

**Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Ciencias Penales**

**DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CHILE.  
PRINCIPIOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y FINES DE  
LA PENA.**

**Profesor Guía: Sr. Luis Ortiz Quiroga**

**Alumnas: Carolina Acevedo Zepeda  
Angélica Torres Figueroa**

**Santiago, 2009**

*A nuestros padres y hermanos*

**ÍNDICE**

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
ELEMENTOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO ATINGENTES AL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE PENAS.....	10
§ 1. FINES DE LA PENA .....	11
1. Teorías Absolutas o de la Retribución.....	12
Retribución Divina.....	13
Teoría de la Expiación.....	13
Retribución Ética.....	13
Retribución Jurídica.....	13
2. Teorías Relativas o de la Prevención.....	15
2.1 Teoría de la Prevención General Negativa.....	15
2.2 Teoría de la Prevención General Positiva.....	16
2.3 Teoría de la Prevención Especial.....	17
3. Teorías Mixtas.....	19
3.1 Teoría Dialéctica de la Unión (Roxin).....	20
3.2 Teoría de la Diferenciación (Schmidhäuser).....	21
3.3 Teorías Alemanas.....	22
3.3.1 Teoría de la pena exacta o puntual (Punkstrafe).....	22
3.3.2 Teoría de la culpabilidad como límite máximo de la pena.....	23

3.3.3 Teoría del espacio de juego (Spielraumtheorie).....	23
3.3.4 Teoría del valor posicional o de los niveles de incidencia (Stellungswerttheorie).....	24
§ 2. Principios de un Estado Democrático de Derecho.....	25
1. Límites derivados del Estado de Derecho.....	27
1.1 El principio de legalidad.....	27
Garantía criminal.....	30
Garantía penal.....	30
Garantía jurisdiccional.....	30
Garantía de ejecución.....	30
a) Lex certa.....	31
b) Lex stricta.....	32
c) Lex scripta.....	32
d) Lex praevia.....	32
1.2 El principio de ne bis in idem.....	33
2. Límites derivados del Estado Social.....	35
2.1 El principio de utilidad de la intervención penal.....	35
2.2 El principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal...37	
2.3 El principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos.....39	
3. Límites derivados del Estado Democrático.....	41
3.1 El principio de humanidad de las penas.....	41
3.2 El principio de resocialización.....	43

3.3 El principio de culpabilidad.....	44
Principio de personalidad.....	45
Principio de responsabilidad por el hecho.....	45
Principio de dolo o culpa.....	45
Principio de imputación personal.....	45
3.4 El principio de proporcionalidad.....	48
3.5 El principio de igualdad ante la ley.....	50

## CAPÍTULO II

SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DE PENAS.....	51
§ 1. ANÁLISIS TEÓRICO DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.....	52
1. Sistemas de determinación de la pena.....	52
1.1 Sistema de determinación absoluta o de penas fijas.....	52
1.2 Sistema de determinación relativa.....	54
1.3 Sistema de indeterminación absoluta o sentencia indeterminada.....	58
1.3.1 Sentencia relativamente indeterminada.....	61
1.3.2 Sentencia absolutamente indeterminada.....	61
2. Fases de la determinación de la pena.....	65
2.1 Fase de la determinación legal de la pena.....	65
2.2 Fase de la determinación judicial de la pena.....	66
2.3 Fase de la determinación penitenciaria, administrativa o ejecutiva.....	68
§ 2. SISTEMAS EN DERECHO COMPARADO.....	70

1. Sistema Español en el Código Penal de 1995.....	70
Sección 1ª. Reglas generales para la aplicación de las penas.....	72
Sección 2ª. Reglas especiales para la aplicación de las penas.....	87
2. Sistema Alemán en el Código Penal de 1975.....	91

### CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CHILE.....	106
§ 1. REGLAS GENERALES.....	108
1. Cada pena es un grado y cada grado es una pena.....	108
2. Escalas graduales.....	109
3. Falta de grados superiores o inferiores.....	111
4. Aplicación práctica. Punto de partida.....	114
4.1 Una pena indivisible o un grado de una divisible.....	114
4.2 Pena compuesta de dos o más grados de una misma escala gradual.....	115
4.3 Penas alternativas.....	118
4.4 Penas copulativas comprendidas en distintas escalas.....	119
4.5 La pena de multa como pena última en las escalas graduales.....	120
§ 2. FACTORES.....	121
1. La pena señalada por la ley al delito.....	121
2. Grado de ejecución del delito.....	122
3. Forma de participación en el delito.....	125
4. Concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad.....	131

Agravantes que no producen sus efectos propios y comunicabilidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad.....	132
Efecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad.....	137
Número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad....	151
5. Extensión del mal causado.....	152
6. Algunas formas de concurso de delitos.....	152
§ 3. SITUACIONES ESPECIALES.....	155
1. Multa.....	155
2. Ausencia de los requisitos de la eximente N° 8 del artículo 10.....	157
3. Situación de los menores de edad.....	158
4. Eximentes incompletas.....	159
5. Artículo 103 del Código Penal.....	161
6. Artículo 509 del Código de Procedimiento Penal y artículo 351 del Código Procesal Penal.....	162
7. Artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.....	165

#### CAPÍTULO IV

#### RELACIÓN DEL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CHILE

#### CON UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.....167

#### § 1. ESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA E INOBSERVANCIA DE LOS FINES DE LA PENA.....168

#### 1. Falta de coherencia en el ordenamiento jurídico.....168

2. Utilidad de la pena.....	170
3. Multiplicidad de penas.....	172
§ 2. APLICACIÓN DEL SISTEMA E INFRACCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.....	174
1. Problemas generales del sistema.....	174
1.1 Jurisprudencia.....	174
1.1.1 Falta de motivación de la sentencia.....	174
1.1.2 Falta de uniformidad de criterios.....	176
1.2 Aplicación matemática.....	178
1.3 Rigidez Sistema.....	180
2. Problemas específicos del sistema.....	182
2.1 Planteamiento.....	182
2.1.1 Desequilibrio en las escalas graduales.....	182
2.1.2 Penas no comprendidas en las escalas graduales.....	184
2.1.3 División penas mínimo, medio, máximo.....	185
2.1.4 Númerus Clausus.....	186
2.1.5 Agravante alevosía, en relación al artículo 63.....	188
2.1.6 Agravante reincidencia.....	190
2.1.7 Atenuante muy calificada.....	192
2.1.8 Compensación racional.....	194
2.1.9 Aumento y rebaja de pena.....	195
2.1.10 Disminución facultativa u obligatoria.....	197



2.1.11 Artículo 67.....	199
2.1.12 Artículo 69.....	201
2.1.13 Multa.....	202
2.1.14 Presidio perpetuo.....	204
2.1.15 Prescripción gradual de la pena o de la acción penal.....	205
2.1.16 Unificación de pena.....	206
2.2 Infracciones.....	207
2.2.1 Legalidad.....	208
2.2.2 Proporcionalidad.....	208
2.2.3 Culpabilidad.....	209
2.2.4 Ne bis in idem.....	210
2.2.5 Humanidad de las penas.....	210
2.2.6 Utilidad de la intervención penal.....	211
2.2.7 Igualdad ante la ley.....	212
§ 3 DETERMINACIÓN DE LA PENA Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.....	212
1. Verificación de la Hipótesis.....	212
2. Soluciones en Derecho Comparado.....	219
2.1 Sistema Alemán.....	220
2.2 Teorías Mixtas.....	221
CONCLUSIONES.....	225

BIBLIOGRAFÍA.....	231
-------------------	-----

## **INTRODUCCIÓN**

Chile es una República Democrática. Así lo establece la Constitución Política de la República en su artículo 4. Como Estado Democrático, las políticas que rigen cada uno de los aspectos del país deben ser inspiradas por principios que digan relación con democracia y derecho.

Inicialmente, puede señalarse que el Estado, dentro de una determinada sociedad, expresa su poder punitivo por medio del Derecho Penal.

El poder punitivo o *Ius Puniendi* es la facultad que ostenta el Estado para imponer sanciones penales ante la comisión de delitos. Esta potestad tiene una doble justificación: una formal derivada de la ley, ya que ésta autoriza al Estado a imponer sanciones penales; y una material derivada de la necesidad de protección de la sociedad.

Dicha expresión de poder debe tener una determinada lógica y estructura, la cual dependerá del tipo de Estado. Así, en un Estado Democrático tanto la lógica como la estructura del *Ius Puniendi* deben respetar y asegurar los derechos de las personas, convirtiéndose así en una garantía de éstos.

La lógica y estructura del poder punitivo, además, reflejan los ideales de una determinada Política Criminal. Tanto la Política Criminal como el Derecho Penal estudian el fenómeno criminal de forma autónoma y complementaria. De esta forma la Política Criminal utiliza todos los medios a su alcance para combatir la criminalidad, encontrando como límite los derechos y garantías del ciudadano contenidas en el Derecho Penal.

La Política Criminal es la encargada de establecer el planteamiento del Estado frente al fenómeno de la criminalidad y puede ser definida como aquella disciplina que *“estudia la orientación y los valores que se sigue o protege, o que debiere seguir o proteger, la legislación penal”*<sup>1</sup> o como *“aquel sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal.”*<sup>2</sup>

La caracterización de Chile como una República Democrática es importante, por cuanto no todas las sociedades tendrán la misma Política Criminal. Cada Estado trata de modo distinto el problema de la criminalidad dependiendo de su forma de gobierno. Así, Borja Jiménez<sup>3</sup> destaca que en los Estados totalitarios el individuo sólo tiene sentido como parte del tejido social, diluyéndose sus derechos y libertades en el sometimiento al aparato estatal. En

---

<sup>1</sup> Borja Jiménez, Emiliano. Curso de Política Criminal. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2003, página 22

<sup>2</sup> Ibidem, página 23

<sup>3</sup> Ibidem, página 26 a 28.

estos regímenes la Política Criminal está orientada a la total erradicación del crimen y, para la consecución de este objetivo, no respeta ni los derechos ni las libertades de los ciudadanos. En los Estados democráticos, donde rige el pluralismo político, opciones reales de alternancia en el poder y vigencia formal y material de los derechos y libertades, se acepta y entiende que el delito nunca podrá erradicarse del todo, que es un costo estructural inherente a la civilización humana. La Política Criminal se dirige a disminuir el delito a niveles tolerables, respetando íntegramente los derechos fundamentales. Desde este punto de vista, el Estado chileno, que se autodefine como democrático y además cumple en el hecho con los mencionados requisitos de pluralismo político, alternancia, etc; debería tener una Política Criminal con las antedichas características.

Según Arboleda Ripoll *“la fundamentación más clásica del derecho penal en la política criminal ha sido la que procede de establecer las funciones del poder político en un período histórico dado y en referencia a un ámbito cultural, lo que conlleva tener que reconocer el trasfondo ideológico que subyace a todo ordenamiento jurídico.”*<sup>4</sup> Es el conocimiento de los perfiles ideológicos que caracterizan o deberían caracterizar el sistema jurídico lo que permite una elaboración normativa funcional a las opciones fundamentales, como la realización de los principios y valores de un Estado Democrático de Derecho.

