567.

Actualmente la igualdad se encuentra protegida en distintos ámbitos del derecho penal. Por una parte respecto a la tipificación de delitos que no dicen relación por una cualidad de la persona sino por el hecho cometido. Esto no debe confundirse con delitos que requieren una cierta especificación de la persona, por ejemplo los cometidos por funcionario público.

Por otra parte, se encuentra en nuestra Constitución la garantía de defensa jurídica en materia de derecho penal, que está proveída actualmente por la Defensoría Penal Pública.

Todo ello inserto en un proceso previo y justo donde el imputado tiene derecho a ser escuchado por quien dicte la sentencia y donde si existe una duda razonable no deberá ser jamás condenado.

En estricto rigor no se reconocen verdaderas excepciones al principio, no se establecen excepciones “personales”, sólo existen excepciones “funcionales” que amparan al sujeto en tanto ejercita el cargo respectivo.

Al decretar la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado, por el plazo que determine, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres. Durante dicho período no se reanudará el curso de la prescripción de la acción penal. Asimismo, durante el término por el que se prolongare la suspensión condicional del procedimiento se suspenderá el plazo previsto en el artículo 247.

La resolución que se pronuncie acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por el ministerio público y por el querellante.

La suspensión condicional del procedimiento no impedirá de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

11. Principio de reinserción social

Las penas por su propia naturaleza constituyen un castigo. Por lo que es necesario que se eviten las consecuencias inherentes de la imposición de una pena, como es el aislamiento social del condenado y la separación de su ambiente familiar y laboral. En la ejecución de la pena ha de procurarse que el condenado no pierda contacto con la comunidad y en especial con sus cercanos⁸⁶.

El principio de reinserción social exige que el sistema penal propenda a la reintegración del condenado a la sociedad o, al menos, evitar perturbaciones accesorias de su desarrollo personal y en su capacidad de reinserción a la convivencia pacífica en sociedad. No ha de entenderse por esto la manipulación del condenado, se debe respetar su individualidad evitando su segregación.

Una forma más drástica de alcanzar estos fines, en estrecha vinculación al principio de necesidad de pena, ha de hallarse en las distintas alternativas a la pena, que tienen como finalidad, entre otras, de reinsertar al sujeto que delinque, son las contenidas en la ley 18.216, conocidas como “medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”:

- a) Remisión Condicional de la Pena: consiste en la suspensión de su cumplimiento y la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo (artículo 3 Ley 18.216).
- b) Libertad Vigilada: consiste en someter al condenado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado bajo la vigilancia y orientación permanente de un delegado (artículo 7 Ley 18.216).
- c) Reclusión Nocturna: consiste en el encierro en establecimientos especiales, desde las 22 horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente (artículo 14 Ley 18.216).

12. Principio de humanidad de las penas

La humanidad de las penas se debe entender dentro del contexto de la dignidad de las personas. Nuestra constitución señala que los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos. Todos los seres humanos, sin excepción, delincuentes y honorables⁸⁷.

Aún cuando la pena es un mal impuesto al condenado, que importa la privación o restricción de algún derecho, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana exige que no hayan de imponerse penas crueles o degradantes, asimismo deben evitarse las sanciones estigmatizadoras, es por ello que se tiende a suprimir penas como la pena de muerte o castigos corporales

Nuestra carta fundamental, en su artículo 19 N° 1 inciso 4, prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

⁸⁶ En ese sentido, M. Garrido, obra citada, página 50.

⁸⁷ M. Garrido, obra citada, página 45: “La declaración del art. 1° de la Constitución, en el sentido de que los seres humanos nacen iguales en dignidad, hace imperativo que su protección se dirija a “todos”, de modo que favorezca también a los delincuentes. De suerte que la protección constitucional no está circunscrita al ámbito de los ciudadanos honrados y de buenas costumbres.”

Además en el año 2001 el estado chileno abolió parcialmente la pena de muerte, subsistiendo solamente en el Código de Justicia Militar.

Las penas que actualmente encontramos en nuestro Ordenamiento Jurídico son:

- 1.- Penas Privativas de Libertad.
- 2.- Penas Restrictivas de libertad.
- 3.- Penas Privativas de otros derechos.
- 4.- Penas Pecuniarias.

No se encuentran en nuestra legislación:

1.- Penas Corporales: Son aquellas que recaen sobre el cuerpo del reo. La pena de muerte fue abolida en el año 2001 en el derecho común de la forma en que se expuso.

Al abolirse la pena de muerte se incorporó la pena de presidio perpetuo calificado, pena de difícil justificación⁸⁸. Esta pena que es por toda la vida del condenado, sólo permite que se solicite la libertad condicional una vez cumplido 40 años de privación efectiva de libertad. Tampoco se permite otorgarle alguno de los beneficios intercarcelarios ni ser favorecido por leyes que establecen la amnistía o el indulto.

Se ha señalado que al no abolirse totalmente la pena de muerte podría volver a incorporarse al derecho común. Esto es discutible ya que Chile se encuentra obligado con el Pacto de San José de Costa Rica, el cual señala que en tanto que dicho tratado no sea renunciado, que al menos tratándose de delitos comunes, dicha pena no podrá ser reinstaurada⁸⁹.

2.- Penas Infamantes: serán aquellas que afectan al honor de la persona.

Excepcionalmente se encuentra en el Código de Justicia Militar la pena de degradación: artículo 228⁹⁰ y 241⁹¹ Código de Justicia Militar.

13. Principio de inocencia

Este derecho, reconocido en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en Chile tiene rango constitucional por estar incorporados en los trata-

⁸⁸ Así sostiene, E. Cury, obra citada, página 716. Una crítica más dura se observa en M. Garrido, obra citada, página 45 "Las penas perpetuas, fuera de ser intrínsecamente inhumanas, no se dirigen a reeducar al sentenciado, sino a marginarlo definitivamente (inocuiarlo); además, si se pretende justificar esta forma de reacción desde una perspectiva preventiva general, no parece ético instrumentalizar a un sujeto con tal de objetivo, convertirlo en un objeto (se cosifica), para lograr resultados que se refieren a los demás. Eso constituye un atentado al mandato constitucional de respetar la dignidad del hombre.

⁸⁹ En este sentido, E. Cury, obra citada, página 716, Politoff, Matus y Ramirez, obra citada página 276, y H. Nogueira, informe en derecho sobre moción para restablecer la pena de muerte para determinados delitos, en Ius et Praxis, Universidad de Talca, año 9 N°2, Talca Chile, páginas 217 y siguientes.

⁹⁰ Artículo 228 Código de Justicia Militar "La pena de degradación producirá la privación del grado y del derecho a usar uniforme, insignias, distintivos, condecoraciones o medallas militares; el retiro absoluto de la Institución; la incapacidad absoluta y perpetua para servir en el Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Carabineros; la pérdida a perpetuidad de todos los derechos políticos activos y pasivos; y la incapacidad para desempeñar, a perpetuidad, cargos, empleos y oficios públicos."

⁹¹ Artículo 241 inciso 1° Código de Justicia Militar: "El condenado a degradación será despojado, a presencia de las tropas que designe la autoridad militar, de su uniforme, insignias y condecoraciones, cumpliéndose las formalidades que determinen los reglamentos que dicte el Presidente de la República."

dos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, sin embargo no tiene consagración expresa en la constitución chilena⁹².

No encuentra consagración directa en el Código Penal como si lo hace en Código Procesal Penal, artículo 4 “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

Cuando se habla de presunción de inocencia, no se refiere a la presunción como prueba, sino como estatus básico del ciudadano sometido a un proceso.

Nadie está obligado a probar su inocencia. Respecto de la prohibición de presunciones de derecho y la discusión en orden a las presunciones legales de responsabilidad, se han tratado a propósito del principio de culpabilidad, guardando estrecha vinculación a este principio.

Buena parte de la doctrina⁹³, advierte, al menos, dos consecuencias de este derecho o principio:

- La carga de la prueba corresponde al Estado. En el sistema chileno, el estándar de convicción exigido para condenar corresponde al de “duda razonable”, establecido en el artículo 340 del Código procesal Penal: “nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiere, mas allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que le hubiere correspondido al acusado una participación culpable y ~~pena~~ pena por la ley”.⁹⁴

- El imputado debe ser tratado como inocente. Sin perjuicio del enunciado, este principio no excluye de plano la posibilidad de decretar medidas cautelares de carácter personal durante el procedimiento, siempre que no tengan por fundamento anticipar la condena, sino asegurar los fines del procedimiento⁹⁵.

⁹² En ese sentido, M. Horvitz y J. López, *Derecho Procesal penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2003, Santiago, Chile, página 78.

⁹³ Por todos, M. Horvitz y J. López, obra citada, página 78.

⁹⁴ A modo ejemplar, fallo de la Ilustrísima Corte de de San Miguel, de fecha 24 de enero de 1996, causa ROL número 2.678-95, en su considerando 5º expresa:

A modo ejemplar, fallo de la excelentísima Corte Suprema, de fecha 25 de abril de 2005, causa ROL de CS Nº 740-2005, que acoge un recurso de nulidad acogido, de sus considerandos 2º, 6º, 7º y 8º se desprende que una consecuencia del principio de presunción de inocencia es que la carga de la prueba le corresponde al Estado, de manera tal que si éste no satisface el estándar probatorio impuesto por la Ley Procesal, en concreto por el artículo 340 del Código Procesal Penal, no será posible imponer una pena al imputado derivada del juicio de culpabilidad. Así, estableciéndose que un inculpado, es autor ejecutor de un delito de incendio frustrado y de otro consumado, y condenarlo, porque al ejecutarlos obtendría un beneficio para sí, sin que exista prueba alguna de tal beneficio, o porque con ello favorecería a su empleador, constituye una infracción sustancial del derecho a que se presuma su inocencia. Lo mismo ocurre respecto del otro inculpado, al considerarlo como autor por inducción de los mismos delitos, porque es socio de la sociedad arrendataria del inmueble, que es beneficiaria de un seguro y tiene problemas financieros, consistentes en baja liquidez, mínima solvencia y rentabilidad, y condenarlo. Así, la condena como autores de los delitos indicados, sin que su participación haya sido acreditada en la forma prevista por la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Chile y el Código Procesal Penal, constituye motivo suficiente para anular tanto el juicio como la sentencia, por haberse producido la situación prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

⁹⁵ En ese sentido, M. Horvitz y J. López, obra citada, página 78.

II. LAS PENAS Y SU DETERMINACIÓN EN EL DERECHO PENAL CHILENO

1. Sistema de penas vigente en Chile

1.1. Penas constitucionalmente proscritas

En Chile no se encuentran derogadas a nivel constitucional la pena de muerte, las penas corporales ni la prisión perpetua, a diferencia de España. En efecto, la Constitución de 1980 solamente establece una limitación al legislador para establecer la pena de muerte como sanción al exigir en su artículo 19 N°1 inc. 3° que la ley que la imponga sea aprobada con quórum calificado.