---

<sup>4</sup> Arboleda Ripoll, Fernando. Sistema Penal y Política Criminal. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional, página 178

Rodríguez Collao<sup>5</sup> señala que debe respetarse el principio de exclusión de criterios ideológicos, depurando el Derecho Penal de criterios morales, no utilizándolo como excusa para someter al individuo a un proceso de moralización. El concebir al Estado como uno Democrático de Derecho implica conferir supremacía al individuo por sobre los intereses sociales, no pudiendo instrumentalizar a la persona para la obtención de un beneficio social, situación que ocurre cuando el Estado restringe los derechos a través de la imposición de una pena con el objeto de imponer un criterio ideológico. El problema surge, como señala Arboleda Ripoll, porque *“las líneas maestras de la política criminal vienen impuestas por la ideología socio política,”*<sup>6</sup> por lo tanto no es posible dejar fuera el componente ideológico al momento de formular la Política Criminal de un Estado. La solución viene dada por la concepción de un Estado democrático como pluralista y tolerante, por lo que la imposición por el Derecho Penal de ciertas representaciones morales impide que la sociedad se organice en base a estos principios. En una misma sociedad coexisten diferentes criterios morales y la labor del Derecho Penal no es vincularse a alguno de ellos, sino posibilitar la existencia de todos.<sup>7</sup>

En la actualidad, nuestro país cuenta con un sistema de determinación legal de penas que se encuentra inmerso dentro del Código Penal chileno, cuerpo normativo que data de 1874. Dicho sistema se encuentra inspirado por el sistema clásico liberal el cual establece marcos penales rígidos que tienen como objetivo reducir el arbitrio judicial, estableciendo penas divididas en grados, cuya extensión se precisa estrictamente. El propósito ideal

---

<sup>5</sup> Rodríguez Collao, Luis. Delitos Sexuales de conformidad con la las modificaciones introducidas por la ley N° 19.617 de 1999, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, página 95

<sup>6</sup> Arboleda Ripoll, Fernando. Sistema Penal y Política Criminal. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional, página 182

<sup>7</sup> Díez Ripollés, José Luis. El Derecho Penal ante el sexo. Bosch Casa Editorial, S.A página 22.

que persigue el sistema chileno es un grado de personalización de la pena, teniendo en cuenta cada caso concreto. Para ello tiene a la vista no sólo la pena que el legislador impone al delito, sino también el nivel de ejecución de éste, el grado de participación del hechor, las circunstancias modificatorias de responsabilidad y la extensión del mal causado.

Sin embargo, en la determinación judicial de la pena, la aplicación de este sistema legal conlleva la realización por parte del juez de operaciones casi matemáticas y de escasa flexibilidad, lo que se traduce muchas veces en resultados que no reflejan la intención del legislador ni respeta los límites al ius puniendi derivados de una concepción de un Estado Democrático de Derecho. Por ejemplo, delitos de grave connotación social a los cuales la ley impone alta penalidad pueden finalmente recibir una sanción menor, que no satisface las expectativas ni de la víctima ni de la sociedad; y a la inversa, delitos de menor importancia reciben sanciones excesivas, vulnerando con ello principios básicos del Derecho Penal.

No desconocemos que en la actualidad los tribunales se ciñen a la ley al momento de determinar las penas. También aceptamos que existe un margen que delimita la extensión que el juez puede recorrer al determinar una pena. Negarlo significaría admitir que en Chile existe un sistema rígido, que no da posibilidad alguna al juez para decidir e individualizar la sanción. El problema radica en que los márgenes establecidos por el legislador al juez y las reglas impuestas para la determinación de la pena concreta, son inapropiados con un Estado Democrático de Derecho.

Siendo éste el estado actual de la situación, nuestra investigación tiene como interrogante principal la siguiente: ¿Cuál es el grado de coherencia existente entre el sistema de determinación de penas del Código Penal chileno y un Estado Democrático de Derecho?

Para responder esta interrogante, hemos recurrido a las siguientes preguntas secundarias:

- ¿Cuáles son los elementos de un Estado Democrático de Derecho atinentes al sistema de determinación de la pena?
- ¿Cuáles son las teorías para la determinación de la pena?
- ¿En qué consiste el sistema de determinación de penas del Código Penal chileno?
- ¿De qué forma el sistema de determinación de penas del Código Penal chileno se relaciona con un Estado Democrático de Derecho?

Teniendo en cuenta lo anterior, el objetivo general de nuestra investigación será analizar cuál es el grado de coherencia existente entre el sistema de determinación de penas del Código Penal chileno y un Estado Democrático de Derecho. Por su parte, los objetivos específicos son los siguientes

- Determinar cuáles son los elementos de un Estado Democrático de Derecho atinentes al sistema de determinación de la pena.
- Describir las teorías para la determinación de la pena.
- Analizar en qué consiste el sistema de determinación de penas del Código Penal chileno.

- Establecer de qué forma el sistema de determinación de penas del Código Penal chileno se relaciona con un Estado Democrático de Derecho.

Una vez establecida la interrogante y los objetivos de la presente investigación, estimamos pertinente plantear como hipótesis que el sistema de determinación de penas del Código Penal chileno no es coherente con un Estado Democrático de Derecho, ya que con su aplicación algunos de sus principios se ven vulnerados, debido, principalmente, a la inobservancia de los fines de la pena. Esta hipótesis es de tercer grado, calificada por Hernández Sampieri<sup>8</sup> como una hipótesis causal multivariada con presencia de variable interviniente, ya que posee una variable dependiente, una independiente y una interviniente. La variable independiente indica que existe una inobservancia de los fines de la pena, mientras que la variable interviniente establece que con la aplicación de este sistema algunos de los principios de un Estado Democrático de Derecho se ven vulnerados. Lo anterior ocasiona que el sistema de determinación de penas del Código Penal chileno no sea coherente con un Estado Democrático de Derecho, constituyendo esta última la variable dependiente.

Para exponer el contenido de nuestra investigación, ésta ha sido dividida en cuatro capítulos, cada uno de los cuales desarrolla los objetivos planteados anteriormente.

---

<sup>8</sup> Hernández Sampieri, Roberto. Metodología de la Investigación. Tercera Edición. Mc Graw Hill editores, México, 2003, páginas 155 y 157



El Capítulo I: Elementos de un Estado Democrático de Derecho atinentes al sistema de determinación de la pena, analiza cuáles son los elementos relevantes que se relacionan directamente con el sistema de determinación de la pena en Chile, realizando una descripción de las teorías sobre los fines de la pena y de cada uno de los principios de un Estado Democrático de Derecho a los que la doctrina ha dado mayor importancia en el marco del Derecho Penal, siendo ésta la base para el posterior análisis crítico del sistema de determinación de penas en Chile, realizado en el Capítulo IV.

El Capítulo II: Análisis teórico de la determinación de la pena, recoge las distintas teorías que a lo largo del tiempo han surgido como respuesta a la problemática de la determinación de la pena. Este estudio se realiza con el objeto de enmarcar al sistema chileno dentro de alguna de las teorías que doctrinariamente se han elaborado.

El Capítulo III: Análisis de la determinación de la pena en Chile, realiza un estudio profundo de cada una de las disposiciones del Código Penal chileno, que conforman el sistema de determinación de penas, para lograr un mejor entendimiento de ellas que permita su posterior relación con los principios de un Estado Democrático de Derecho.

El Capítulo IV: Relación del sistema de determinación de la pena en Chile con un Estado Democrático de Derecho, analiza diversas situaciones en las cuales pudieran verse vulnerados algunos de los principios de un Estado Democrático de Derecho por parte del sistema de determinación de penas chileno, y cómo esto se encuentra directamente relacionado con los fines de la

pena, estudio que nos permitirá finalmente verificar o falsear la hipótesis de esta investigación, siendo esto último plasmado en las conclusiones.

En cuanto al nivel de investigación, éste es de índole exploratorio principalmente en los capítulos I y II, ya que se realiza una recopilación de información existente a nivel doctrinario. En el capítulo III y parte del IV, el nivel de investigación es descriptivo, por cuanto expone las características de los fenómenos en estudio. Por último, otra parte del capítulo IV es de un nivel explicativo, ya que identifica las causas del problema central de la investigación. En su diseño, es documental, puesto que nos basamos fundamentalmente en información recogida o consultada en libros, textos, manuales, monografías, artículos, etc.

Respecto a la metodología, esta investigación se basa en el método analítico, por cuanto se analiza cada uno de los elementos que componen el sistema de determinación de penas chileno para poder explicar su funcionamiento. Además, se utiliza el método sintético, ya que se integra el estudio de los principios de un Estado de Derecho y el sistema de determinación de penas chileno. También el deductivo, porque se analizan situaciones generales y abstractas, como las propuestas por distintas teorías, y posteriormente se aplican a una realidad concreta. Por último, se emplea el método exegético, toda vez que se explica el alcance y sentido de la normativa chilena en materia de determinación de penas.

**CAPÍTULO I**  
**ELEMENTOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO ATINGENTES**  
**AL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE PENAS**

Como se señaló en la introducción de esta investigación, Chile es una República Democrática y como tal sus políticas deben inspirarse en principios que digan relación con democracia y derecho.

La lógica y estructura del poder punitivo reflejan los ideales de una determinada Política Criminal. Ésta es la encargada de establecer el planteamiento del Estado frente al fenómeno de la criminalidad y puede ser definida como aquella disciplina que *“estudia la orientación y los valores que se sigue o protege, o que debiere seguir o proteger, la legislación penal”*<sup>9</sup> o como *“aquel sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal.”*<sup>10</sup>

En base a lo anteriormente planteado, consideramos que los elementos más importantes de un Estado Democrático de Derecho, para los efectos de determinar la sanción aplicable a un hecho ilícito, son los fines de la pena y los principios de un Estado Democrático de Derecho.

---

<sup>9</sup> Borja Jiménez, Emiliano. Curso de Política Criminal. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2003, página 22

<sup>10</sup> Op. Cit., página 23

A continuación, se realizará una descripción de cada uno de estos elementos.

## **§ 1. FINES DE LA PENA**

En esta materia resulta interesante referirse a los fines de la pena toda vez que, las distintas teorías reflejan cuál es la función del Derecho Penal dentro de un Estado, la cual varía dependiendo de la forma en que éste se estructure (Estado totalitario o Estado democrático, por ejemplo).

Como señala Beristain<sup>11</sup> el juez en multitud de casos, dadas las circunstancias concretas, podrá comprender que una determinada pena proporcionada a los fines retributivos, pueda resultar quizá excesiva en su aspecto ejemplarizador (prevención general) e insuficiente en su finalidad resocializadora (prevención especial). En todos estos casos el juez debe recurrir a su personal jerarquización de valores teleológicos de la pena.

Actualmente en la doctrina comparada no existe consenso respecto de cuál es la teoría que refleje con exactitud cuáles son efectivamente los fines de la pena; sin embargo sea cual fuere la que finalmente se adopte, su

---

<sup>11</sup> Beristain, Antonio. Derecho Penal y Criminología. Editorial Temis, S.A. Bogotá, Colombia, 1986, página 74

aplicación en Chile deberá ser coherente con un Estado Democrático de Derecho<sup>12</sup>.

Se ha señalado por la doctrina que las teorías de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, sino a la pregunta ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena? según Bacigalupo<sup>13</sup>, o bien a la interrogante ¿cómo cumple la pena su función de tutela jurídica? según Cobo del Rosal.<sup>14</sup> En cualquiera de los dos casos la respuesta dará lugar al análisis de las mismas teorías, a saber: Teorías Absolutas, Teorías Relativas, Teorías Mixtas.

## **1. Teorías Absolutas o de la Retribución**

Estas teorías consideran a la pena como un fin en sí misma y no como un instrumento para otro fin. Se le asigna a la pena una finalidad de retribución exigida por la justicia, en donde el mal no debe quedar sin castigo. Es por ello que se castiga al que ha cometido un delito y sólo por ello.

---

<sup>12</sup> La calificación de Chile como un Estado Democrático de Derecho fue realizada en la introducción de este trabajo, por lo que nos remitiremos a lo señalado en ella.

<sup>13</sup> Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Editorial Hammurabi SRL. Buenos Aires, Argentina, Agosto, 1999, página 31

<sup>14</sup> Cobo Del Rosal, Manuel. Derecho Penal Parte General. Cuarta Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1996, página 728

Dentro de las teorías absolutas se encuentran las siguientes:

- **Retribución Divina**

Parte de la idea que existe un paralelismo entre la exigencia religiosa de justicia divina y la función de la pena.

- **Teoría de la Expiación**

La pena viene a expiar la culpa del que ha pecado.

- **Retribución Ética**

La pena se basa en el hecho que el autor la merece según las exigencias de la justicia. Para Kant la ley penal, en cuanto establece la imposición de una pena, es un imperativo categórico que se impone al autor porque ha delinquido.

- **Retribución Jurídica**

La pena se justifica por la necesidad de reestablecer la vigencia de la voluntad general representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del autor. Habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja nuevamente la voluntad general. Para Hegel el delito es la negación del derecho y la pena es la negación de la negación.

Parte de la doctrina,<sup>15</sup> nacional y extranjera, ha criticado estas teorías absolutas en base a los argumentos siguientes:

- Al no atribuir a la pena ninguna utilidad social, las teorías absolutas conciben a la pena de modo que no sirve para nada.

- Estas teorías tienen como base que la persona se autodetermina libremente, pero la libertad del hombre prosigue siendo improbable.

- La marcada tendencia moralizante de estas teorías es impropia de la misión confiada al ordenamiento jurídico. La justicia no es una misión que debe ser llevada a cabo por el Derecho sino por la Moral.

- La pena se basa en la culpabilidad y sólo será justa si corresponde a la medida de ésta, pero no existe forma de cuantificar la culpabilidad.

- Estas teorías carecen de un fundamento empírico y son, por lo tanto, irracionales.

- No es correcto que mediante la aplicación de la pena se supprime el mal causado, puesto que el mal de la pena se suma al mal del delito.

- 

---

<sup>15</sup> Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Agosto 1982, página 50 y 51; Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal Parte General., página 32; Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. REPERTOR. Barcelona, España, 1998, página 47

## **2. Teorías Relativas o de la Prevención**

La pena es considerada como un medio para el cumplimiento de ciertos intereses sociales. La pena tiene la misión de prevenir delitos, su función es utilitaria. Esta función no se basa en postulados religiosos, morales o idealistas, sino en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales.

### **Teoría de la Prevención General Negativa**

Según esta corriente doctrinal la prevención debe buscarse mediante la intimidación, es decir, inhibiendo la tendencia a delinquir. El castigo sirve para intimidar psicológicamente a la comunidad en general y así evitar la comisión de delitos. Esta intimidación opera en dos niveles: a través de la ejecución ejemplarizadora de la pena y a través de la amenaza existente en la conminación penal abstracta.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. Undécima Edición. Cuarta Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Marzo, 1997, página 285



## Teoría de la Prevención General Positiva

La paternidad de la teoría de la prevención general positiva es atribuida a Hans Welzel y su concepción de la función ético-social del Derecho Penal según la cual, *“al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, el Derecho Penal expresa de la manera más concluyente de que dispone el Estado, la vigencia inquebrantable de dichos valores de acción, conforma el juicio ético social del ciudadano y fortalece su actitud permanente de fidelidad al Derecho”*<sup>17</sup>. Posteriormente es Günther Jakobs quien desarrolla esta postura y afirma que la pena tiene la misión preventiva de mantener la norma como esquema de orientación, en el sentido de que quienes confían en una norma deben ser confirmados en su confianza. *“La prevención general positiva -si es que quiere hacerse uso de ese término- no debe denominarse prevención general porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de prevención porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma.”*<sup>18</sup>

En resumen, lo que esta posición postula es que a través de la pena se logra un reforzamiento positivo del Derecho Penal, *“como afirmación de*

---

<sup>17</sup> Durán Migliardi, Mario. Concepto, función y crítica a la prevención general positiva, en Balmaceda Hoyos, Gustavo. Problemas actuales de Derecho Penal. Primera Edición. Ediciones Jurídicas de Santiago. Salamanca, España, 2006, páginas 275 y 276

<sup>18</sup> Jakobs, Günther. Sobre la teoría de la pena. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, Colombia, 1998, página 33

*las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el Derecho.”<sup>19</sup>* De esta forma, mediante la confirmación del ordenamiento jurídico, se evitan los delitos.

## **Teoría de la Prevención Especial**

Esta teoría señala que la pena cumple la función de prevenir los delitos de una persona determinada, que ya ha delinquido. En este sentido la prevención especial no puede operar como la general, ya que sólo interviene en el momento de ejecución de la pena y no en la amenaza existente en la conminación penal abstracta.

Según esta teoría el Derecho Penal debe actuar sobre sujetos peligrosos para que no vuelvan a delinquir, con lo que la pena adquiere carácter de tratamiento.

Para Von Liszt la prevención especial se materializa por medio de la corrección (de aquél capaz de corregirse y necesitado de corrección), intimidación (de aquél que no requiere corrección) e inocuización (de aquél que carece de capacidad de corrección).

---

<sup>19</sup> Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. REPERTOR. Barcelona, España, 1998, página 51

La doctrina<sup>20</sup> ha formulado críticas a las distintas teorías de prevención:

- La prevención general requiere límites que no pueden extraerse de su propia lógica y que deben ser externos, como la culpabilidad o la proporcionalidad.
- Existe riesgo de una progresiva exasperación de las penas con el objeto de aumentar la coacción psicológica y el correspondiente efecto disuasivo.
- Fracaso histórico de la pena como disuasivo
- Cuando se castiga a una persona para intimidar o disuadir a otras se la emplea como un medio y la persona debe ser siempre un fin en sí misma.
- Hechos menos graves que no son castigados por la moral social, deberían ser castigados con las penas más graves, para contrarrestar la frecuencia de su realización y la debilidad de los contra estímulos sociales, y viceversa.
- La prevención especial no puede por sí sola justificar el recurso a la pena, puesto que en algunos casos no será necesaria, pero sería absurda la impunidad del sujeto.
- Si la pena persigue resocializar al inadaptado peligroso parece inútil esperar hasta que cometa un delito.
- Estas teorías no responden qué debe hacerse con quienes han cometido un delito en circunstancias irrepetibles.
- Se desplaza el acento del Derecho Penal desde el hecho cometido al autor del mismo, lo que atenta contra el principio de responsabilidad por el hecho.

---

<sup>20</sup> Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Agosto 1982, página 53 a 56; Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal Parte General., página 34; Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. REPERTOR. Barcelona, España, 1998, página 52

- La resocialización puede implicar tratamientos de duración indefinida o de una duración superior a la que corresponde según el principio de proporcionalidad.

### **3. Teorías Mixtas**

Estas teorías entienden que la pena es un fenómeno complejo donde la retribución, la prevención general y la prevención especial sólo son distintos aspectos de éste. Las distintas teorías mixtas tienen en común asignar al Derecho Penal una función de protección de la sociedad.

Dos son las grandes orientaciones dentro de estas teorías: en primer lugar se encuentran quienes creen que la protección de la sociedad debe realizarse a través de la retribución, y los fines de prevención sólo juegan un papel complementario en la determinación de la pena. El Derecho Penal está llamado a cumplir una doble función: protección de la sociedad y realización de la justicia (posición conservadora).

En segundo lugar, se encuentran quienes sostienen que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y la retribución opera únicamente como límite máximo de las exigencias de la prevención, con el fin de impedir que se imponga una pena superior a la merecida por el hecho

cometido. Esto permite disminuir o incluso prescindir de la pena por debajo de lo que exigiría la retribución. El Derecho Penal sólo cumple una función: protección de la sociedad (posición progresista).<sup>21</sup>

A continuación, una revisión de las principales teorías eclécticas.

### **3.1 Teoría Dialéctica de la Unión (Roxin)<sup>22</sup>**

Roxin distingue tres etapas en la vida de la pena y a cada una de ellas le asigna una respuesta distinta en relación con los fines de ésta.

- Conminación Legal: al ser la ley penal anterior al delito, no podría ser medio de retribución del mismo ni de resocialización del autor del delito. En el momento legislativo el fin de la pena es la protección de bienes jurídicos, la cual sólo podrá buscarse a través de la prevención general.

- Aplicación Judicial: la imposición de la pena por el juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta contenida en la ley. De esta forma, sirve de complemento al fin de prevención general propio de la conminación legal. Sin embargo, en la determinación de la pena el juez tiene un

---

<sup>21</sup> Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. REPERTOR. Barcelona, España, 1998, página 57 y 58

<sup>22</sup> Op. Cit., página 60 y 61

límite: que la pena no sobrepase la culpabilidad del autor. De no respetar esta limitación la persona sería utilizada como medio para los demás. Éste es el único aspecto de la retribución aceptado por Roxin, quien rechaza abiertamente la exigencia retribucionista de que la pena no pueda ser inferior a lo que imponga la culpabilidad. Además Roxin reconoce la importancia de la prevención especial en el momento de la determinación judicial de la pena.

- Ejecución: predomina la idea de la prevención especial, tendiente a la resocialización del autor del delito

### **3.2 Teoría de la Diferenciación (Schmidhäuser)<sup>23</sup>**

Para Schmidhäuser la pena se justifica por su necesidad y tiene un sentido diverso para cada uno de los intervinientes en el proceso punitivo:

- Legislador: debe operar con miras de prevención general, teniendo también en cuenta la justicia.

- Juez: debe operar con criterios de justicia y de prevención especial.

- Organismos Penitenciarios: deben operar ante todo con criterios de prevención especial.

---

<sup>23</sup> Cobo Del Rosal, Manuel. Derecho Penal Parte General. Cuarta Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1996, página 744

### **3.3 Teorías Alemanas**

Mir Puig<sup>24</sup> analiza estas teorías, las cuales surgen en el ámbito de determinación judicial de la pena. La doctrina alemana contrapone tres criterios: la prevención general, la prevención especial y el principio de culpabilidad que actúa como límite general. Estas teorías pretenden resolver en qué medida debe atender el juez a cada uno de los criterios mencionados.

La prevención puede aconsejar una pena superior o inferior a la adecuada a la gravedad del hecho. La prevención especial puede hacer aconsejable una pena inferior o incluso la renuncia a la misma, cuando en cambio la prevención general exige lo contrario. Este problema es resuelto en distintos sentidos según las diferentes corrientes doctrinales:

#### **3.3.1 Teoría de la pena exacta o puntual (Punkstrafe)**

El juez debe hallar la pena que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto. Esta teoría es esencialmente retribucionista. Considera

---

<sup>24</sup> Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. REPERTOR. Barcelona, España, 1998, página 754 y 755. Un análisis similar es realizado por Jescheck, Hans-Heinrich en Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Primero y Segundo. Bosch Casa Editorial, S.A, Barcelona, España, 1981, páginas 1198 y 1199

que puede encontrarse un punto exacto dentro de la pena, que se ajuste a lo merecido por el autor del delito.