La pena capital estuvo vigente en Chile hasta el año 2001. La ley N° 19.734, publicada en el Diario Oficial el 05 de junio de 2001 derogó la pena de muerte en la legislación chilena, reemplazándola por la de presidio perpetuo calificado (más detalles sobre esta clase de presidio se expondrán al tratar de esa pena más adelante). Sin embargo, esta derogación de la pena de muerte en la legislación chilena fue sólo parcial, ya que mediante las modificaciones que la misma ley introdujo en sus seis artículos a seis importantes textos legales (Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Justicia Militar, Código Orgánico de Tribunales, Ley de Seguridad del Estado y Ley que rige el Sistema de Libertad Condicional), mantuvo vigente la pena de muerte tanto en el Código de Justicia Militar como en una serie de leyes especiales para los delitos que pudieran cometerse en tiempo de guerra, sin distinguirse entre guerra interna y externa.

Para aquellos que han visto en la no abolición total de la pena de muerte de nuestra legislación un puerta por la cual aquella pudiera volver a incorporarse al derecho común, debe tenerse presente que existen limitaciones a la extensión y reinstauración en Chile de la pena de muerte por disposición del art. 4° del Pacto de San José de Costa Rica vigente en Chile desde la dictación del Decreto N° 873, de 5 de enero de 1991 (norma obligatoria de rango constitucional, por disposición expresa del artículo 5° de la Constitución Política de la República), el que establece un sistema de desaparición progresiva de la pena de muerte que asegura, en tanto dicho tratado no sea denunciado, que al menos tratándose de delitos comunes dicha pena no podrá ser reinstaurada.

Este art. 4° dispone:

1. que la pena de muerte no puede extenderse a “delitos a los cuales no se la aplique” al momento de su entrada en vigor en la República (art. 4.2, parte final);
2. que no puede aplicarse a delitos políticos o comunes conexos con los políticos, sin distinguir si ella se encuentra o no prevista legalmente (art. 4.4);
3. que sólo puede imponerse a “los delitos más graves”, sin distinguir si ella se encuentra o no prevista legalmente (art. 4.1); y,
4. que no puede ejecutarse sobre personas que al momento de cometer el delito, “tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de sesenta”, aunque esté legalmente prevista para ese delito (art. 4.5).

1.2. Clasificación legal de las penas

A pesar de la gran cantidad de penas que contempla nuestro sistema penal, es posible afirmar que como regla general en la mayor parte de los tipos penales se establecen como penas principales las privativas de libertad (reclusión o presidio) a veces acompañadas de una multa o de alguna inhabilitación.

La primera de las clasificaciones legales distingue las penas según la gravedad de los delitos que sancionan.

El artículo 3° del Código Penal dispone que “los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del art. 21”. El párrafo 2 del Título III del Código Penal en sus artículos 21 a 24 establece un sistema tripartito de penas de crímenes, simples delitos y faltas, en atención a la gravedad de la sanción. En el Art. 21. se expone, como acabamos de señalar, una escala general de las penas.

Son penas de crímenes:

- a) presidio perpetuo calificado, presidio perpetuo, reclusión perpetua, presidio mayor y reclusión mayor; y,
- b) relegación perpetua, confinamiento mayor, extrañamiento mayor y relegación mayor.

En Chile son crímenes, a modo de ejemplo, el homicidio (art. 391), la violación (art. 361) y la sustracción de un menor (art. 142).

Son penas de simples delitos:

- a) presidio menor y reclusión menor;
- b) confinamiento menor, extrañamiento menor, relegación menor y destierro;
- c) inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal, suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.

En Chile son simples delitos el hurto (arts. 445 y 446) y la detención arbitraria (art. 143), entre muchos otros hechos punibles que revisten este carácter.

Son penas de faltas:

- a) prisión; y,
- b) inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal y suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.

En Chile son faltas, por ejemplo, las lesiones leves (art. 494, N°5) y la coacción (art. 494, N°16).

Son penas comunes a las tres clases de ilícitos señalados:

- a) multa; y,
- b) pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito (art. 21).

Son penas accesorias de los crímenes y simples delitos:

- a) incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, en conformidad al reglamento carcelario (art. 21). Esta pena accesoria no existe para las faltas. Constituye un caso único de “ley penal en blanco al revés” difícilmente compatible con el mandato constitucional del art. 19 N°3 inciso 7° de la Constitución Política de la República de Chile. El actual Reglamento de Establecimientos Penitenciarios no regula esta pena (Decreto Supremo 518, vigente desde 1998).
- b) inhabilitación absoluta perpetua o temporal para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares e inhabilitación especial perpetua o temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular (art. 22 C.P.);
- c) inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad (art. 372 C.P.);
- d) comiso o pérdida de los efectos provenientes del crimen o simple delito y de los instrumentos con los que se ejecutó (art.31 C.P.)

Resumen que simplifica la primera clasificación legal de las penas (2.1.):

- a) Penas de crímenes. Es un crimen todo hecho punible al que se asocie una pena:
 - Privativa o restrictiva de libertad de más de cinco años (o perpetua)
 - Inhabilitación para algún cargo u oficio público o profesión titular (con independencia de su duración temporal)
 - Multa de más de 20 UTM (el concepto de UTM lo explicamos en 3.6.1.)
- b) Penas de simples delitos. Es simple delito todo hecho punible al que se asocie una pena:
 - Privativa o restrictiva de libertad de entre 61 días y hasta cinco años.
 - Suspensión de cargo u oficio público o profesión titular.
 - Multa de más de 4 y menos de 20 UTM;
- c) Penas de faltas. Es falta todo hecho punible al que se asocie una pena:
 - Prisión de 1 a 60 días;
 - Multas de menos de 4 UTM.

Consideraciones. La clasificación precedente (2.1.) es aplicable, de conformidad al art. 4 del Código Penal a los cuasidelitos: art. 4. La división de los delitos es aplicable a los cuasidelitos que se califican y penan en los casos especiales que determina este Código, de forma tal que en Chile existirían, al menos conceptualmente, cuasicrímenes, cuasisimples delitos y cuasifaltas. Sin embargo, por así disponerlo el art. 490 y 492, sólo pueden llegar a constituir cuasidelitos hechos que de mediar malicia constituirían crímenes o simples delitos contra las personas, excluyéndose todas las faltas.

La calificación anteriormente efectuada, fluye de la escala general de penas que contempla el art. 21 del Código Penal, sin embargo ella es incompleta, pues no comprende todas las penas dispuestas por el Código Penal como, por ejemplo, la del art. 472, que consiste en la cancelación de la carta de nacionalización para ciertos autores del delito de usura, o la del art. 372, que dispone la interdicción del derecho a ejercer la guarda y ser oído como pariente por la participación en ciertos delitos contra la integridad sexual. Además, hay muchas otras penas dispersas en leyes especiales.

La clasificación de las penas atendiendo a su gravedad se realiza atendiendo a la pena aplicable *in abstracto* al autor del delito consumado, sin considerar la pena aplicable en el caso concreto. Si un delito tiene asignadas penas de crimen y de simple delito, deberá estarse a la pena más grave para su calificación. Ejemplo: art. 396 mutilación de un miembro importante que tiene asignado un marco penal que abarca penas de crímenes y de simples delitos.

Efectos de la clasificación. La consecuencia práctica más relevante dice relación con la prescripción; son distintos los plazos de prescripción de la pena y de la acción penal de los crímenes, simples delitos y faltas (art. 93 y siguientes), sin perjuicio de que además en dicha clasificación la nota distintiva la ponen los delitos faltas, por cuanto a diferencia de los crímenes y de los simples delitos, las faltas sólo se castigan consumadas (art. 9), su encubrimiento es impune (art. 17), tienen asignada, para los cómplices que participan en ellas, una pena menor que la regla general (art. 498) y la ley penal chilena no se les aplica extraterritorialmente (art. 6).

De los artículos 21 a 23 se desprende la segunda clasificación legal que distingue entre penas principales y accesorias.

Penas principales: se pueden aplicar autónomamente a un crimen, simple delito o falta:

- a) Penas privativas de libertad perpetuas: presidio perpetuo calificado y presidio y reclusión perpetuos simples;
- b) Penas privativas de libertad temporales: prisión, reclusión y presidio;
- c) Penas restrictivas de libertad: confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro;
- d) Pena pecuniaria: multa;

- e) Penas privativas de otros derechos: inhabilidades, suspensiones, y otras interdicciones para el ejercicio de cargos públicos y profesiones titulares; cancelación de la nacionalización y la expulsión del país del extranjero condenado por delito de usura (art.472 inc.2°)

Penas accesorias: su aplicación acompaña necesariamente a la imposición de una pena principal;

- a) Suspensión e Inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos y profesiones titulares (salvo las que la ley contemple como penas principales). Además, está la inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad
- b) Privación temporal o definitiva de la licencia de conducir vehículos motorizados.
- c) Caución y sujeción a la vigilancia de la autoridad: según el artículo 23 del Código Penal pueden imponerse como penas accesorias obligatorias o facultativas, o bien, como medidas preventivas, pero sólo en los casos especiales que señala la ley. La caución, de escasísima aplicación práctica, está reducida a pena facultativa en el art. 298 del Código Penal. El art. 46 fija sus límites y alcance.
- d) Sujeción a la vigilancia a la autoridad (art. 45) que consiste en la facultad que se entrega al Juez de la causa de determinar los lugares a los cuales le será prohibido al penado presentarse después de cumplida la pena principal y durante el tiempo que dure la medida. Para su imposición, en atención a los antecedentes del reo y la naturaleza de su delito, es necesario que se dispongan al menos dos de las circunstancias siguientes:
- declarar el lugar donde pretende residir;
 - recibir la boleta de viaje para dirigirse a dicho lugar;
 - presentarse ante el funcionario que el Juez determine dentro de las 24 horas siguientes a su llegada al lugar fijado en la boleta;
 - no abandonar dicho lugar sin autorización del mencionado funcionario; y
 - adoptar un oficio, arte o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia.
- e) Incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal (art. 21). Sobre este punto nos remitimos a lo señalado en 2.1.5.
- f) Comiso: se trata de la pérdida de los efectos o instrumentos del delito. El art. 31 dispone que toda pena que se imponga por un crimen o un simple 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 crimen o simple delito. Por otra parte, el art. 500 señala respecto de las faltas una pena de comiso facultativo, ya que el comiso de los instrumentos y

efectos de los delitos faltas será decretado por el Tribunal a su prudente arbitrio según los casos y circunstancias.

- g) Encierro en Celda Solitaria: se encuentra derogado desde el año 2001 en el Código Penal. Estaba previsto en su artículo 91 inciso 2°. Sin embargo, sigue vigente en el Reglamento Penitenciario, art. 84 y siguientes, Decreto Supremo 518, vigente desde 1998, por lo que resulta discutible, al menos en Chile, otorgarle la naturaleza jurídica de pena a esta la medida de encierro en celda solitaria, en circunstancias que sería más propio considerarla como una medida de naturaleza administrativa.

Una tercera clasificación que encontramos en el Código Penal distingue las penas aflictivas de aquellas que no lo son (art. 37).

Son penas aflictivas:

- a) Penas privativas o restrictivas de libertad (salvo el destierro) desde tres años y un día;
- b) Penas de Inhabilitación para cargos u oficios públicos o profesiones titulares.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 37 del Código Penal y el art. 13 de la Constitución Chilena, la pena aflictiva no tiene efectos penales, sino constitucionales y procesales. En cuanto a los primeros, no permite adquirir la condición de ciudadano y hace perderla si se detentaba con lo cual el sujeto afectado no podrá sufragar ni desempeñar cargos de elección popular. El derecho a sufragar se suspende mientras el sujeto se encuentra procesado por un delito que merezca pena aflictiva.