Algunos de sus partidarios consideran la posibilidad de que una vez determinada la “pena justa”, ésta pueda ser modificada por el juez en base a criterios preventivos, siempre que no se aleje excesivamente del punto adecuado a la culpabilidad.

### **3.3.2 Teoría de la culpabilidad como límite máximo de la pena**

A diferencia de la anterior teoría, la culpabilidad opera únicamente como límite máximo de la pena, por lo que la pena “no necesaria” desde el punto de vista preventivo debería dejar de imponerse.

### **3.3.2 Teoría del espacio de juego (Spielraumtheorie)**

La pena ajustada a la culpabilidad no es una pena exacta, sino que comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo. Dicho marco constituye para el juez un espacio de juego, dentro del cual puede moverse para graduar la pena según criterios preventivos, siendo discutible si



los criterios preventivos toman en cuenta tanto la prevención general como la especial, o sólo esta última.

Esta teoría admite diversas variantes:

- considerar la culpabilidad como base de la pena exigida por la retribución
- considerar la culpabilidad como base de la pena exigida por la prevención general

### **3.3.3 Teoría del valor posicional o de los niveles de incidencia (Stellungswerttheorie)**

Asigna a la culpabilidad la determinación de la pena en sentido estricto, es decir, decidir por si sola la duración de la pena. Por su parte la prevención especial decide, también por si sola, la determinación de la pena en sentido amplio, es decir, la decisión acerca de si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida.

## § 2. PRINCIPIOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Una de las perspectivas de la Política Criminal, es la determinación de los límites bajo los cuales puede el Estado ejercer el ius puniendi, la potestad encaminada a sancionar la criminalidad. El Estado Democrático de Derecho se apoya en los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo, y su Derecho Penal debe respetar en concreto dichos valores superiores.<sup>25</sup> Bacigalupo<sup>26</sup> añade que el concepto de Estado de Derecho puede concretarse a través de los principios del Derecho Penal referidos a la previsibilidad de la acción represiva por el ciudadano y a los límites de esta acción. Tales principios son: legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y prohibición de bis in idem.

Mir Puig<sup>27</sup> fundamenta el ejercicio de la potestad punitiva en el concepto de **Estado social** democrático de Derecho, separando sus límites en razón de cada una de estas características. La expresión Estado social democrático de Derecho utilizada por Mir Puig y otros autores de la doctrina española se debe a la consagración constitucional de este concepto en el artículo 1.1 de la Carta Fundamental de España. Si bien nuestra Constitución no define a Chile en estos términos, debe tenerse en cuenta lo expresado por Bacigalupo en *Principios de Derecho Penal* quien señala que *“la idea de Estado social y democrático de derecho no depende de que la Constitución haga una*

---

<sup>25</sup> Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1990, página 17

<sup>26</sup> Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal y el Estado de Derecho. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Marzo, 2005, página 104

<sup>27</sup> Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. REPERTOR. Barcelona, España, 1998, página 74

*declaración expresa en su favor; constituye la base sobre la que se asienta la mayor parte de los órdenes jurídicos europeos y americanos.*<sup>28</sup> Es por ello que consideramos plenamente aplicable esta característica a nuestra institucionalidad.

En nuestra opinión el carácter social del Estado chileno puede desprenderse de lo señalado en el artículo 1º inciso 4 de la Constitución Política de la República, el que establece que *“El Estado está al servicio de la persona y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”* En efecto, señalar que el Estado está al servicio de la persona humana y que promueve el bien común implica no sólo la protección de la persona individualmente considerada, sino además de la sociedad en su conjunto, lo cual refleja el carácter social de un Estado. Refuerza esta idea la obligación impuesta al Estado de contribuir a crear las condiciones que permitan el desarrollo de todos y cada uno de los miembros de la sociedad.

A mayor abundamiento, el mensaje del Código Penal chileno de 1874 expresa que *“en la clasificación de los delitos de que se ocupa el libro segundo se ha tomado como punto de partida la organización misma de la sociedad a cuya estable conservación debe proveer ante todo la ley.”*<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1990, página 17

<sup>29</sup> Ministerio de Justicia. Código Penal. Decimoctava edición oficial. Especial para estudiantes. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002, página 14

En cuanto **Estado de Derecho**, impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. El Estado social legitima esta potestad, en cuanto sea necesaria para la protección de la sociedad, a través de los principios de utilidad, subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal y la necesidad de que se protejan bienes jurídicos de importancia para las posibilidades de participación del individuo en la sociedad. Por último, la noción de Estado democrático obliga, en lo posible, a poner el Derecho Penal al servicio de la persona.

A continuación se procederá al análisis de estos principios.

## **1. Límites derivados del Estado de Derecho**

### **1.1 El principio de legalidad**

Expresado por el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*, el principio de legalidad implica que 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. Este principio se encuentra consagrado a nivel internacional en el artículo 11, 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece que *nadie será condenado por actos u*

*omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional, norma que es reiterada en el artículo 15, 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Tratados Internacionales ratificados por Chile, siendo por ello plenamente aplicables, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2º de la Constitución. A nivel nacional, este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución y en el artículo 18 inciso primero del Código Penal, los que señalan que *ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.**

Lo anterior significa que tanto el delito como la pena deben estar determinados en una ley previa. De esta manera, el principio de legalidad satisface una exigencia de seguridad jurídica y también una garantía política.

La exigencia de seguridad jurídica comprende la posibilidad de conocer previamente los delitos y las penas.

Por su parte, la garantía política implica que el ciudadano no podrá ser sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo a través de las leyes que recogen su voluntad, siendo ello el reflejo de un orden democrático legítimo.

Resulta importante destacar la problemática referente a determinar a quiénes protege el principio de legalidad. Parte de la doctrina, entre ellos Von Liszt, han señalado a este respecto que el principio de legalidad sirve de instrumento para la protección de los delincuentes, constituyéndose en su Magna Carta. Sin embargo, este enfoque distorsiona el correcto significado del principio, vulnerando los derechos fundamentales. Esto porque *“en un Estado democrático de Derecho el juez nunca tiene ante sí a un delincuente, sino a un ciudadano que está amparado por el derecho a la presunción de inocencia y que es destinatario de la protección del principio de legalidad.”*<sup>30</sup> Adherir a esta interpretación implica además concebir este principio como un mal necesario, una protección del malo (el delincuente) frente al bueno (el Estado), por lo que una Política Criminal tendiente a limitarlo sería justificada sin mayores reparos. Por el contrario, concebirlo como la Magna Carta del ciudadano respeta la presunción de inocencia, reforzando con ello los derechos fundamentales, protegiendo de esa forma al débil (el ciudadano) frente al fuerte (el Estado).

Siguiendo la clasificación de Mir Puig,<sup>31</sup> del principio de legalidad se derivan cuatro garantías específicas, a saber: garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución.

---

<sup>30</sup> Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1990, página 35

<sup>31</sup> Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. REPERTOR. Barcelona, España, 1998, página 77

- **Garantía criminal**

Esta garantía exige que el delito se halle determinado por la ley (nullum crimen sine lege). Se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución.

- **Garantía penal**

La ley debe señalar la pena que corresponde al hecho (nulla poena sine lege). Se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución.

- **Garantía jurisdiccional**

La existencia del delito y la imposición de la pena deben determinarse por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido. Se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución.

- **Garantía de ejecución**

La ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que la regule. Esta garantía se encuentra consagrada en el artículo 80 del Código Penal. Sin embargo, en la actualidad esta garantía no se encuentra satisfecha, toda vez que la ejecución de las penas en Chile se encuentra establecida en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, reglamento que por lo demás

se enfoca más bien al funcionamiento de los establecimientos penitenciarios y no a la ejecución de la pena propiamente tal.

Por otra parte el contenido del principio de legalidad se concreta en cuatro importantes aspectos, de los cuales se derivan cuatro prohibiciones. Estos aspectos son:

**a) Lex certa**

La ley penal debe ser exhaustiva, conteniendo una descripción de la conducta típica sancionada y de la pena aparejada a su violación. Para poder considerar una ley penal como exhaustiva ésta debe contener todos los presupuestos que condicionen la pena y determinen la consecuencia jurídica. Estos presupuestos pueden estar presentes en una enumeración expresa de los elementos o bien en forma implícita siempre que la ley brinde los criterios para deducirlos.<sup>32</sup>

La prohibición a la que da origen la exigencia de este requisito es la prohibición de las leyes penales indeterminadas.

---

<sup>32</sup> Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1990, página 36



## **b) Lex stricta**

Se refiere a la prohibición de la analogía, entendida como la aplicación de la ley penal a un caso no comprendido en ella, pero similar a aquel que ésta comprende.

*“Suele distinguirse entre analogía in malam partem y analogía in bonam partem, entendiéndose por la primera la que integra la ley extendiendo la punibilidad y por la segunda la que la restringe más allá de la letra de la ley. La primera está totalmente proscrita, en tanto que la segunda es admisible,<sup>33</sup> siempre que no sea arbitraria.”<sup>34</sup>*

Este requisito lleva aparejada la prohibición de la extensión del texto legal a situaciones análogas en contra del acusado.

## **c) Lex scripta**

Este requisito excluye la costumbre como fuente de delitos y penas. La ley formal es la única fuente del Derecho Penal.

De este requisito se deriva la prohibición de fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario.

## **d) Lex praevia**

Esta exigencia implica la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición. Sin embargo no está

---

<sup>33</sup> Sin embargo existe discusión en la doctrina española acerca de la admisibilidad de la analogía in bonam partem.

<sup>34</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. EDIAR S.A. Editora. 2002, página 118

prohibida la retroactividad de las leyes penales más favorables, entendiéndose por éstas las que suprimen un delito o disminuyen su pena.

A través de este requisito se materializa la protección de la seguridad jurídica.

Finalmente según Zaffaroni<sup>35</sup> el principio de legalidad se completa con el denominado principio de reserva legal. Esto significa que la norma penal debe tener rango de ley en sentido estricto, quedando excluidas como fuente de delitos y pena las normas reglamentarias de la administración, y en general toda norma que no emane del Poder Legislativo.

## **1.2 El principio de ne bis in idem**

Este principio no es enunciado por Mir Puig dentro de la clasificación que ha orientado este análisis, sin embargo, en palabras de Bustos *“en cuanto a su ubicación sistemática, parece evidente que en el plano estrictamente penal-criminal, este principio queda abarcado por el principio de legalidad... y ello es así desde una interpretación lógica, pues como la ley ha de ser estricta (lo que implica la tipicidad), necesariamente no se puede usar el mismo presupuesto para imponer más de una pena.”*<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Op. Cit., página 112

<sup>36</sup> Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Editorial PPU. Barcelona, España, 1994, página 133

Lo que este principio pretende evitar es que el autor de un delito sea sancionado más de una vez por el mismo hecho.

El principio de ne bis in idem tiene tres expresiones:

- a) un mismo delito no puede recibir más de una pena;
- b) una misma agravante no puede ser apreciada más de una vez;
- c) un mismo hecho no se puede castigar al mismo tiempo con pena criminal y sanción administrativa.