En relación con los efectos procesales, en el nuevo proceso penal, tiene relevancia en el procedimiento a seguir al momento de adoptar la decisión de archivar provisionalmente una investigación, ya que si el delito merece pena aflictiva, la decisión de archivar provisionalmente los antecedentes de una investigación deberá ser revisada obligatoriamente por el Fiscal Regional (art. 167 del Código de Procedimiento Penal del año 2000).

Aunque no se trata de una clasificación expresa en nuestro Código, es menester destacar la distinción entre penas divisibles e indivisibles.

Son divisibles aquellas penas que admiten fraccionamiento por tener una duración limitada en el tiempo. Son conocidas como penas temporales (art. 25):

- a) Menores, son las penas privativas o restrictivas de libertad que duran de sesenta y un día a cinco años;
- b) Mayores, son las penas privativas o restrictivas de libertad que duran de cinco años y un día a veinte años.

- c) También son temporales la inhabilitación absoluta y especial para cargos y oficios públicos y profesiones titulares de tres años y un día a diez años. Lo mismo las suspensiones para cargos y oficios públicos y profesiones titulares, sin perjuicio de que estas penas no reciben la denominación de “mayores” o “menores”.

Las penas divisibles constan de grados (art. 56), de tal forma que en todas las penas privativas y restrictivas de libertad mayores y menores podemos encontrar tres grados: máximo, medio y mínimo, de la misma manera que las inhabilitaciones temporales y suspensiones siendo también divisibles constan también de los mismos grados.

Indivisibles: son aquellas penas que no admiten fraccionamiento. Son indivisibles todas las penas perpetuas.

1.3. Clasificación de las penas según su naturaleza, en atención al bien jurídico afectado

Corporales.

- a) Azotes: se suprimió definitivamente en el año 1949 (Ley N° 9.347). Se prescribía para los reincidentes en los delitos de hurto y robo, siempre que fueran mayores de dieciocho años de edad y no sobrepasaban los cincuenta años, como también para los autores de robo con violencia o intimidación.
- b) Pena de Muerte: nos remitimos en este punto a lo expuesto en el punto 1.

Infamantes: Sin perjuicio que en el Código Penal no se contemplan esta clase de penas, continúan subsistiendo en el Código de Justicia Militar en donde se contempla con este carácter la pena de degradación (Art. 228 y 241 CJM).

Privativas de Libertad: afectan la libertad ambulatoria del condenado. El Código Penal contempla tres especies:

- a) Presidio: según nuestro artículo 32 la pena de presidio sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal.
- b) Presidio Perpetuo calificado: esta pena fue introducida por el N°3 del artículo 1 de la Ley 19.734 (año 2001) en reemplazo de la prácticamente abolida pena de muerte “en todas las leyes penales”. Se trata de una pena muy severa que impide la entrega del beneficio de la libertad condicional y de cualquier otro beneficio que importe la libertad del condenado hasta transcurridos 40 años de cumplimiento efectivo de la pena, y la exclusión de la amnistía e indultos generales.
- c) Reclusión: la pena de reclusión de conformidad al artículo 32 no le impone trabajo alguno al condenado.

La distinción entre presidio o reclusión no tiene ningún efecto práctico ya que el actual Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (Decreto Supremo de Justicia, N° 518 de 1998) establece un régimen penitenciario común tanto para las personas detenidas como para los condenados y las personas sujetas a prisión preventiva, compartiendo todos el carácter común de *internos* para los efectos de dicha ley.

- d) Prisión: la pena de prisión de conformidad al artículo 32 no le impone trabajo alguno al condenado y su límite máximo de duración, a diferencia de las penas de presidio y reclusión, son 60 días.

Restrictivas de Libertad.

- a) Confinamiento: es la expulsión del condenado del territorio de la República con residencia forzosa en un lugar determinado (art. 33.).
- b) Extrañamiento: es la expulsión del condenado del territorio de la República al lugar de su elección (art.34).

Las penas de confinamiento y extrañamiento no se usan sino muy excepcionalmente en delitos de extrema gravedad como sanción alternativa, particularmente en atentados contra la Seguridad del Estado. Por otra parte y de acuerdo a las clasificaciones ya vistas, estas penas revisten además la naturaleza de penas temporales y divisibles.

c) Relegación: es la traslación del condenado a un punto habitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad (art.35). Está establecida como pena principal y alternativa en pocos delitos, lo que motiva su escasa aplicación práctica.

d) Destierro: es la expulsión del condenado de algún punto de la República (art.36). Carece totalmente de aplicación ya que el único delito para el cual se contemplaba como pena principal, el delito de amancebamiento, se encuentra actualmente derogado.

- e) Sujeción a la vigilancia de la Autoridad.

Privativas de Derechos.

Principales: Inhabilitaciones y suspensiones para cargos públicos y el ejercicio de profesiones titulares. Estas penas generalmente son establecidas por el legislador penal conjuntamente con una multa de pequeña cuantía.

- a) Inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares (art. 38).

Cuando esta pena es perpetua comprende la privación de todos los honores, cargos, empleos, oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares de que estuviere en posesión el condenado y la incapacidad perpetua para obtenerlos o ejercerlos; si esta

pena es temporal produce el mismo efecto anterior, con la diferencia de que la incapacidad dura sólo el tiempo de la condena. Cumplido este tiempo repone al condenado en el ejercicio de las profesiones titulares y en la capacidad para ejercer cargos públicos, pero no tiene el derecho a ser repuesto en el cargo público, empleo u oficio de que fue privado (art. 44)

- b) Inhabilitación especial perpetua y temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular (art. 39).

Su aplicación como pena principal se restringe a ciertos delitos funcionarios y para el caso de la inhabilitación especial para profesiones titulares, a los delitos de los arts. 231, 232 y 371 del Código Penal.

- c) Suspensión del cargo y oficio público y profesión titular (art. 40).

A pesar de estar establecida como pena principal en algunos artículos del Código Penal, la aplicación de esta pena está en el hecho suprimida en virtud de lo preceptuado en el Estatuto Administrativo, de conformidad con el cual quien ha sido suspendido en virtud de sentencia condenatoria no puede ser repuesto en su cargo, ya que lo pierde definitivamente, operando en la práctica entonces la pena de suspensión como pena de inhabilitación.

Accesorias: inhabilitaciones y suspensiones.

- a) Inhabilitaciones y suspensiones para el ejercicio de un cargo u oficio público, derechos políticos y profesiones titulares.

Estas penas se imponen de conformidad a las reglas de los arts. 27 a 31 del Código Penal, atendiendo a la pena impuesta en concreto, según los grados de desarrollo del delito, de participación y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal concurrentes, siempre que no se encuentren asignadas expresamente por ley al delito correspondiente.

- b) Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

Esta pena fue introducida al sistema de penas del Código Penal en el año 2004 mediante la dictación de la ley 19.927 que incorporó en el art. 39 bis esta pena de inhabilitación absoluta temporal para quienes fueren condenados como partícipes en los delitos de violación, estupro y otros delitos sexuales de conformidad con el art. 372 del C.P.

Pecuniarias

a) Multa

Las leyes N° 19.450 y 19.501 establecieron un sistema de fijación de las multas basadas en la “unidad tributaria mensual”, denominada UTM, esto es, la cantidad de dinero cuyo monto, determinado por ley y permanentemente actualizado, sirve como medida o punto de referencia tributaria.

Por regla general, el máximo imponible como multa es la cantidad de treinta UTM (art. 25, inc. 8°), aunque existen excepciones que superan esta cifra en nuestra legislación. El pago de una multa expresada en UTM es en pesos chilenos equivalentes al valor que la UTM tenga al momento del pago y su destino es fiscal, dándosele preferencia al sostenimiento de los establecimientos penitenciarios, instalación y mantención de Tribunales y mantenimiento de del Patronato Nacional de Reos.

El artículo 49 del Código Penal dispone que si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa, sufrirá por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses. Queda exento de este apremio el condenado a reclusión menor en su grado máximo o a otra pena más grave.

b) Comiso. se trató brevemente *supra*.

c) Caución. se trató brevemente *supra*.

1.4. Algunas de las diferencias más relevantes que se observan entre el sistema de penas que contemplan los Códigos Penales de Chile y España

Prisión: como pena privativa de libertad, la prisión en España es una pena asignada a los delitos graves, menos graves y leves, mientras que en Chile recibe esta denominación la pena privativa de libertad que no excede los sesenta días, siendo propia de los delitos faltas. Si la pena privativa de libertad en Chile supera los sesenta y un días, recibe el nombre de presidio o reclusión, según corresponda.

Por otra parte y mientras el propio Código Penal español establece dentro de las penas privativas de libertad un amplio sistema de sustitución de dichas penas en sus artículos 88 y 89, en Chile, es la ley N° 18.216 la que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, siendo estas, según dispone su artículo 1°, la remisión condicional de la pena, la reclusión nocturna y la libertad vigilada.

Privación del derecho a la tenencia y porte de armas: esta pena que en España puede aplicarse a los delitos graves, menos graves y leves, no está contemplada en el Código Penal de Chile.

Privación del derecho a residir y acudir a determinados lugares; el Código Penal español contempla penas como la prohibición de aproximarse a la víctima o a algunos de sus familiares u otras personas y la prohibición de comunicarse con la víctima o con algunos de sus familiares u otras personas (arts. 48 y 57, de España), las que pueden aplicarse a los delitos graves, menos graves y leves. Este tipo de penas no están reguladas en el Código Penal chileno con la amplitud española en donde a modo ejemplar puede advertirse en su artículo 57 la amplia gama de grupos de delitos allí enumerados y respecto de los cuales se aplican estas penas. Sin embargo existen normas de este tipo en ley 20.066 que regula violencia intrafamiliar y una pena accesoria semejante denominada Sujeción a la Vigilancia de la Autoridad, en la que pueden disponerse algunas medidas equivalentes, en relación con el lugar en el que se encontrará el delincuente.

Prisión subsidiaria por impago de multa superior a dos meses o por impago de multa proporcional. En Código Penal español las contempla dentro de las penas menos graves y eventualmente, como pena leve. (art. 35 y 53 del Código Penal español). Por su parte, el artículo 49 del Código Penal de Chile trata de un modo semejante al español el problema de la falta de pago de la multa, pero es destacable la mayor amplitud española al otorgar al Juez, además de la prisión, otras soluciones posibles, como son el arresto de fin de semana y trabajos en beneficio de la comunidad.

Trabajos en beneficio de la comunidad y trabajos en beneficio de la comunidad subsidiarios por impago de multa: son penas que en España pueden aplicarse a los delitos menos graves y leves. En el Código Penal de Chile no existen estas penas como penas subsidiarias al pago de multa ni como penas autónomas. Sin embargo, puede encontrarse estos trabajos establecidos como pena autónoma y principal en el caso de la falta de consumo en vía pública o en establecimientos educacional o de capacitación prevista en el artículo 50 de la Ley de drogas N°20.000, en la que se establece a título de pena la participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad hasta por un máximo de 30 horas a propuesta del departamento social de la Municipalidad respectiva y con el acuerdo del infractor.

2. Determinación judicial de la pena

Siendo en la sentencia en donde cobran vida todos los principios e instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal y que determinan al juez a absolver o a condenar al acusado, el tema de la determinación judicial de la pena reviste sin duda alguna la mayor de las importancias, sin perjuicio de lo cual, dada la naturaleza de la normativa legal existente a su respecto, se han planteado algunas interrogantes en cuanto a alguna de sus normas tanto en la doctrina como la jurisprudencia, suscitando sus respuestas una controversia discutida y discutible.

Reconociendo los aspectos polémicos de parte de la normativa legal, hemos tomado una opción que nos ha parecido razonable y compatible con ciertos principios jurídicos sustantivos o procesales y con la política criminal que inspira nuestro actual sistema

penal. En todo caso, no creemos que la discusión gestada esté concluida, y menos aún, que se haya dicho sobre aquella, la última palabra.

Es preciso advertir que este documento es de carácter general, y por lo mismo, no pretende explicar y solucionar toda la compleja y variada casuística que, en un momento dado, puede derivarse en un determinado proceso penal.

2.1. Reglas generales

Supone la consideración de un conjunto de reglas legales contenidas en la parte general y en la parte especial del C. P. o de leyes especiales. El propósito del legislador de la época ha sido reducir el arbitrio judicial, para lo cual, ha tratado de precisar al máximo los factores y su grado de importancia en la determinación de la pena aplicable en cada caso. No obstante, el sistema legal para la determinación judicial de la pena admite un cierto grado de discrecionalidad en la individualización de la sanción penal.

El primer factor y punto de partida obligado en la determinación de la pena, es la penalidad asignada por la ley al delito. No obstante, a menos que se trate de una pena indivisible, la sanción legal importa una cierta extensión, en tiempo o cuantía, dentro de cuyo marco el tribunal deberá precisar la magnitud definitiva de aquélla. Por otro lado, en diversas ocasiones, es preciso imponer una pena superior o inferior a la establecida por la ley al delito, para lo cual es preciso considerar las siguientes reglas:

2.1.1. Modo de contar las penas

Cada pena es un grado y cada grado es una pena (art. 57 del C.P.). Para el caso que la ley señale 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 (art. 58 del C.P.).

Ejemplo: El homicidio simple (Art. 391 N° 2 C.P.) tiene asignada una pena de presidio mayor en sus grados mínimos a medio. Por lo tanto, se contemplan dos penas:

- a) presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años); y,
- b) presidio mayor en su grado medio (10 años y 1 día a 15 años).

Ejemplo: El parricidio (Art. 390 C.P.) tiene asignada una pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Por lo tanto, se contemplan tres penas:

- a) presidio mayor en su grado máximo (15 años y 1 día a 20 años)
- b) presidio perpetuo; y
- c) presidio perpetuo calificado.

2.1.2. Las escalas graduales

Si en un caso concreto y por efecto de las reglas legales, es necesario aplicar una pena superior o inferior a la pena asignada por la ley a ese delito, es preciso ubicar esta pena en las escalas graduales contempladas en el art. 59 del C.P., y una vez encontrada, subir o bajar en la misma escala el número de grados necesarios (art.77del C.P.).

Ejemplo: La pena superior en un grado a la prisión en su grado máximo es el presidio o reclusión menores en sus grados mínimos (61 días a 540 días)

2.1.3. *Falta de grados superiores o inferiores*

De conformidad al art. 77 del C.P., es preciso establecer la siguiente distinción:

- a) Tratándose de las escala 2 y 3, la inexistencia de grados superiores en dichas escalas determinará la aplicación del presidio perpetuo; en cambio, en el caso de la escala 1, se impondrá el presidio perpetuo calificado.
- b) Tratándose de las escalas 4 y 5, la inexistencia de grados superiores en dichas escalas determinará la aplicación de la pena superior de la respectiva escala y además la de reclusión menor en su grado medio (541 días a tres años).
- c) La inexistencia de grados inferiores en cualquiera de las escalas, determinará la aplicación de la pena de multa (arts. 60, 61 N° 5 y 77 del C.P.). La cuantía de la multa se determina, en cada caso, dentro de los límites que se señalan en el art. 25 del C.P., en atención a la naturaleza de la infracción.

ESCALA NÚMERO 1

Grados

- 1° Presidio perpetuo calificado.
- 2° Presidio o reclusión perpetuos.
- 3° Presidio o reclusión mayores en sus grados máximos.
- 4° Presidio o reclusión mayores en sus grados medios.
- 5° Presidio o reclusión mayores en sus grados mínimos.
- 6° Presidio o reclusión menores en sus grados máximos.
- 7° Presidio o reclusión menores en sus grados medios.
- 8° Presidio o reclusión menores en sus grados mínimos.
- 9° Prisión en su grado máximo.
- 10° Prisión en su grado medio.
- 11° Prisión en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 2

Grados

- 1° Relegación perpetua.
- 2° Relegación mayor en su grado máximo.
- 3° Relegación mayor en su grado medio.
- 4° Relegación mayor en su grado mínimo.
- 5° Relegación menor en su grado máximo.

- 6° Relegación menor en su grado medio.
- 7° Relegación menor en su grado mínimo.
- 8° Destierro en su grado máximo.⁹⁶
- 9° Destierro en su grado medio.
- 10° Destierro en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 3

Grados

- 1° Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados máximos.
- 2° Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados medios.
- 3° Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados mínimos.
- 4° Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados máximos.
- 5° Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados medios.
- 6° Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados mínimos.
- 7° Destierro en su grado máximo.
- 8° Destierro en su grado medio.
- 9° Destierro en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 4

Grados

- 1° Inhabilitación absoluta perpetua.
- 2° Inhabilitación especial temporal en su grado máximo.
- 3° Inhabilitación especial temporal en su grado medio.
- 4° Inhabilitación especial temporal en su grado mínimo.
- 5° Suspensión en su grado máximo.
- 6° Suspensión en su grado medio.
- 7° Suspensión en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 5

Grados

- 1° Inhabilitación especial perpetua.
- 2° Inhabilitación especial temporal en su grado máximo.
- 3° Inhabilitación especial temporal en su grado medio.
- 4° Inhabilitación especial temporal en su grado mínimo.
- 5° Suspensión en grado máximo.
- 6° Suspensión en grado medio.

⁹⁶ La pena de destierro se contemplada para la mancha en el Art. 381 del C.P. para el delito de amancebamiento, el cual fue derogado por la Ley 19.335 de 1994.

7° Suspensión en grado mínimo.

2.1.4. *La determinación definitiva de la pena*

Viene dada por la consideración de los siguientes factores legales:

- a) pena señalada por la ley al delito;
- b) grado de desarrollo del delito;
- c) grado de participación del condenado en el delito;
- d) concurrencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes de la responsabilidad penal; y,
- e) mayor o menor extensión del mal producido por el delito y situación económica del condenado.

3. Factores legales para la determinación de una pena

3.1. Pena señalada por la ley al delito

De conformidad a lo dispuesto en el art.50 del C.P., la pena que la ley señala para un delito, se debe entender que lo es para el autor de un delito consumado.

Este factor es el punto de partida o la base legal sobre la que hay que empezar a desarrollar el proceso de determinación legal de la pena. En relación a este factor, es preciso considerar que en algunas oportunidades, el legislador crea un tipo penal y le asigna una pena, y, posteriormente, establece que si concurren ciertas circunstancias, la penalidad puede ser mayor o menor. En esta clase de situaciones es necesario determinar si la penalidad diferente (mayor o menor) dice relación o afecta al hecho delictivo en si mismo, o bien, está referida a la persona (s) de los eventuales partícipes. En el primer caso, el legislador penal ha creado un tipo especial calificado (mayor penalidad) o privilegiado (menor penalidad), caso en el cual, lo que se altera es la base o punto de partida para la determinación de la sanción. En el segundo caso, en cambio, las circunstancias agravantes o atenuantes que pueden afectar a los partícipes, deben ser consideradas dentro del efecto general de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y su proyección e importancia dependerá de las reglas generales, o bien, al particular efecto que la ley les haya otorgado en cada caso.

Ejemplo: El delito de secuestro (art. 141 del C.P.) se castiga con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo. Sin embargo, en su inciso tercero se establece que “si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio”.

El delito de detención ilegal (art. 148 del C.P.) sanciona al empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrar, arrestare o detuviere a una persona, con la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios. Sin embar-

go, su inciso segundo agrega: “si el arresto o detención excediere de treinta días aquellas penas serán reclusión menor y suspensión en su grados máximos”.

El delito de falsificación de documentos públicos o auténticos ejecutado por un empleado público abusando de su oficio (art. 193 del C.P.) se castiga con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Sin embargo, el art. 194 del C.P. establece que “el particular que cometiere en documento público o auténtico alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo”.

Sin embargo, hay casos en que la modificación de la penalidad abstracta asignada por la ley al delito puede derivarse no ya por la existencia de un tipo penal calificado o privilegiado, sino por alguna circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal de carácter especial (v.gr., arts. 72 inc. 1º y 73 del C.P.).

Resulta necesario considerar además si el legislador ha establecido penas copulativas, caso en el cual, el tribunal debe imponerlas a todos los responsables; pero cuando una de dichas penas se impone por circunstancias peculiares que sólo concurren en ciertas personas (s) no se hará extensiva a los demás (art. 61 regla Nº 4 del C.P.). Si la ley contempla penas alternativas, el tribunal puede escoger cuál imponer a unos u otros (art. 61, regla Nº 3). Finalmente, tratándose de penas accesorias (art. 27 al 31 de C.P.), el tribunal debe imponerlas expresamente al acusado (art. 76 del C.P.).

3.2. Grado de desarrollo del delito

Por regla general, el proceso ejecutivo o desarrollo de ejecución del delito admite tres etapas: la tentativa, el delito frustrado y el delito consumado. Excepcionalmente, se sanciona la conspiración y la proposición. De igual forma, en ciertas ocasiones, el legislador ha sancionado ciertos actos preparatorios de otros delitos por el peligro que ellos implican realizando así una verdadera anticipación punitiva en la protección de un bien jurídico.

De conformidad a lo dispuesto en los arts. 50 a 55 y en el art. 61 del C. P. las reglas legales en relación a este factor son:

- La pena señalada por la ley al delito debe entenderse referida para el autor de un delito consumado (art. 50 del C.P.). El autor de un delito frustrado se sanciona con la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito (art. 51 del C.P.). El autor de tentativa se sanciona con la pena inferior en dos grados a la señalada para el crimen o simple delito (art. 52 del C.P.). No hay que olvidar que las faltas sólo se sancionan cuando han sido consumadas (art. 9 del C.P.).

- Si la pena asignada al delito es una sola (una pena indivisible o un grado de una divisible), la rebaja de uno o dos grados se efectúa bajando en la escala gradual respectiva el número de grados correspondientes (arts. 61, 65 y 67 del C.P.). Si la penalidad asignada al delito consta de varias penas (dos o más indivisibles; varios grados de una divisible; de una o más indivisibles y uno o más grados de una divisible), la rebaja se hace a partir de la pena inferior de las que la ley señala (arts. 61, 66 y 68 del C.P.). *Ejemplo:* El delito de parricidio se castiga con la pena de presidio mayor en su grado

máximo a presidio perpetuo calificado (tres penas: presidio mayor en su grado máximo, presidio perpetuo simple y presidio perpetuo calificado). El parricidio frustrado tendrá como pena presidio mayor en su grado medio y la tentativa de parricidio el presidio mayor en su grado mínimo.