Internacionalmente este principio se encuentra consagrado en el artículo 8, 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14, 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este último establece que *nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*. Estas disposiciones tienen aplicación en Chile de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política.

Consideramos que el principio encuentra acogida en la legislación chilena en el Código Procesal Penal, que en su artículo 1º inciso 2 establece que *“la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.”* Si una persona en virtud de un nuevo proceso vuelve a ser

condenada, se está infringiendo una de las expresiones del principio de ne bis in idem, puesto que un mismo delito no puede recibir más de una pena.

Por otra parte, el artículo 63 del Código Penal, el que establece lo siguiente: *“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.”* Este artículo impide tomar en consideración una circunstancia agravante si ya ha sido considerada para los efectos de tipificar el delito.

## **2. Límites derivados del Estado Social**

### **2.1 El principio de utilidad de la intervención penal**

Se entiende que la intervención penal es útil en la medida que la pena sirva para el cumplimiento de los fines que dicha intervención penal propone, tales como la retribución, prevención general positiva, resocialización, etc., fines que fueron analizados en detalle en el § 1 de este capítulo.

El Derecho Penal encuentra legitimación dentro de un Estado Social sólo en cuanto protege a la sociedad. Cada sociedad de acuerdo al

modelo de Estado determinará cuáles son los fines que la intervención penal debe tener para lograr su protección. Por lo tanto si una reacción penal no es capaz de dar cumplimiento a los fines de la intervención penal deberá desaparecer, puesto que ya no se justificaría su existencia.

Manifestaciones de este principio pueden encontrarse en nuestra legislación, por ejemplo en el mensaje del Código Procesal Penal, que hace referencia a la prevención general negativa señalando que *“también el proceso penal está llamado a desempeñar un importante efecto preventivo general, que normalmente se atribuye a la etapa de ejecución de la pena. El enjuiciamiento público de los delitos permite socializar más directamente el mensaje de que existe una respuesta estatal rigurosa a los actos que la sociedad considera inaceptables, inhibiendo con ello a quienes pudieren pretender llevarlos a cabo en el futuro y reafirmando ante el conjunto de la comunidad la vigencia de los valores del sistema jurídico.”*<sup>37</sup>

Además podemos encontrar aspectos referidos a la prevención especial en materia de tratamiento penitenciario tanto en la Ley Orgánica de Gendarmería, así como también en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. La primera establece en su artículo primero que *“Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.”* El artículo 3 añade: *“Corresponde a Gendarmería de Chile: letra e) Readaptar a las personas privadas de libertad en*

---

<sup>37</sup> Ministerio de Justicia. Código Procesal Penal. Cuarta edición oficial. Especial para estudiantes. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006, página 17

*orden a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social.” Por su parte, el Reglamento señala en su artículo primero que “la actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, así como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.”*

Finalmente, nuestra legislación hace referencia a la retribución como fin de la pena, en el artículo 7 del Código Penal, ya que éste establece que *son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa*, señalando con ello que la pena es un fin en sí misma generada sólo por el hecho de existir culpabilidad, por lo que deben ser castigadas, por regla general, todas las fases del iter criminis.

## **2.2 El principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal**

La intervención penal no sólo se justifica en la medida que satisfaga el principio de utilidad. Además es necesario que las otras formas de control social, menos lesivas y que impliquen un menor costo para la sociedad, hayan fracasado en su intento por evitar los delitos. La intervención de estas otras formas de control debe iniciarse por una adecuada política social y continuar con sanciones no penales como las administrativas y las civiles. La idea es procurar el mayor bien social al menor costo posible para la sociedad.

Este es el contenido del principio de subsidiariedad, según el cual el Derecho Penal debe ser la última ratio, el último recurso al que se acude cuando todas las otras formas de reacción, sean jurídicas o extrajurídicas, hayan resultado ineficaces o insuficientes.

El carácter fragmentario del Derecho Penal tiene su expresión en la penalización de las modalidades de ataque más lesivas para los bienes jurídicos protegidos por éste. Entonces, no sólo es necesario que el Derecho Penal proteja los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad, sino que también es fundamental que los proteja sólo de las formas de ataque más nocivas.

El principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho Penal forman parte del denominado principio de intervención mínima.

Por ejemplo, en Chile, la regla general en materia de daños está orientada a la aplicación de las normas del Derecho Civil, tanto a través del estatuto de responsabilidad contractual como extracontractual. Esto ocurre debido a la mayor laxitud de los requisitos que se exigen en comparación a la responsabilidad penal, existiendo en materia civil una cláusula general de responsabilidad por oposición a la tipicidad requerida por el Derecho Penal. Siendo el delito civil atípico, cualquier acción u omisión que genere daño y que sea imputable a un sujeto, generará la obligación de reparación. Por su parte, el delito penal es más restringido, ya que además de una acción u omisión

imputable se requiere tipicidad, se exige que la infracción esté expresamente prevista en la ley, lo que refleja el carácter excepcional y subsidiario del Derecho Penal.

### **2.3 El principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos**

Este principio implica que sólo deberán ser amparados bajo el alero del Derecho Penal bienes jurídicos, y no meros mandatos formales, valores morales ni intereses no fundamentales.

Las principales consecuencias de este principio *“pueden sintetizarse en que: (a) el estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral; (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad.”*<sup>38</sup>

Es importante señalar que la intervención punitiva sólo se justificará en la medida que proteja intereses necesarios para el desarrollo espiritual y material de la persona. Esto se deriva de una concepción antropocéntrica del objeto de protección penal, el bien jurídico protegido debe ser instrumental al individuo, independientemente de que se trate de intereses

---

<sup>38</sup> Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Editorial PPU. Barcelona, España, 1994, página 127



individuales o valores colectivos.<sup>39</sup> En el mismo sentido Zaffaroni, señala que *“según la doctrina argentina el papel de la potestad social se reduce a proteger derechos. Con ello se consagra el concepto personalista del derecho, es decir, que éste debe servir a la persona.”*<sup>40</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, podríamos considerar que este principio es recogido por nuestra Constitución Política en su artículo 1º inciso 4º, al señalar que *el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.*

Por otra parte, es posible encontrar este principio establecido de una manera genérica en el Libro Segundo del Código Penal. Al revisar cada una de las figuras típicas que se encuentran dentro de este libro, podemos constatar que lo que se está protegiendo por el legislador son exclusivamente bienes jurídicos, como la vida, la integridad física, la libertad personal, la propiedad, la fe pública, la familia, la seguridad nacional, entre otros.

---

<sup>39</sup> Rodríguez Collao, Luis. Delitos Sexuales de conformidad con la las modificaciones introducidas por la ley N° 19.617 de 1999, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, página 101.

<sup>40</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. EDIAR S.A. Editora. 2002, página 127

### 3. Límites derivados del Estado Democrático

#### 3.1 El principio de humanidad de las penas

Un Estado Democrático debe asegurar el respeto a la dignidad de todos sus habitantes. Es la dignidad de la persona el límite de la crueldad de las penas. El Estado está al servicio de las personas, es por ello que aunque sean convenientes para la autoconfirmación de éste penas excesivas y crueles, éstas deben ser descartadas puesto que vulneran la dignidad del individuo utilizándolo como un medio.

Zaffaroni<sup>41</sup> considera que son crueles las penas brutales en sus consecuencias, como aquéllas que crean impedimentos que comprometan toda la vida del sujeto (muerte, castración, tortura, etc). De igual forma resultan crueles las consecuencias jurídicas que se pretenden mantener hasta la muerte de la persona. Según este autor admitir consecuencias perpetuas de una punición, implica aceptar la existencia de personas descartables.

A nivel internacional este principio se encuentra establecido en el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual señala que *nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o*

---

<sup>41</sup> Op. Cit., página 132

*degradantes*. Similares expresiones son utilizadas por los artículos 5 ap. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Toda esta normativa se entiende incorporada a nuestra legislación en virtud del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República.

En virtud de la aplicación este principio existe una tendencia en el Derecho Comparado a sustituir las penas privativas de libertad por otras penas menos lesivas o por otras medidas; además se postula la despenalización de ciertas conductas antes punibles; también se pretende establecer como límite máximo de la pena privativa de libertad un período de 15 años; en España no se admite la cadena perpetua y en general la doctrina exige mejores condiciones para el cumplimiento de las penas privativas de libertad.

En Chile es observable una tímida pero importante aplicación del principio de humanidad, a través de la exclusión de la pena de azotes y de la pena de muerte del Código Penal. Además el artículo 19 N°1 de la Constitución Política contendría este principio al establecer que *la Constitución asegura a todas las personas: 1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. (...) se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.*

Por otra parte, el mensaje del Gobierno al Congreso sobre el Código Penal señala que *“la enumeración de las penas hace desaparecer para siempre de la ley esos castigos bárbaros e indignos de figurar en la legislación de un país civilizado que formaban, no obstante, parte de la nuestra, aun*

*cuando su mismo excesivo rigor las hiciera inaplicables”*<sup>42</sup>, con lo que se demuestra un esfuerzo ya en la época de la dictación de este cuerpo normativo, por incorporar este principio a la legislación chilena.

### **3.2 El principio de resocialización**

Al igual que en el principio de humanidad debe reconocerse que el Estado está al servicio de la persona y por ello debe asegurar la participación de todos los ciudadanos en la vida social evitando la indebida marginación de cualquiera de sus miembros, incluidos los condenados.

La resocialización que se pretende con este principio no es una alteración de los valores o una manipulación del individuo, sino la aceptación por parte del condenado de opciones de participación social distintas del comportamiento criminal.

Dentro de nuestra legislación, este principio es recogido por la Constitución Política en su artículo 1º inciso 4º, al señalar que *el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a*

---

<sup>42</sup> Ministerio de Justicia. Código Penal. Decimotava edición oficial. Especial para estudiantes. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002, página 13

*cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. Por otra parte, el artículo primero de la Ley Orgánica de Gendarmería establece que “Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.” El artículo 3 añade: “Corresponde a Gendarmería de Chile: letra e) Readaptar a las personas privadas de libertad en orden a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social.” Por su parte, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios señala en su artículo primero que “la actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, así como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.”*

### **3.4 El principio de culpabilidad**

El Estado Democrático debe ofrecer al individuo la posibilidad de evitar la pena cuando no puede emitirse un juicio de reproche jurídico en su contra, sea por falta de capacidad penal (inimputabilidad), error o desconocimiento de la prohibición o falta de libertad.

Es necesario que quien sufra la pena pueda ser culpado por el hecho que la motiva, y para ello habrá de tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

- **Principio de personalidad**

No debe hacerse responsable al individuo por delitos cometidos por otras personas.

- **Principio de responsabilidad por el hecho**

No deben castigarse formas de ser. El Derecho Penal debe ser de hechos y no de autor. Se relaciona con la exigencia de tipicidad, debiendo la ley penal realizar una descripción de las conductas punibles.

- **Principio de dolo o culpa**

El hecho que configura el delito debe haber sido querido (doloso) o al menos imprudente (culposo), siendo insuficiente la mera producción de un resultado lesivo para fundar la responsabilidad.

- **Principio de imputación personal**

El autor de un hecho antijurídico debe poseer determinadas condiciones psíquicas que le permitan comprender la ilicitud de su comportamiento y obrar sabiendo qué acción realiza.