- Las reglas anteriores no se aplican en aquellos casos en que la propia ley ha establecido normas especiales para la punibilidad del *iter criminis*. *Ejemplo*: Art. 111 del C.P. “En los casos de los cinco artículos precedentes el delito frustrado se castiga como si fuera consumado, la tentativa con la pena inferior en un grado a la señalada para el delito, la conspiración con la inferior en dos grados y la proposición con la de presidio menor en cualquiera de sus grados”.

Art. 125 del C.P.: “En los crímenes de que tratan los artículos 121,122 y 124, la conspiración se pena con extrañamiento mayor en su grado medio y la proposición con extrañamiento menor en su grado medio”.

Art. 450 del C.P.: “Los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo 440 del párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”.

3.3. Calidad de los intervinientes en el delito

De conformidad a lo dispuesto en los arts. 14 a 17 del C.P., son penalmente responsables por un delito los autores, cómplices y encubridores.

La calidad de los intervinientes se rige por las siguientes reglas:

- La pena señalada por la ley al delito lo es para el autor del delito consumado (art. 50 del C.P.). El cómplice se castiga con la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito (art. 51 del C.P.). El encubridor se sanciona con una pena inferior en dos grados a la señalada para el crimen o simple delito (art. 52 del C.P.).

Exceptúanse de esta regla los encubridores comprendidos en el número 3, del artículo 17, en quienes concurra la circunstancia 1ª del mismo número, a los cuales se impondrá la pena de inhabilitación especial perpetua, si el delincuente encubierto fuere condenado por crimen y la de inhabilitación especial temporal en cualquiera de sus grados, si lo fuere por simple delito. También se exceptúan los encubridores comprendidos en el número 4, del mismo artículo 17, a quienes se aplicará la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

- Las reglas del art. 61 sobre la forma de contar la rebaja para determinar la penalidad, son plenamente aplicables en relación a este factor.

- En materia de faltas, el encubrimiento no es punible, y el cómplice recibe una pena no determinada específicamente, pero que no puede exceder, en duración o monto, de la mitad de la que corresponda a los autores (art. 498 del C.P.).

- Las reglas anteriores no son aplicables cuando la ley penal ha establecido normas especiales. *Ejemplo*: Art. 371 del C.P.: Cómplice sancionado como autor.

- Las reglas relativas a la calidad de los partícipes se aplican en combinación con las establecidas a las etapas de desarrollo del delito.

APLICACIÓN PRACTICA DE LAS REGLAS ANTERIORES:

VER TABLA DEL ART. 61 DEL CÓDIGO PENAL

3.4. Circunstancias atenuantes y agravantes

- No produce el efecto de agravar la pena las circunstancias agravantes a que se refiere el art. 63 del C.P.:

- a) Aquellas que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley.

Ejemplo: Art. 12, Nº 14, segunda parte: “cometer el delito después de haber quebrantado una condena y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento”, en relación con el delito de quebrantamiento de condena establecido en el art. 90 del C.P.

- b) Aquellas que la ley haya expresado al describir y penar el delito.

Ejemplo: La agravante de parentesco en el delito de parricidio, o bien, las cinco primeras agravantes del art. 12 en relación con el homicidio calificado.

- c) Aquellas que son de tal modo inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.

Ejemplo: El delito de apropiación indebida (art. 470 Nº 1 del C.P.). implica necesariamente el abuso de confianza (inherencia jurídica).

El homicidio de una criatura de seis meses, en el hecho, necesariamente, importa un comportamiento alevoso en su modalidad de “sobre seguro” (inherencia fáctica).

- La comunicabilidad de las circunstancias atenuantes y agravantes (art.64 del C.P.).

“Las circunstancias atenuantes o agravantes que consisten en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran.”

“Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o en su cooperación para el delito.”

- La influencia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal depende, en cada caso particular, de la naturaleza y grado de la pena establecida por la ley al delito.

a) La ley señala una sola pena indivisible:

Art. 65 del C.P.: “Cuando la ley señala una sola pena indivisible, la aplicará el tribunal sin consideración a las circunstancias agravantes que concurren en el hecho. Pero si hay dos o más circunstancias atenuantes y no concurre ninguna agravante, podrá aplicar la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados”.

b) La ley señala una pena compuesta de dos indivisibles:

De conformidad al art. 66 del C.P., es posible distinguir los siguientes casos:

- No concurren atenuantes ni agravantes: puede aplicarse cualquiera de las dos penas asignadas al delito.
- Concurren tanto atenuantes como agravantes: el tribunal debe compensarlas racionalmente, graduando el valor de unas y otras.
- Concurren sólo atenuantes: si concurren una sola, se debe imponer la pena en su grado mínimo. Si concurren dos o más, el tribunal puede imponer la pena inferior en uno o dos grados, al mínimo de los señalados por la ley, para lo cual, tomará en consideración el número y entidad de las atenuantes.
- Concurren sólo agravantes: si concurre una sola, se debe imponer la mayor de las dos penas establecidas para el delito. Si concurren varias agravantes, el C.P. no ha dado una regla sobre el particular.

c) La ley señala una sola pena, que es un grado de una divisible (v. gr., presidio mayor en su grado mínimo: 5 años y 1 día a 10 años).

De conformidad al art. 67 del C.P., es factible diferenciar las siguientes hipótesis:

- No concurren atenuantes ni agravantes: se puede recorrer toda la extensión de la pena.
- Concurren tanto atenuantes como agravantes: se debe compensarlas racionalmente, graduando el valor unas y otras.

- Concurren sólo atenuantes: si concurre una sola, se aplica la pena en su *mínimum*. Para esto es necesario dividir la pena en dos partes de igual duración: la mitad inferior constituirá el *mínimum*, y la mitad superior, el *máximum*.

Ejemplo: Presidio mayor en su grado *mínimo*: 5 años y un día a 10 años.

Etapas:

- 1) Es preciso reducir a días la extensión total de la pena. El día es la unidad básica de toda pena privativa o restrictiva de libertad. 5 años = 1.825 días.
- 2) División por mitad de la extensión total de la pena: $1.825 \text{ días} : 2 = 912,5 \text{ días}$.
- 3) Determinación de los límites de la pena fraccionada:
Mitad – *mínimum*: de 5 años y un día a 7 años 182 días.
Mitad – *máximum*: de 7 años 183 días a 10 años.

Siendo el día (no la hora) la unidad básica, no procede como límite inferior o superior las horas (v. gr., 7 años 182 días y 12 horas). Por ello, y de conformidad al principio de beneficiar al condenado, el límite superior de la mitad – *mínimum* no puede ser sino el indicado.

Ejemplo: Presidio menor en su grado *medio*: 541 días a 3 años.

Etapas:

- 1) Es preciso reducir a días la extensión total de la pena. El día es la unidad básica de toda pena privativa o restrictiva de libertad. 3 años son $365 \times 3 = 1.095 \text{ días}$. Es necesario restar el N° total de días que, en el presente caso, no constituyen la pena objeto de división: 540 (y no 541 ya que la pena objeto de estudio comienza en 541). $1.095 - 540 = 555 \text{ días}$.
- 2) División por mitad de la extensión total de la pena: $555 : 2 = 277 \text{ días y medio (12 horas)}$.
- 3) Determinación de los límites de la pena fraccionada:
Mitad – *mínimum*: de 541 días a 817 días.
Mitad – *máximum*: de 818 días a 3 años.

- Concurren varias atenuantes, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, según el número y entidad de las circunstancias.
- Concurren sólo agravantes: si concurre una sola, debe imponerse la pena en su “*máximum*”. Si son varias, puede aplicarse la pena superior en un grado.

- d) La ley señala una pena compuesta de dos o más grados (v. gr., presidio mayor en su grado *mínimo* a *medio*: 5 años y un día a 15 años).

De conformidad al art. 68 del C.P., es preciso diferenciar los siguientes casos:

- No concurren atenuantes ni agravantes: se puede recorrer la penalidad en toda su extensión.
 - Concurren tanto atenuantes como agravantes: se debe compensarlas racionalmente, graduando el valor de una y otras.
 - Concurren sólo atenuantes: si solo concurre una sola, no se puede imponer el grado máximo de la pena. Si concurren varias, el tribunal puede imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según el número y entidad de dichas circunstancias.
 - Concurren sólo agravantes: si concurre una sola, no puede aplicarse el grado mínimo de la pena señalada. Si concurren varias, se puede imponer la pena inmediatamente superior en grado al máximo de los establecidos por ley.
- e) Regla Común: art. 68 bis “Sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos, anteriores, cuando sólo concorra una atenuante muy calificada el tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito”.
- f) Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal de carácter especial:
- Aquellas que siguen el tratamiento y efecto de las circunstancias modificatorias en general (arts. 62 a 68 del C.P.).

Ejemplo: Art. 456 bis del C.P.: “En los delitos de robo y hurto serán circunstancias agravantes las siguientes:

- 1) Ejecutar el delito en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquier otra condición favorezcan la impunidad;
- 2) Ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física;
- 3) Ser dos o más los malhechores;
- 4) Ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito, y
- 5) Actuar con personas exentas de responsabilidad criminal, según el número 1, del artículo 10.

Las circunstancias agravantes de los números 1 y 5 del artículo 12 serán aplicables en los casos en que se ejerciere violencia sobre las personas.”

- Aquellas a las que el legislador ha otorgado un tratamiento y efecto especial, el cual debe operar una vez establecida la penalidad abstracta asignada por la ley al delito inmediatamente después de dicho primer factor, con lo cual se modifica la base o punto de partida de la penalidad.

Ejemplo: Art.72 inc. 1º del C.P.: “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.”

Art. 73 del C.P.:” se aplicará así mismo 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 algunos 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.”

- Aquellas a las que el legislador ha otorgado un tratamiento y efecto especial, el cual debe operar antes de las reglas de los arts. 65 a 68 del C.P.

Ejemplo: Art. 103 del C.P.: “Si el inculcado 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 muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68, sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta. Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo”.

- Aquellas a las que el legislador ha otorgado un tratamiento y efecto especial, el cual debe operar una vez establecida una pena provisional de conformidad a las reglas generales ya examinadas.

Ejemplo: Art. 72 inc. 2º del C.P.: “ En los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin estas circunstancias, aumentada en un grado, si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo estas circunstancias ser apreciada en conciencia por el juez.

3.5. Mal producido por el delito y facultades económicas del condenado

La aplicación de las reglas anteriores, en el caso de una pena divisible, nos ha conducido a un grado o fracción de grado, o bien, de ciertas extensión o cuantía. Sin embargo, ahora es necesario determinar dentro de ese marco económico o de tiempo, cuál será la pena que en definitiva le corresponderá al condenado.

- Si se trata de un grado fracción de grado de una pena divisible: de conformidad a lo dispuesto en el art. 69 de C.P., es preciso considerar dos factores:

- a) El número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes, lo cual, implica una valoración conjunta y en general de todas las circunstancias.
- b) La mayor o menor extensión del mal producido por el delito: la afectación del bien jurídico (lesión o peligro) y daño indirecto.

- Si se trata de la pena de multa: de conformidad a lo establecido en el art. 71 del C.P., el tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerla, y fijará la cuantía atendiendo a dos factores:

- a) Las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, y principalmente,
- b) El caudal o facultades del culpable.

4. Del concurso de delitos

4.1. Del concurso real o material de delitos

Existe si un mismo sujeto ha ejecutado o participado en dos o más delitos, independientes entre sí y sin que respecto de ninguno de ellos se haya dictado sentencia condenatoria firme.

1.2. Penalidad

1.2.1. *Acumulación material de las penas:*

Art. 74 del C.P.; “Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones”.

“El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, la sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves o sea las más altas en la escala respectiva, excepto la de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas de la escala gradual número 1”.

1.2.2. Acumulación jurídica de penas:

a) Art. 509 del C.P.P.: “En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándolas en uno, dos o tres grados.”

“Si por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pueden estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquellas que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados según sea el número de los delitos.”

“Podrán con todo aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del C.P., si, de seguir este procedimiento, haya de corresponder al procesado una pena menor.”

“Las reglas anteriores se aplicarán también en los casos de reiteración de una misma falta.”

“Para los efectos de este artículo se considerarán delitos de una misma especie aquellos que estén penados en un mismo título del C.P. o ley que los castiga.”

b) Art. 351 C. Procesal Penal: “Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo hecho, aumentándolas en uno o dos grados.

“Si por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos.

“Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor.

“Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico.”

1.2.3. Absorción de penas

Se sanciona el hecho delictivo más grave, y dicha pena es única y no se aumenta como en la acumulación jurídica.

a) **Concurso medial:** es un concurso real tratado como si fuera un concurso ideal (art. 75 del C.P.) y en donde uno de los delitos ha sido el medio necesario para cometer el otro.

b) **Concurso real de hurtos:** art. 451 del C.P.

“En los casos de reiteración de hurtos a una misma persona o en una misma casa a distintas personas, el tribunal hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, y la impondrá al delincuente en su grado superior.”

4.2. Del concurso ideal o formal de delitos

2.1. *Concepto*: Existe si un mismo sujeto a realizado un hecho que implica una pluralidad de delitos.

2.2. *Penalidad*: art. 75 del C.P. “ La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave. Si dicha pena fuere la de muerte, podrá imponerse en vez de ella, la de presidio perpetuo”.

4.3. Prioridad de las reglas de los concursos

Primero es preciso determinar cuál es la pena señalada por la ley para el delito (dimensión cualitativa de la pena), y posteriormente, fijado el punto obligado de partida, es posible aplicar las reglas sobre los diferentes factores que influyen en la determinación definitiva de la pena (dimensión cuantitativa de la pena).

4.4. De la unificación de penas

Tiene lugar si el responsable de una pluralidad de delitos ha sido condenado a **diversas penas en distintas sentencias** de un mismo tribunal (art. 160 del C.O.T.) o de tribunales diferentes (art. 170 del C.O.T.), y respecto del cual, **procede aplicar la norma del inc. 2º del art. 509 del C.P.P. por ser más favorable al procesado**. Esta disposición permite imponer una pena única por todos los delitos de la misma especie de que es responsable, aumentando en uno, dos o tres grados según sea el número de delitos, la sanción correspondiente al delito que considerado aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor.

4.5. Ejemplos docentes teórico-prácticos

PRIMER EJEMPLO

1. Supuesto jurídico-penal: **Unidad de delito**
2. Esquema de desarrollo

En el presente caso, se parte de la base que el tribunal, en el debido proceso penal, ha acreditado ciertos hechos y ha adoptado respecto de ellos una determinada (correcta o no) valoración jurídico-penal.

Antecedentes de hecho y su valoración jurídico-penal

- a) Se trata de un **homicidio simple consumado** (Art. 7 y 391 N° 2 del C.P.)
- b) Han intervenido dos personas. Un **autor-ejecutor y un cómplice**. El autor es un joven de 17 años que obró con discernimiento. El cómplice es un tercero extraño
- c) **Atenuantes generales:** 1) “haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito” (Art. 11 N° 3 del C.P.), y 2) “si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito” (Art. 11 N° 8 del C.P.)
- d) **Atenuantes especiales:** 1) “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” (Art. 72 inc. primero del C.P.) 2) “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” (Art. 73, inc. primero del C.P.) En el presente caso, ha sido una legítima defensa incompleta por exceso en la “necesidad racional del medio”.
- e) **Agravante genérica:** (art. 12 N° 4 del C.P.).

B. Factores legales a considerar

- a) **Pena señalada por la ley al delito:** El delito de homicidio simple tiene como pena legal presidio mayor en sus grados mínimos a medio (5 años y un día a 15 años) (art. 391 N° 2 del C.P.). Sin embargo, la penalidad base señalada por la ley, en presente caso, debe ser necesariamente modificada, antes de proseguir, para dar cabal cumplimiento a lo dispuesto por el legislador en los arts. 72 y 73 del C.P. Ahora bien, el tenor interpretativo del art. 72: “...se le impondrá la pena inferior ...”, obliga al tribunal a establecer como marco penal, para este caso, el presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años). Por otro lado, como el art. 73 del C.P. descansa sobre un supuesto de hecho distinto del contemplado en el art. 72, el tribunal deberá por segunda vez rebajar (aunque sea en un grado) el marco penal fijado por el art. 72 en relación al

art. 391 N° 2. En consecuencia, si el tribunal es de opinión que, por aplicación del art. 73 del C.P., procede rebajar un solo grado más la penalidad base del delito, ésta quedaría en presidio menor en su grado medio (541 días a tres años).

- b) **Grado de desarrollo del delito:** consumado
- c) **Calidad de los intervinientes:** un autor y un cómplice.

En consecuencia, el marco penal base pre-establecido (541 días a 3 años de presidio) puede ser aplicable al autor del delito consumado. Tratándose del cómplice, no procede a aplicar el art. 72 (atenuante especial personal) pero sí el art. 73 del C. P., toda vez que dicha disposición contempla una atenuación de responsabilidad vinculada al menor injusto o menor grado de culpabilidad respecto del hecho, lo cual en el caso concreto (legítima defensa incompleta) bien podría favorecer a un partícipe secundario y accesorio (art. 64 inc. segundo del C.P.). En consideración a lo anterior, el tribunal sobre la base del art. 73 del C.P., podría estimar como penalidad base para el cómplice (3 años y un día a 5 años), con lo cual, estaría rebajando la penalidad en un grado. Por otro lado, el tribunal ha estimado que la única agravante del caso no afecta al cómplice y dada su condición de tal, procede obligadamente la rebaja de la penalidad base pre-establecida para él (3 años y un día a 5 años) en un grado (541 día a 3 años), fijándole en definitiva 541 días de presidio (pena definitiva).

- d) **Circunstancias atenuantes y agravantes:** como es sabido, su influencia depende, en cada caso particular, de la naturaleza y grado de la pena establecida por la ley al delito. La aplicación de los arts. 72 y 73 de C.P., sobre el art. 391 N° 2 del C.P., ha determinado que, en concepto del tribunal, la penalidad base para el autor sería de 541 días a tres años de presidio. Por tratarse de un grado de una pena divisible, la materia está regulada por el art. 67 del C.P. por encontrarse acreditados dos atenuantes genéricas y una agravante de igual índole, el tribunal debe “compensarlas racionalmente, graduando el valor de unas y otras”. En esta oportunidad, el tribunal ha determinado compensar una atenuante con la agravante, razón por la que sólo quedaría pendiente de producir su efecto una atenuante, el que de conformidad al art. 67, **determina que se aplicará la pena en su mínimo.** Para esto es necesario dividir la pena en dos partes de igual duración: la mitad inferior constituirá el mínimo, y la mitad superior, el máximo.

Presidio menor en su grado medio: 541 a tres años.

- e) **Etapas en la división de la pena:**

- Es preciso reducir a días la extensión total de la pena. El día es la unidad básica de toda pena privativa o restrictiva de libertad.

3 años son $365 \times 3 = 1.095$ días. Es necesario restar el N° total de días que en el presente caso, no constituyen la pena objeto de división: 540 (y no 541, ya que la pena objeto de estudio comienza en 541 días).

$$1.095 - 540 = 555 \text{ días.}$$

- División por mitad de la extensión total de la pena:

$$555 : 2 = 277 \text{ días y medio (12 horas).}$$

- Determinación de los límites de la pena fraccionada:

Mitad – *mínimum* : de 541 días a 817 días.

Mitad – *máximum* : de 818 días a tres años.

- **Por tratarse de una fracción de grado de una pena divisible, procede aplicar art. 69 C.P.**, con el fin de determinar, dentro del marco temporal (*mitad – *mínimum**), la pena que en definitiva le corresponderá al condenado.

f) De conformidad a lo dispuesto por el art.69 C.P., es preciso considerar dos factores:

- **El número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes que han concurrido en el caso.** Ello determina una valoración conjunta y en general de todas las circunstancias, es decir, una segunda ponderación de aquellas bajo una perspectiva nueva, razonamiento valorativo del que el tribunal debe, necesariamente dejar expresa constancia a la sentencia.
- **La mayor o menor extensión del mal producido por el delito**, lo cual se traduce y expresa en la afectación del bien jurídico (*lesión o peligro*) y el daño indirecto ocasionado.

En el caso del ejemplo, habida consideración de lo dispuesto por el art. 69 del C.P., el tribunal podría haber llegado a la conclusión que el autor debería sufrir la pena de 700 días de presidio (**pena definitiva**).

SEGUNDO EJEMPLO

1. Supuesto jurídico-penal: Pluralidad de delitos.

2. Esquema de desarrollo.

En el presente ejemplo, se parte de la base que el tribunal, en el debido proceso penal, ha establecido ciertos hechos y ha adoptado respecto de ellos una determinada (correcta o no) valoración jurídico-penal.

Primer hecho delictivo.

A. Antecedentes de hecho y su valoración jurídico-penal.

Pedro en calidad de autor-ejecutor ha perpetrado con la ayuda de Micaela (cómplice), **un delito de violación e incesto** en la persona de su hija.

B. Factores legales a considerar.

a) Pena señalada por la ley al delito(s):

- Penalidad de la violación: presidio mayor en su grado mínimo a medio (5 años y un día a 15 años)
- Penalidad del incesto: reclusión menor en sus grados mínimo a medio (61 días a 3 años)

El hecho delictivo perpetrado por Pedro constituye un concurso ideal reglado por el Art.75 del C.P., según el cual, dicho concurso se sanciona con “la pena mayor asignada al delito más grave”, lo que en el presente caso sería presidio mayor en su grado medio (10 años y un día a 15 años).

b) Grado de desarrollo del delito: consumado.

c) Calidad de los intervinientes: un autor-ejecutor y un cómplice.

d) Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal: dos agravantes genéricas (Art. 12 del C. P.) y la institución de la media prescripción contemplada en la legislación penal (Art. 103 del C. P.). Esta institución y la disposición que la reglamenta tiene un carácter especial y prioritario sobre los Arts. 65 a 68, razón por la que el tribunal debe, necesariamente, aplicarla después de establecer la penalidad abstracta que la ley asigna al delito.

Art. 103 del C.P.: “Si el reo 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 muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo.”

Ahora bien, sobre la base de lo dispuesto en los Arts. 67 y 103 del C. P., el tribunal decide, en el presente caso, rebajar la penalidad en dos grados: presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años).