Según Bacigalupo<sup>43</sup>, el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: por una parte determina los presupuestos de la pena y por otra interviene en la individualización de la pena.

En cuanto a determinar los presupuestos de la pena, este principio establece que la pena sólo puede aplicarse si el autor pudo conocer la antijuridicidad del hecho, si pudo comprenderla y si pudo comportarse de acuerdo con esa comprensión. Además exige que el autor haya actuado con dolo o culpa y que el error sea relevante.

En cuanto a individualización de la pena, la culpabilidad determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable, debe existir proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche.

Internacionalmente este principio tiene acogida dentro de aquellas normas referidas al principio de legalidad, es decir, el artículo 11, 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 15, 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal y el Estado de Derecho. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Marzo, 2005, página 144

<sup>44</sup> Ouviaña, Guillermo et al. Teorías actuales en el Derecho Penal. Primera Edición. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina, Mayo, 1998, página 75

Consideramos que la legislación chilena recoge este principio en los artículos 10 y 11 del Código Penal, los que establecen las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal y las que la atenúan, respectivamente. Ambos artículos reflejan una incorporación del principio de dolo o culpa y del principio de imputación personal, pertenecientes a la culpabilidad.

Otra disposición que refleja la aplicación de este es principio, es el artículo 64 del Código Penal, relativo a la comunicabilidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad. El inciso 1º se refiere a la comunicabilidad de las circunstancias personales o subjetivas, señalando que estas circunstancias no se comunican a los partícipes, surtiendo efecto sólo respecto de aquéllos en quienes concurre la cualidad personal. El inciso 2º señala que sólo pueden gravar a un partícipe aquellas circunstancias reales de las que tuviere conocimiento antes o al momento de la acción, es decir, sólo le serán imputables aquellos hechos o elementos objetivos del tipo penal de los que tiene actual conocimiento.

Por otra parte, el artículo primero inciso 1º del Código Penal establece que *es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley*, entendiéndose que la voluntariedad es sinónimo de culpabilidad. Además el artículo 2 dispone que *las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete*, norma que también está tomando en cuenta la culpabilidad.

Finalmente, el artículo 19 N° 7 letra i de la Constitución Política, dispone que *una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria*,



*el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido.* Generalmente, este artículo es señalado por la doctrina como una fuente de responsabilidad del Estado. Sin embargo, consideramos que además nos permite apreciar claramente que no es posible imponer una pena sin culpabilidad, y si ello ocurre no sólo será imperativa la absolución del imputado sino que además se generará una obligación de indemnizar los perjuicios.

### **3.5 El principio de proporcionalidad**

La gravedad de la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho. Mir Puig distingue dos aspectos dentro de este principio. *“Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (...) un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la nocividad social del ataque al bien jurídico.”*<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. REPERTOR. Barcelona, España, 1998, página 100

Internacionalmente este principio tiene acogida dentro de aquellas normas referidas al principio de legalidad, es decir, el artículo 11, 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 15, 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>46</sup>

Teniendo como base lo anteriormente señalado, consideramos que el principio de proporcionalidad se encuentra recogido por el Código Penal chileno en los artículos 3 y 21.

El artículo 3 refleja la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho, al enunciar 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 artículo 21.”* Por su parte el artículo 21 establece por separado las penas de crímenes, penas de simples delitos y penas de faltas. Finalmente, el artículo 59 establece las escalas graduales, que agrupan y enumeran, en orden decreciente de gravedad, penas de igual naturaleza.

Lo anterior no hace sino demostrar que no todo delito reviste la misma importancia social, y que ello debe ser recogido por el legislador al momento de sancionarlos.

---

<sup>46</sup> Ouviaña, Guillermo et al. Teorías actuales en el Derecho Penal. Primera Edición. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina, Mayo, 1998, página 76

### 3.6 El principio de igualdad ante la ley

Este principio no es analizado dentro de la clasificación realizada por Mig Puig, -clasificación que ha guiado nuestro estudio - sin embargo nuestra doctrina reconoce la existencia e importancia de este principio y es por ello que hemos decidido incluirlo en el análisis, específicamente dentro de los límites que surgen en un Estado Democrático.

El principio de igualdad ante la ley no sólo rige en el ámbito del Derecho Penal, sino que inspira todo el ordenamiento jurídico. La igualdad ante la ley es *“uno de los fundamentos sobre los cuales descansa la organización del Estado democrático”*<sup>47</sup>

Este principio puede ser definido en base a lo señalado por la Constitución Política de la República en sus artículos primero y 19 N° 2 .El artículo primero señala que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; por su parte el artículo 19 N° 2 asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, señalando que en Chile no hay personas ni grupos privilegiados y que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. Además el Código Penal en su artículo 5 establece que la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la república, incluso los extranjeros.

---

<sup>47</sup> Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Marzo 1992, página 218

## **CAPÍTULO II**

### **SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DE PENAS**

Para realizar un análisis del nivel de coherencia que existe entre el sistema de determinación de la pena en Chile y un Estado Democrático de Derecho, es necesario enmarcar nuestro sistema dentro de alguna de las distintas teorías que doctrinariamente se han elaborado como respuesta a la problemática de la sanción aplicable a un caso concreto.

Es por ello, que en primer lugar realizaremos una descripción de cada uno de los sistemas de determinación de la pena, revisando las principales características que los definen, para de esta forma comprender el contexto del que emana el sistema del Código Penal chileno.

En segundo lugar, se realizará una descripción basada en consideraciones doctrinarias, de dos sistemas de Derecho Comparado, el sistema español de 1995 y el sistema alemán de 1975. Esta revisión tiene por objeto exponer que siguiendo una misma teoría, los sistemas de cada país pueden adoptar variadas fórmulas que conlleven a distintos resultados en la determinación de la pena.

## **§ 1. ANÁLISIS TEÓRICO DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA**

Determinar la pena significa precisar, en el caso concreto, la sanción que se impondrá a quien ha intervenido en la realización de un hecho punible como autor, cómplice o encubridor<sup>48</sup>, es decir, fijar las consecuencias jurídicas del delito.

Para el desarrollo de este análisis teórico resulta relevante tener en cuenta dos aspectos: los “sistemas de determinación de la pena” y las denominadas “fases de la determinación de la pena”. Es importante destacar que dependiendo del sistema de determinación de penas cada una de las fases tendrá una distinta extensión. A continuación se estudiarán por separado cada uno de ellos.

### **1. Sistemas de determinación de la pena**

#### **1.1 Sistema de determinación absoluta o de penas fijas**

En este sistema el legislador establece de manera inamovible la especie y duración de la pena correspondiente a cada delito. El juez es un mero aplicador de la ley y se le niega la posibilidad de participar en el proceso de determinación de la pena. Tampoco intervienen en este proceso las autoridades penitenciarias.

---

<sup>48</sup> Cury Urzúa Enrique. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Abril 1997, página 381

Este sistema surge en el Derecho Penal de la Antigüedad, en el que las penas, generalmente corporales, se imponían sin más una vez acreditada la existencia del hecho punible. Luego son los Códigos Revolucionarios los que adoptan este sistema, basados en los ideales de la filosofía de las luces. Existe un irrestricto respeto al principio de legalidad, por ser éste una garantía de libertad, y una absoluta desconfianza del arbitrio judicial, producto de los abusos cometidos por la Judicatura durante el Antiguo Régimen.

Fiel reflejo de la aplicación de este sistema es el Código Francés de 1791, el cual establecía una pena fija para cada delito.

En cuanto a los fines de la pena, este sistema sigue la línea del retribucionismo, *“siendo la pena compensación al delito, la justa proporcionalidad se lograría concretando la pena en la ley, cuya generalidad es apta para evitar que dos delitos iguales puedan castigarse con distintas penas, según la voluntad del juez.”*<sup>49</sup>

Se ha criticado a este sistema por no comprender que el principio de igualdad implica tratar desigualmente situaciones desiguales. Además, la ley no es capaz de prever las circunstancias particulares de cada caso, debido a su carácter general y abstracto.

---

<sup>49</sup> Antón Oneca, José. Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1986, página 580

Por otra parte, se ha señalado que un sistema de penas fijas sólo puede conseguir una proporción entre el delito y la pena bajo la fórmula del Talión o del “ojo por ojo, diente por diente”, método arcaico y bárbaro que ninguna sociedad que se precie de civilizada y respetuosa de los Derechos Humanos, estaría dispuesta a adoptar. Incluso dentro del Talión, la aplicación de este sistema es limitada, ya que las condiciones del hechor y de la víctima varían, lo que hace imposible en muchos delitos la equivalencia.

Por último, aquellos autores que reconocen los fines preventivos de la pena señalan que la prevención general se satisface mínimamente bajo este sistema, siendo imposible la aplicación de la prevención especial.

En la actualidad este sistema no es acogido por ninguna legislación. En Francia el Código de 1810 abandonó las penas fijas establecidas por el de 1791.

## **1.2 Sistema de determinación relativa**

Este sistema combina el legalismo y el arbitrio judicial con variedad de fórmulas.<sup>50</sup>

Estas distintas fórmulas tienen en común que la ley señala *“un marco penal dentro del cual el juez fija exactamente la pena correspondiente al*

---

<sup>50</sup> Op. Cit., página 579

*caso particular.*”<sup>51</sup> El legislador señala un límite mínimo, máximo, o ambos a la vez, el que no puede ser rebasado por el juez al momento de determinar la duración de la pena concreta. También la ley puede otorgar al juez la posibilidad de elegir entre distintas clases de penas.

Ejemplos de la aplicación de las diversas fórmulas de este sistema se encuentran en el Código Español 1848 y el Código Alemán de 1975. El primero establece un marco penal basado en una métrica penal, que conduce al juez a la decisión final a través de un complicado sistema de reglas de carácter obligatorio. Las penas se encuentran divididas en tres grados (mínimo, medio y máximo) y es la ley la que señala al juez cual de ellos aplicar, en virtud de la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad (atenuantes y agravantes), la forma de participación y el grado de ejecución del delito. El Código Alemán de 1975, en cambio, introduce marcos sin límite máximo, sometido sólo a reglas generales que lo cierran. La ley indica al juez una serie de criterios amplios que debe conjugar para modificar la pena básica o moverse dentro de ella.<sup>52</sup>

La aplicación de este sistema aparece en los primeros códigos del siglo XIX. Junto con un sistema de penas rígidas surgen penas elásticas o divisibles, las que establecen límites (mínimo y/o máximo) que deben ser respetados por el juez al determinar la pena. Además este sistema, bajo el prisma del derecho penal de la época clásica, otorga importancia a la culpabilidad como elemento subjetivo, situación que en la práctica se refleja en

---

<sup>51</sup> Mezger, Edmund. Derecho Penal. Libro de Estudio Parte General. Traducción de la Sexta Edición alemana, 1955 Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina, Julio 1958, página 359

<sup>52</sup> Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Editorial PPU. Barcelona, España, 1994, página 570



la incorporación de circunstancias modificatorias de responsabilidad. Se busca conciliar las exigencias del principio de legalidad (estableciendo la ley la pena para cada delito) con el principio de igualdad (distinguiendo en el caso concreto las específicas características del hecho y del autor).