- e) **Por tratarse de un grado de una pena divisible**, procede aplicar el Art. 69 del C.P., con el fin de determinar, dentro del marco temporal pre-establecido (541 días a 3 años), la pena que en definitiva le corresponderá al condenado.
- f) De conformidad a lo dispuesto por el Art. 69 del C.P., es preciso considerar dos factores:
 - **El número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes que han concurrido en el caso.** Ello implica una valoración conjunta y general de todas las circunstancias, es decir, una segunda ponderación de aquellas bajo una perspectiva nueva, razonamiento valorativo del que el tribunal debe, necesariamente, dejar expresa constancia en la sentencia. En el presente caso, y por imperativo del Art. 103 del C.P., es en esta etapa de la determinación judicial de la pena donde, y por primera vez, van a ser consideradas las dos agravantes genéricas del Art. 12 del C.P.
 - **La mayor o menor extensión del mal producido por el delito**, lo cual se traduce y expresa en la afectación del bien jurídico (lesión o peligro) y el daño indirecto ocasionado. (Ej. menoscabo físico-psicológico de la víctima y el daño psicológico indirecto a su grupo familiar).

Los dos factores antes mencionados, deciden al tribunal aplicar al autor por el concurso ideal **3 años de presidio** (pena definitiva). En lo que dice relación a la pena definitiva para Micaela (cómplice) el tribunal debe considerar: a) lo dispuesto por el Art. 103 del C.P. que ha fijado como penalidad base del concurso ideal: presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años); y b) su calidad de cómplice lo que determina necesariamente la rebaja de la penalidad en un grado: presidio menor en su grado mínimo (61 días a 540 días). Por no concurrir para Micaela ni atenuantes ni agravantes, de conformidad al Art. 67 del C.P., el tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena, razón por la cual, en el presente caso, la fija en **300 días de presidio** (pena definitiva).

Segundo hecho delictivo.

A. Antecedentes de hecho y su valoración jurídico-penal.

Pedro fue sorprendido cuando intentaba ejecutar **un delito de robo con intimidación** tipificado en el Art. 436 del C.P.

B. Factores legales a considerar.

- a) **Pena señalada por la ley al delito:** Penalidad del robo con intimidación: presidio mayor en sus grados mínimo a máximo (5 años y un día a 20 años)
- b) **Grado de desarrollo del delito:** tentativa.

Respecto de este delito y a pesar de tratarse de una tentativa, de conformidad al Art. 450 del C.P., dicho hecho se castiga como consumado.

- c) **Calidad del interviniente:** autor.
- d) **Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal:** dos agravantes especiales (Art. 456 bis N°1 y N°2 del C.P.) y ninguna atenuante.
- e) **Por tratarse de un delito con una penalidad que consta de dos o más grados de pena divisible,** se debe aplicar el Art. 68 del C.P., según el cual, “cuando, no concurriendo circunstancias atenuantes, hay dos o más agravantes, podrá (el tribunal) imponer la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley”. En el presente caso, la pena inmediatamente superior en grado sería presidio perpetuo.

Considerando que la expresión “podrá” dice relación a una facultad y no a un deber, y por razones de justicia material y humanitaria, el tribunal decide aplicar por este hecho delictivo **20 años de presidio** (pena definitiva).

Tercer hecho delictivo.

A. Antecedentes de hecho y su valoración jurídico-penal.

Pedro, el día anterior que intentó perpetrar el delito de robo con intimidación, consumó **un delito de lesiones simplemente graves** (Art. 397 N°2 del C.P.) al dejar al ofendido con enfermedad por más de 30 días.

B. Factores legales a considerar.

- a) **Pena señalada por la ley al delito:** Penalidad de lesiones simplemente graves: presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años).
- b) **Grado de desarrollo del delito:** consumado.
- c) **Calidad del interviniente:** autor.
- d) **Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal:** dos atenuantes y ninguna agravante.

Por tratarse la pena de un grado de una divisible, la situación la regla el Art. 67 del C.P. pudiendo el tribunal “imponer la inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias”. En el presente caso, el tribunal ha decidido rebajar en un grado: presidio menor en su grado mínimo (61 días a 540 días).

- e) **Por tratarse de un grado de una pena divisible**, procede aplicar el Art. 69 del C.P., con el fin de determinar, dentro del marco temporal pre-fijado (61 días a 540 días), la pena que en definitiva le corresponderá al condenado.
- f) De conformidad a lo dispuesto por el Art. 69 del C.P., es preciso considerar dos factores:
 - El número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes que han concurrido en el caso; y
 - La mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

Habida consideración de lo dispuesto en el Art. 69 del C.P., el tribunal resuelve fijar por el presente delito, **400 días de presidio (pena definitiva)**.

Este supuesto de pluralidad de delitos, constituye un **concurso real o material de delitos** integrado por: a) un concurso ideal (violación e incesto) cuya pena se ha fijado en 3 años de presidio; b) un robo con intimidación cuya pena se ha establecido en 20 años de presidio; y c) un delito de lesiones con una pena de 400 días de presidio.

Establecidos estos hechos delictivos y sus correspondientes sanciones, el tribunal debe resolver si procede el Art. 74 del C.P., o bien si es factible aplicar el Art. 509 del C. de Procedimiento P. o el Art. 351 del C. Procesal P., para fijar la pena definitiva, no ya para cada delito, lo cual se ha hecho, sino para el concurso real o material de delitos. Para esto, **la ponderación a realizar debe ser objetiva, optando siempre por aquella**

alternativa que favorezca al condenado, lo cual ha sido siempre la opción de política criminal de todas las instituciones y principios rectores del derecho penal nacional.

Primera alternativa: Art. 74 del C.P.

El condenado deberá cumplir todas y cada una de las penas fijadas para los distintos hechos delictivos, las que sumadas en total implicarían 24 años y 35 días de presidio.

Segunda alternativa: Art. 509 del C.P.P. o Art. 351 del C.P.P.

Los hechos que conforman el presente concurso real, “por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pueden estimarse como un solo delito”, razón por la cual, “el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados según sea el número de los delitos”.

Lo anterior, supondría condenar al autor del concurso material a la pena de **presidio perpetuo**, lo cual objetivamente es sin duda ninguna más desfavorable para el procesado, razón por la que **el tribunal opta por aplicar el Art. 74 del C.P.**

5. Medidas alternativas

La Ley 18.216 de 14 de mayo de 1983, establece las medidas alternativas de cumplimiento de penas privativas de libertad. En esta ley se contemplan tres distintos beneficios, cuya aplicación dependerá del cumplimiento de los distintos requisitos establecidos en la misma.

Se entiende por Medidas Alternativas, aquellas que sustituyen la pena privativa en un recinto penitenciario por una sanción que permite continuar desarrollando la vida laboral, familiar y social de la persona.

Estas medidas son:

- 1) Remisión Condicional de la Pena
- 2) Reclusión Nocturna
- 3) Libertad vigilada

5.1. Remisión condicional de la pena

1.1. La remisión condicional de la pena consiste en la suspensión de su cumplimiento y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo.

1.2. Los **requisitos para que el tribunal pueda decretar** esta medida son (art. 4°):

- a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria no excede de tres años;
- b) Si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito;
- c) 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 que no volverá a delinquir; y
- a) Si las circunstancias indicadas en las letras b) y c) precedentes hacen innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena.

1.3. Si se establece este beneficio, el Tribunal debe establecer un plazo de observación que no será inferior al de duración de la pena, con un mínimo de un año y máximo de tres, y **debe imponer ciertas condiciones** que el beneficiado deberá cumplir:

- a) Residencia en un lugar determinado, que podrá ser propuesta por el condenado, ésta podrá ser cambiada, en casos especiales, según calificación efectuada por la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile;
- b) Sujeción al control administrativo y asistencia a la sección correspondiente de Gendarmería de Chile, en la forma que precisará el reglamento. Esta recabará anualmente al efecto, un certificado de antecedentes prontuarios;
- c) Ejercer, dentro del plazo y bajo las modalidades que determinará la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee la calidad de estudiante, y
- d) Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia. No obstante el tribunal, en caso de impedimento justificado, podrá prescindir de esta exigencia, sin perjuicio de que se persigan estas obligaciones en conformidad a las reglas generales.

En casos de quebrantamiento injustificado, dentro del período de observación, alguna de las condiciones impuestas, la Sección de Tratamiento en el Medio Libre pedirá que se revoque la suspensión de la pena, lo que podrá decretar el Tribunal disponiendo el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta o su conversión en reclusión nocturna, según fuere aconsejable.

5.2. Reclusión nocturna

2.1. La medida de reclusión nocturna consiste en el encierro en establecimientos especiales, desde las 22 horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente.

2.2. Se puede disponer:

- a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria no excede de tres años;
- b) Si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito o lo ha sido a una pena privativa o restrictiva de libertad que no exceda de dos años o a más de una, siempre que en total no excedan de dicho límite, y
- c) 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 que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos delitos.

2.3. Para la conversión de la pena inicialmente impuesta, se computará una noche por cada día de privación o restricción de libertad.

2.4. Se establece la posibilidad de que en caso de enfermedad, invalidez, embarazo y puerperio que tengan lugar dentro de los períodos indicados en el inciso primero del artículo 95 del Decreto Ley No. 2.200, de 1978, o de circunstancias extraordinarias que impidieren el cumplimiento de la reclusión nocturna o la transformaren en extremadamente grave, el tribunal, de oficio, a petición de parte o de Gendarmería de Chile, pueda suspender su cumplimiento. Esta suspensión será por el tiempo que dure la causa que la motiva.

2.5. Por otro lado en caso de quebrantamiento grave o reiterado y sin causa justificada de la medida de reclusión nocturna, el tribunal de oficio o a petición de Gendarmería de Chile, procederá a revocarla, disponiendo la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad por el lapso no cumplido.

2.6. Este beneficio no exime de la obligación de satisfacer la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, de acuerdo con lo establecido en la letra d) del artículo 5.

2.7. La reclusión nocturna se considera pena alternativa o forma de cumplimiento de la pena: por ello el tiempo cumplido se abona en casos de incumplimiento y de revocación.

5.3. Libertad vigilada

3.1. La libertad vigilada consiste en someter al condenado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado.

3.2. Se puede decretar:

- a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria es superior a dos años y no excede de cinco;
- b) Si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y
- c) Si los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado.

3.3 Al conceder este beneficio, el tribunal establecerá un plazo de tratamiento y observación que no será inferior al de duración de la pena, con un mínimo de tres años y un máximo de seis. El delegado de libertad vigilada podrá proponer al juez, por una sola vez, la prórroga del período de observación y tratamiento fijado, hasta por seis meses, siempre que el total del plazo no exceda de seis años. Asimismo, el delegado podrá proponer la reducción del plazo, siempre que éste no sea inferior al mínimo de tres años o que se egrese al reo del sistema, cuando éste haya cumplido el período mínimo de observación. La prórroga y reducción del plazo, y el egreso del reo se propondrán en un informe fundado que se someterá a la consideración del tribunal. En caso de que éste estimare procedente o improcedente la proposición, la resolverá así, y elevará los antecedentes en consulta a la Corte de Apelaciones respectiva, para su resolución definitiva.