Reflejan la aplicación de este sistema el Código Francés de 1810, Código Bávaro de 1813, Código Brasileño del Imperio de 1830, Código Español de 1848, Código Prusiano de 1851, Código Alemán de 1871 y Código Chileno de 1874.

En cuanto a los fines de la pena Antón Oneca<sup>53</sup> señala que *“la fijación de un máximo en la penalidad conminada por la ley a cada delito es deseable como garantía contra la arbitrariedad. La del mínimo sirve al principio de la retribución. Y ambos límites son convenientes a la función ejemplar o pedagógica que realiza la justicia criminal.”*

Concordamos con lo señalado por Antón Oneca en la medida que la retribución no sea equiparada a la culpabilidad, ya que de ser entendida en tal sentido se estaría permitiendo la aplicación de una pena por sobre la medida de la culpabilidad, por cuanto ella operaría como límite mínimo. La retribución debiera entenderse entonces sólo como compensación del mal causado. En nuestra opinión la culpabilidad debe operar como límite máximo, y bajo este límite la determinación de la pena exacta debe hacerse en virtud de la aplicación de criterios preventivos (generales y especiales).

---

<sup>53</sup> Antón Oneca, José. Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1986, página 583

Parte de la doctrina estima que la retribución como límite en la determinación de la pena se equipara a la culpabilidad y en razón de esta situación es que surge esta aclaración. En este sentido Cury<sup>54</sup> expresa que el carácter retributivo de la pena exige que su magnitud sea racionalmente proporcionada a la medida del injusto culpable. Luego añade que la exigencia de retribución sólo opera como límite máximo. Por otra parte, Mir Puig<sup>55</sup> al explicar la Teoría Dialéctica de Roxin afirma que en la determinación de la pena el límite es la culpabilidad, siendo esta última el único aspecto de la retribución aceptado por Roxin. Finalmente Jescheck señala *“la pena sirve por un lado a la retribución justa... por lo que se atribuye al principio de culpabilidad una función tanto fundamentadora como limitadora de la pena.”*<sup>56</sup>

Este sistema ha recibido críticas<sup>57</sup>, las que se dirigen principalmente a la fórmula adoptada por el Código Español de 1848, fórmula que también adoptó el Código Chileno de 1874. Se critica la extensa red de reglas que configuran este sistema (escalas penales, división de la pena en grados, formas de participación, grados de ejecución, catálogo de numerosas circunstancias modificatorias de responsabilidad), que además de otorgar complejidad a la determinación de la pena, no permite al juez apreciar las circunstancias específicas del caso concreto, puesto que el catálogo de circunstancias modificatorias de responsabilidad a pesar de ser extenso es taxativo, por lo que resulta imposible prever cada caso particular.

---

<sup>54</sup> Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Agosto 1982, páginas 63 y 64

<sup>55</sup> Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. REPERTOR. Barcelona, España, 1998, página 57 y 58

<sup>56</sup> Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Primero y Segundo. Bosch Casa Editorial, S.A, Barcelona, España, 1981, página 1194

<sup>57</sup> Rivacoba y Rivacoba, Manuel. La dosimetría en la determinación legal de las penas. En Baigún David y otros. De las penas. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1997, página 162 y 163

Además se señala que esta fórmula continúa apegada al sistema de determinación absoluta o de penas fijas, toda vez que desconfía del arbitrio judicial, por lo que somete al juez a un marco legal muy estrecho. Dicha limitación hace que en la práctica el juez aplique una pena que se encuentra casi determinada en forma exacta (pena fija) por el legislador.

En la actualidad el sistema de determinación relativa de la pena se ha formulado a través de la ampliación de los marcos penales, la eliminación de las “escalas graduales”, de la división de la pena en tres grados y la enumeración taxativa de circunstancias modificatorias de la responsabilidad, otorgando con ello un margen más amplio a la decisión judicial. Siguen esta línea el Código Penal Español de 1995 y el Código Alemán de 1975.

### **1.3 Sistema de indeterminación absoluta o sentencia indeterminada<sup>58</sup>**

En este sistema ni el legislador ni el juez señalan una duración exacta de la pena. Esta labor es entregada exclusivamente a las autoridades penitenciarias, consideradas las más capacitadas e idóneas para estos fines.

Este sistema equipara la pena a un tratamiento y es por ello que no debe señalarse una duración exacta, ya que serán las autoridades

---

<sup>58</sup> Esta clasificación toma en cuenta lo señalado por Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Parte General.

Decimoquinta Edición. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1968, página 687. En Chile sigue esta misma línea

Labatut Glenda, Gustavo. Derecho Penal. Tomo I. Novena Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Abril 1990, página 265

penitenciarias las que determinen el momento en que el sujeto se encuentre rehabilitado, resocializado o reeducado.

Desde una perspectiva histórica el origen de este sistema puede encontrarse en antiguos precedentes canónicos como por ejemplo la Constitutio Criminalis Carolina y la Theresiana; en Francia en las Lettres de Cachet; en España se utilizó como medida accesoria posterior al cumplimiento de la condena una reclusión absolutamente indefinida, denominada “cláusula de retención”.

Entre sus precursores se encuentra Bonneville de Marsangy, Roeder, Montesinos, Obermeier, Machonochie y Crofton. Pero el verdadero promotor y realizador de la condena indeterminada fue Brockway, primer director del Reformatorio de Elmira (Nueva York, Estados Unidos, 1876) el cual funcionó bajo este régimen.

En la segunda mitad del siglo XIX la doctrina científica alemana defiende este sistema, destacando Mittelstadt, Willert y Kraepelin. Más tarde es apoyado por Van Hamel y Von Lizst, fundadores de la Unión Internacional de Derecho Penal. En Italia la Escuela Positiva lo acogió, siendo Ferri su principal defensor.

La primera manifestación de la sentencia indeterminada en el ámbito de los Congresos Penitenciarios fue efectuada en Cincinnati en el año 1868, Congreso en el cual obtuvo aprobación. Posteriormente se continuó con

la discusión en distintos Congresos Penitenciarios. En Bruselas, 1900, se declaró inadmisibile en materia penal, pero fue admitida con restricciones en las medidas de seguridad. En Washington, 1910, se aprobó como principio científico, recomendándose su aplicación especialmente a los jóvenes. En Londres, 1925, el problema se planteó en torno a la aplicación de este sistema a los reincidentes.<sup>59</sup>

En relación con los fines de la pena se ha señalado por diversos autores<sup>60</sup> que la sentencia indeterminada sigue criterios preventivo especiales. Desde la perspectiva del positivismo y el correccionalismo el derecho penal debe actuar sobre sujetos peligrosos para que no vuelvan a delinquir, con lo que la pena adquiere carácter de tratamiento. La ley no está en condiciones de lograr la rehabilitación del individuo, debido a su carácter general que le impide identificar las necesidades de cada individuo, por lo que sólo podrá disponer varias clases de pena para que el juez escoja la más indicada a la naturaleza del delincuente. Además ni la ley ni la sentencia pueden fijar la duración de la pena, puesto que ésta debe cesar sólo cuando ya no sea necesaria, al igual que todo tratamiento.

La sentencia indeterminada puede clasificarse, de acuerdo a lo establecido por el juez, en las categorías siguientes:

---

<sup>59</sup> La perspectiva histórica de la sentencia indeterminada fue extraída de Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Decimoquinta Edición. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1968, páginas 686 y 687; y de Antón Oneca, José. Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1986, página 587.

<sup>60</sup> Entre ellos Antón Oneca, José. Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1986, página 581;

Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Editorial PPU. Barcelona, España, 1994, página 570 y 571; Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1996, página 553; Rivacoba y Rivacoba, Manuel. La dosimetría en la determinación legal de las penas. En Baigún David y otros. De las penas. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1997, página 165

### **1.3.1 Sentencia relativamente indeterminada**

En esta sentencia el juez fija un término máximo y un mínimo, o sólo un máximo o sólo un mínimo, de un tipo de pena. Será la autoridad penitenciaria la que determinará, dentro de este límite infranqueable, la exacta duración de la condena.

Los defensores de la sentencia relativamente indeterminada señalan que con este sistema se subsana el problema de las penas cortas de privación de libertad, y se conciliarían los derechos individuales de los reos (a los que nunca faltaría la garantía de ley) con las necesidades de la defensa social.<sup>61</sup> Esta conciliación ocurriría en la fase administrativa o penitenciaria de la pena, puesto que la autoridad administrativa debe respetar los márgenes señalados por el juez

### **1.3.2 Sentencia absolutamente indeterminada**

En esta sentencia el juez se limita a designar la especie de pena sin siquiera señalar un límite, ya sea mínimo o máximo.

---

<sup>61</sup> Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Decimoquinta Edición. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1968, página 688.

Algunos autores van más allá señalando que cabe dentro de esta categoría aquella sentencia en que el juez además de no establecer un límite tampoco designa la clase de pena.<sup>62</sup>

Se ha criticado el sistema de la **sentencia indeterminada**<sup>63</sup> porque pugna con el principio nulla poena sine lege, el que establece que la pena asignada a cada delito debe estar establecida previamente en la ley, lo cual no acontece en este sistema.

Por otra parte, para aquellos que consideran que la retribución y la prevención general son fines esenciales de la pena, no es posible la aplicación de una sentencia indeterminada, puesto que ésta sólo tiene en cuenta criterios preventivo especiales.

Se ha señalado también que con la aplicación de este sistema se conceden grandes facultades a las autoridades penitenciarias, quienes en la práctica serían las encargadas de la administración de la justicia, debilitando con ello el rol del juez.

Además el hecho de ceñirse estrictamente a la prevención especial trae como consecuencia que la liberación del individuo depende en

---

<sup>62</sup> Kraepelin, Dorado Montero, Jiménez Asúa.

<sup>63</sup> Estas críticas han sido planteadas en los textos de Antón Oneca, José. Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1986, página 588; Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Decimoquinta Edición. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1968, página 688 y 690; Rivacoba y Rivacoba, Manuel. La dosimetría en la determinación legal de las penas. En Baigún David y otros. De las penas. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1997, página 165

gran parte de la probabilidad de la comisión de nuevos delitos, situación que no puede ser determinada con certeza.

Finalmente se ha postulado que es posible alcanzar los objetivos que este sistema pretende, mediante la libertad condicional y otras medidas similares (alternativas a la privación de libertad), sin exponerse a los peligros que el sistema representa.

Específicamente se ha criticado la **sentencia relativamente indeterminada**<sup>64</sup> por otorgar al juez el más amplio arbitrio para determinar la pena. Si bien los defensores de este sistema señalan que existe conciliación entre los derechos individuales de los reos y las necesidades de la defensa social, esto sólo ocurre en la fase administrativa de la determinación de la pena, pero no en la fase judicial. Es en la fase judicial donde tiene cabida la crítica planteada, puesto que el amplio arbitrio judicial entra en contradicción con la seguridad y libertad individual amparados por el principio de legalidad, toda vez que en este sistema la ley no ha otorgado al juez ningún parámetro para la determinación de la pena.

La **sentencia absolutamente indeterminada**<sup>65</sup>, en tanto, también ha sido criticada de forma específica, por asimilar la pena al tratamiento del enfermo en un hospital, sin tener en cuenta que ambos tienen naturaleza distinta. Así por ejemplo, el tratamiento del enfermo es un bien, en cambio la

---

<sup>64</sup> Rivacoba y Rivacoba, Manuel. La dosimetría en la determinación legal de las penas. En Baigún David y otros. De las penas. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1997, página 165

<sup>65</sup> Antón Oneca, José. Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1986, página 588



pena es un mal, por lo que es necesario fijarle límites: un mínimo en servicio de la ejemplaridad y un máximo para proteger la libertad del individuo frente a posibles arbitrariedades.