3.4 El tribunal al conceder el beneficio **impondrá las siguientes condiciones** al condenado:

- a) Residencia en un lugar determinado, la que podrá ser propuesta por el condenado, pero que, en todo caso, deberá corresponder a una ciudad en que preste funciones un delegado de libertad vigilada. La residencia podrá ser cambiada en casos especiales calificados por el tribunal y previo informe del delegado respectivo;

- b) Sujeción a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado por el término del período fijado, debiendo el condenado cumplir todas las normas de conducta e instrucciones que aquél imparta respecto a educación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre y cualquiera otra que sea pertinente para un eficaz tratamiento en libertad;
- c) Ejercer, dentro del plazo y bajo las modalidades que determine el delegado de libertad vigilada, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee calidad de estudiante;
- d) Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, de acuerdo con lo establecido en la letra d) del artículo 5, y
- e) Reparación, si procediere, en proporción racional, de los daños causados por el delito. En el evento de que el condenado no la haya efectuado con anterioridad a la dictación del fallo, el tribunal hará en él, para este solo efecto, una regulación prudencial sobre el particular. En tal caso, concederá para el pago un término que no excederá del plazo de observación y determinará, si ello fuere aconsejable, su cancelación por cuotas, que fijará en número y monto al igual que las modalidades de reajustes e intereses. El ofendido conservará, con todo, su derecho al cobro de los daños en conformidad a las normas generales, imputándose a la indemnización que proceda lo que el procesado haya pagado de acuerdo con la norma anterior. Asimismo, durante el período de libertad vigilada, el juez podrá ordenar que el beneficiado sea sometido a los exámenes médicos, psicológicos o de otra naturaleza que aparezcan necesarios.

3.5. El quebrantamiento de algunas de las condiciones impuestas por el tribunal o la desobediencia grave o reiterada y sin causa justa a las normas de conducta impartidas por el delegado, facultan al tribunal, sobre la base de la información que éste le proporcione en conformidad con el artículo 23, para revocar el beneficio, en resolución que exprese circunstanciadamente sus fundamentos. En tal caso, el tribunal dispondrá el cumplimiento de las penas inicialmente impuestas o su conversión, si procediere, en reclusión nocturna.

3.6. La remisión condicional es una discreta observación que se hace de la persona, normalmente cumplida con la pena en el medio libre. En cambio la libertad vigilada es considerada como propia de tratamiento. Es más amplia, da más oportunidades porque el período es más amplio.

La reclusión nocturna normalmente se utiliza en los casos de delitos contra la tranquilidad pública (manejo en estado de ebriedad), y no en casos de primerizos.

Se discutía en el pasado a quien correspondía el cumplimiento y revisión de la aplicación de las medidas y su cumplimiento. Hoy está en manos de los jueces de garantía.

6. Salidas alternativas

El nuevo Código Procesal Penal establece salidas alternativas, que si bien no constituyen penas de acuerdo a lo establecido en el Código Penal, sí tienen efectos en la posible y teórica aplicación de penas.

Estas salidas alternativas son la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios.

6.1. Suspensión condicional del procedimiento

1.1 Consiste en un acuerdo entre fiscal e imputado por el cual se suspende la investigación y el procedimiento por un tiempo determinado, entre 1 y 3 años –según los Arts. 237 y 238 CPP– durante el cual se somete al imputado al cumplimiento de ciertas condiciones decretadas por el juez de garantía, de tal manera que si las cumple y no es objeto de una nueva formalización por hechos distintos, se extingue la acción penal por los ilícitos que motivaron la investigación, debiendo el tribunal de oficio, o a petición de parte, dictar sobreseimiento definitivo.

1.2. En cuanto al momento procesal en que puede acordarse, esta medida requiere que previamente se haya formalizado la investigación y, una vez que se haya dado a conocer en audiencia pública, sea aprobado por el juez de garantía.

1.3. Para su procedencia se requiere que el imputado no haya cometido algún crimen o simple delito anterior y que la pena que eventualmente pudiere imponérsele no sea superior a tres años de presidio o reclusión menores en su grado medio, lo más probable es que, en el evento de que fuera condenado, se haría acreedor a alguna de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad contempladas en la ley N° 18.216.

Por lo tanto, los **requisitos para otorgar la suspensión condicional del procedimiento** son los siguientes:

- a) Acuerdo entre fiscal e imputado, quien debe aceptar esta salida
- b) La pena que pudiere imponerse al imputado, en caso que fuera condenado, no debe exceder de 3 años de privación de libertad; y

- c) Que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

1.4. Si bien esta institución procesal a primera vista puede presentar semejanzas con las medidas alternativas de la Ley N18.216, por cuanto las condiciones previstas en el artículo 238 del C.P.P. son similares, aunque no idénticas a las contempladas en el Art. 5 de la Ley N18.216 y éstas últimasson las que aplicarán si se dictara sentencia condenatoria, la verdad es que se diferencian sustancialmente en la medida que la suspensión condicional del procedimiento no se decreta en una sentencia definitiva por el juez de garantía, como ocurre respecto de los beneficios de la Ley N° 18.216, sino en una resolución aprobatoria, cuya naturaleza jurídica es distinta, la que debe contener, además, el plazo de la suspensión y las condiciones que deberá cumplir el imputado.

1.5 En cuanto al incumplimiento por parte del imputado de los requisitos impuestos en la suspensión condicional del procedimiento, se prevee expresamente que en este caso se podrá revocar la suspensión, ello, de conformidad con lo dispuesto en el Art.239 del CPP.

1.6 En cuanto a las condiciones a cumplir por el imputado, el Art. 238 dispone que durante el período de suspensión –que el juez de garantía puede fijar entre 1 y 3 años– el imputado debe cumplir una o más de las medidas indicadas en dicha norma.

El Art. 238 contempla las medidas de orden general que puede imponer el juez de garantía al imputado durante el período de suspensión:

- a) Residir o no residir en un lugar determinado;
- b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas;
- c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza;
- d) Tener o ejercer un trabajo, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación;
- e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento;
- f) Acudir periódicamente ante el ministerio público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas;

- g) Fijar domicilio e informar al ministerio público de cualquier cambio del mismo; y,
- h) Otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se tratare y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.

6.2. Acuerdos reparatorios

2.1. Los acuerdos reparatorios consisten en el acuerdo entre imputado y víctima en virtud del cual el primero se obliga respecto del segundo a reparar los efectos lesivos de la comisión de un hecho punible, en aquellos casos en que se trate de delitos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lesiones menos graves o delitos culposos.

2.2. De la misma forma que en el caso de la suspensión condicional del procedimiento y en cuanto al momento procesal en que puede producirse, del procedimiento, se requiere de la formalización previa de la investigación por parte del fiscal.

2.3. La importancia de los acuerdos reparatorios radica en que, si el juez de garantía los aprueba, se produce la extinción de la responsabilidad penal del imputado, debiendo dictarse sobreseimiento definitivo de inmediato a su respecto por la comisión de los hechos ilícitos comprendidos en el acuerdo, una vez que se hayan cumplido las obligaciones contraídas por el imputado en el acuerdo reparatorio o garantizadas debidamente a satisfacción de la víctima, de acuerdo a lo establecido por las recientes modificaciones introducidas por la ley 20.074 de ajustes.

2.4. En cuanto a la procedencia de los acuerdos reparatorios, el inciso segundo del Art. 241 fija el marco legal que hace procedente estos acuerdos, señalando que sólo podrán referirse a hechos investigados que:

- a) Sólo afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, por ejemplo: hurtos, estafas, apropiación indebida, usurpación, daños, abuso de firma en blanco y contrato simulado;
- b) Consistieren en lesiones menos graves; y,
- c) Cuando los hechos referidos constituyeren delitos culposos, ejemplo: cuasidelitos de lesiones o de homicidio

Nos resulta claro que la jurisprudencia de nuestros tribunales deberá llenar de contenido los eventos expresados en el párrafo signado a), toda vez que la ley no ha definido cuáles son estos bienes jurídicos, ni ha proporcionado pautas para configurarlos, cuestión que no es menor si se considera la situación de aquellos delitos que pueden estimarse pluriofensivos.

7. Responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal (Ley N° 20.084, de 7 de diciembre de 2005)

7.1. Disposiciones generales

1.1. Esta ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan. En lo no previsto por ella, serán aplicables, supletoriamente, el Código Penal y las leyes penales especiales. De las faltas, serán responsables los adolescentes mayores de 16 años y sólo de algunas (Art. 1°).

1.2. En este ámbito, se deberá tener siempre presente “el interés superior del adolescente”, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos (Art. 2°).

1.3. Esta ley se aplicará a quienes, al momento de dar principio de ejecución del delito, sean mayores de 14 y menores de 18 años. Si la consumación de prolonga más allá de los 18 años, se aplicará la legislación que rija para los imputados mayores de edad (Art. 3°).

1.4. La prescripción de la acción penal y de la pena será de 2 años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de 5 años, y de las faltas, en que será de 6 meses (Art. 5°).

7.2. Determinación de las sanciones

2.1. Finalidad de las sanciones y otras consecuencias (Art. 20): hacer efectiva la responsabilidad de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

2.2. Pena asignada a los delitos (Art. 21): es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito.

2.3. Reglas de determinación de la extensión de las penas (Art. 22): para establecer la duración de la sanción, el tribunal deberá aplicar las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del CP, con excepción de lo dispuesto en el Art. 69 de dicho CP. Con todo, si la sanción calculada en la forma antes señalada supera los límites máximos establecidos en esta ley para las penas privativas de libertad (no podrán exceder de 5 años si el infractor tuviere menos de 16 años, o de 10 años si tuviere más de esa edad), su extensión definitiva deberá ajustarse a dichos límites.

2.4. Reglas de determinación de la naturaleza de la pena: extensión de la sanción y penas aplicables (Art. 23).

Tabla Demostrativa

Extensión de la sanción y penas aplicables

Desde 5 años y 1 día:

- Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.
- Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.

Desde 3 años y un día a 5 años:

- Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.
- Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.
- Libertad asistida especial.

Desde 541 días a 3 años:

- Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.
- Libertad asistida en cualquiera de sus formas.
- Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Desde 61 a 540 días:

- Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.
- Libertad asistida en cualquiera de sus formas.
- Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
- Reparación del daño causado.

Desde 1 a 60 días:

- Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
- Reparación del daño causado.
- Multa.
- Amonestación.

2.5. Criterios de determinación de la pena (Art. 24): el tribunal deberá atender, dejando constancia en su fallo, a los siguientes criterios:

- a) La gravedad del ilícito;
- b) La calidad en que intervino y el grado de ejecución;

- c) Concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes;
- d) Edad del adolescente;
- e) Extensión del mal causado; y,
- f) Idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

2.6. Imposición conjunta de más de una pena (Art. 25): si la sanción se extiende entre 541 días y tres años, o bien, entre 61 y 540 días, el tribunal podrá imponer conjuntamente dos de las penas que las mismas reglas señalan, siempre que la naturaleza de éstas permita su cumplimiento simultáneo. Ello, sólo si permite el mejor cumplimiento de las finalidades de las sanciones de esta ley, y así se consigne circunstanciadamente en resolución fundada.

2.7. Límites a la imposición de sanciones (Art. 26): la privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso. En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza.

2.8. Suspensión de la imposición de condena (Art.41): De existir mérito para aplicar sanciones privativas o restrictivas de libertad iguales o inferiores a 540 días, pero concurren antecedentes favorables que hicieren desaconsejable su imposición, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de 6 meses.

Transcurrido el plazo previsto de 6 meses sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.