Según Cuello Calón<sup>66</sup>, el sistema de la sentencia absolutamente indeterminada no ha recibido acogida por ninguna legislación positiva tratándose de penas. En cuanto a la sentencia relativamente indeterminada, ésta ha sido admitida en el derecho norteamericano y durante mucho tiempo tuvo una real importancia y aplicación. En el sistema federal como en los distintos estados existía un sistema que otorgaba amplias facultades al juez para el establecimiento de la pena y una vez fijada ésta por el tribunal, su determinación definitiva quedaba entregada a comisiones administrativas, las llamadas paroles, que se encontraban separadas del juez que dictaba la sentencia. Numerosas críticas surgieron en contra de esta fórmula y es así como en 1984 se promulgó el Acta de Reforma para dictar sentencias, creándose los “lineamientos de sentencias”, sistema que establece una rígida proporcionalidad entre la gravedad del delito y las penas asignadas al mismo, disminuyendo la discrecionalidad judicial y eliminando las comisiones de parole.<sup>67</sup>

En Europa e Hispanoamérica el sistema de la sentencia relativamente indeterminada se ha aplicado sólo para las medidas de seguridad.

---

<sup>66</sup> Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Decimoquinta Edición. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1968, página 690

<sup>67</sup> Comentario Preliminar al Título III del Código Penal Chileno de Politoff, Sergio y Matus, Jean Pierre en Politoff Lifschitz, Sergio. Ortiz Quiroga, Luis. Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro I. Parte General. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Abril, 2002, página 261

## **2. Fases de la determinación de la pena**

La clasificación que distingue tres fases en la determinación de la pena es creada por Saleilles y es difundida en su obra *L'individualisation de la peine*, que data del año 1898. Esta clasificación aún es recogida por parte de la doctrina y es la que a continuación será analizada.

### **2.1 Fase de la determinación legal de la pena**

Independiente del sistema de determinación de penas adoptado por el Estado el legislador, al momento de intervenir en la determinación, siempre debe optar por ciertos bienes jurídicos que serán objeto de protección, luego debe valorarlos comparativamente para poder punir con mayor o menor severidad los atentados contra ellos y finalmente debe realizar un estimación diferente según la diversidad del ataque a un mismo bien jurídico. Lo significativo y decisivo es el orden valorativo que informa y a que responde el ordenamiento jurídico.<sup>68</sup> En definitiva, el Poder Legislativo formula concretamente la política criminal del Estado a través de su intervención en este proceso.

---

<sup>68</sup> Rivacoba y Rivacoba, Manuel. La dosimetría en la determinación legal de las penas. En Baigún David y otros. De las penas. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1997, página 160

La determinación legal de la pena consiste en la fijación –por parte del legislador- de la pena que consta en forma absoluta o en la forma de un marco penal.<sup>69</sup>

En un sistema de determinación absoluta o de penas fijas esta fase es esencial, puesto que las penas se encuentran específicamente establecidas en la ley.

En un sistema de determinación relativa esta fase es importante, ya que el marco dentro del cual el juez determinará la pena se encuentra previamente establecido en la ley.

Por último, en un sistema de sentencia indeterminada esta fase es de poca relevancia, puesto que la ley se encarga de señalar que hechos constituyen delito sin establecer penalidad alguna para éstos.

## **2.2 Fase de la determinación judicial de la pena**

Es la realizada por el juez quien determinará –si la ley lo permite- la clase de pena y/o su duración.

---

<sup>69</sup> Mezger, Edmund. Derecho Penal. Libro de Estudio Parte General. Traducción de la Sexta Edición alemana, 1955 Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina, Julio 1958, página 358

La determinación judicial de la pena contempla dos aspectos. “1. *En primer término, en el sentido de una estructuración de la pena sobre la base de los principios que se deducen directamente de la esencia de la pena como imposición de un mal proporcionado al hecho cometido. La graduación judicial de la pena toma en cuenta, por un lado, el grado de lesión del derecho y, por el otro, el de la culpabilidad –tanto la culpabilidad por el hecho en sentido estricto como la culpabilidad por la conducta del autor-, tal como están contenidos en el hecho concreto.* 2. *Pero la graduación judicial de la pena debe también realizar, sobre esta base, los particulares fines preventivos generales y preventivos especiales de la pena que ya hemos estudiado y, sin abandonar el criterio de la retribución, cumplir, a la vez, con las funciones accesorias de la pena. Aquí, por consiguiente, se pone inmediatamente de manifiesto la significación práctica de las bases teóricas de la pena.*”<sup>70</sup>

En un sistema de penas fijas esta fase es de escasa importancia, ya que el juez se limita a aplicar la pena ya determinada por la ley.

En un sistema de determinación relativa esta fase es trascendental, puesto que es el juez el que en definitiva determina la pena siguiendo los criterios otorgados por el legislador.

En un sistema de sentencia indeterminada esta fase es relevante. En la sentencia relativamente indeterminada es el juez quien establece la clase de pena aplicable y sus límites. En la sentencia absolutamente indeterminada, en cambio, el juez se limita a señalar la especie de pena aplicable. Para

---

<sup>70</sup> Op. Cit., página 384

aquellos autores que postulan que el juez ni siquiera debe señalar la especie de pena, esta fase no tendría ninguna importancia.

### **2.3 Fase de la determinación penitenciaria, administrativa o ejecutiva**

Es la realizada por los funcionarios encargados de la ejecución de las penas privativas de libertad.

En un sistema de determinación absoluta esta fase no tiene mayor injerencia, puesto que la pena ya se encuentra determinada en la ley.

En un sistema de determinación relativa esta fase tampoco es relevante, ya que la determinación de la pena es realizada por el juez.

Es en el sistema de la sentencia indeterminada donde esta fase cobra real importancia. Como señala Antón Oneca *“la ley y la sentencia no hacen sino proporcionar las bases para que el régimen penitenciario pueda actuar sobre el condenado... en realidad -dice Saleilles-, no hay individualización legal, porque la ley no puede prever más que especies, no conoce los individuos... la ley, según el autor francés, dará las bases, pero el juez es el único capaz de conocer al agente y de darse cuenta de lo que es. Este conocimiento no es perfecto, por supuesto. La individualización judicial*

*será siempre aproximada y, por tanto, insuficiente. Hace falta la adaptación del régimen a las exigencias educativas de cada cual.* <sup>71</sup>

En la sentencia relativamente indeterminada, en esta fase se determina en definitiva la pena, respetando los límites señalados por el juez. La pena cesará cuando la autoridad administrativa estime que el sujeto se encuentra rehabilitado, por lo que no es necesario continuar con su tratamiento.

En la sentencia absolutamente indeterminada, en cambio, la autoridad administrativa establecerá la duración de la pena sin sujetarse a límite alguno. Ello es lógico si se considera que la pena es un tratamiento cuya duración no puede ser fijada a priori. Si se considera que la sentencia ni siquiera debe señalar la clase de pena aplicable, esta labor será realizada por la autoridad administrativa.

Finalmente es relevante destacar que esta clasificación en tres fases de la determinación de la pena, ha sido utilizada por algunos autores para desarrollar particulares teorías de fines de la pena. Así por ejemplo, como se señaló en el §1 del Capítulo I, Claus Roxin elabora su Teoría Dialéctica de la Unión distinguiendo tres etapas en la vida de la pena, las cuales coinciden con las fases ya explicadas, asignándole a cada una de ellas una función distinta en relación con los fines de la pena. Por su parte una labor similar es realizada por Schmidhäuser quien en su Teoría de la Diferenciación reconoce la existencia de tres actores que concuerdan con los organismos encargados de llevar a cabo cada una de las fases.

---

<sup>71</sup> Antón Oneca, José. Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1986, página 584 y 585

## **§ 2. SISTEMAS EN DERECHO COMPARADO**

Habiendo revisado las teorías propuestas por la doctrina, podemos afirmar a priori que el sistema chileno de determinación de la pena se encuadra dentro de los sistemas de determinación relativa, situación que se analizará latamente en el Capítulo III de esta investigación.

Asimismo, el sistema español de 1995 y el alemán de 1975 se enmarcan dentro de los sistemas relativos; sin embargo, sus particulares características conllevan a que exista cierta diferenciación en el funcionamiento y la determinación concreta de la pena en cada país, por lo que resulta interesante su estudio dentro de este Capítulo. Además, será relevante para buscar en ellos alguna solución a las falencias del sistema chileno.

### **1. Sistema Español en el Código Penal de 1995**

El Código Español de 1995 en materia de determinación de la pena recoge –al igual que su antecesor de 1848- el denominado Sistema de Determinación Relativa de la pena, toda vez que la ley señala un marco penal dentro del cual el juez fija exactamente la pena correspondiente al caso particular, combinando de esta forma el legalismo con el arbitrio judicial.

Las reglas para establecer la voluntad individualizadora del legislador se aplican en una variedad de conceptos (grado superior e inferior,

pena superior o inferior en grado) definidos por la ley. Luego se lleva a cabo por el juez la concreción de la pena aplicable al sujeto que ha sido juzgado y condenado. Dentro de las decisiones que el juez debe tomar se encuentra la calificación jurídico penal de la conducta (subsunción), aunque ello no sea un acto de individualización sino algo previo; además debe concretar el marco penal genérico o abstracto – que normalmente proclamará la pena al autor del delito consumado-; el específico marco que corresponde a la clase de hecho que se juzga (determinación del marco concreto); y las específicas circunstancias de su comisión (cuantificación de la pena en virtud de la posible concurrencia de circunstancias modificativas, o incluso, si ellas no concurren, en virtud de las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

En cuanto a la estructura del Código en materia de determinación de la pena, ésta puede esquematizarse de la siguiente forma:

- Determinación de un marco penal para cada uno de los delitos y faltas, previstos en los Libros II y III. Tales marcos penales se prevén, en principio, para los hechos consumados cometidos por sus autores.

La determinación del marco penal correspondiente a la tentativa y la complicidad se efectúa mediante varias reglas contenidas en el Libro I.

- Una vez determinado el marco penal debe realizarse la fijación de la extensión (el grado) en que debe imponerse la pena, según las circunstancias modificativas que pueden o no concurrir. Dicha regulación se encuentra en los artículos 61 y siguientes.

- Existen por último reglas previstas para el delito continuado y para el concurso de delitos, establecidas en los artículos 73 y siguientes.



A continuación se realizará un análisis de las normas más relevantes del Capítulo Segundo del Libro Primero del Código, titulado *De la Aplicación de las Penas*.

### **Sección 1ª. Reglas generales para la aplicación de las penas.**

**Artículo 61.** *Cuando la ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada.*

Este artículo reproduce el criterio básico de la legalidad penal: la pena se establece para la ejecución del delito consumado y se conmina al que sea autor de la acción que perfecciona el tipo.

Se entiende por delito consumado aquel en que se cumplen todas las previsiones de la hipótesis legal. Autor es quien ejecuta la acción típica, o los asimilados a él de acuerdo al artículo 28 (inductores y cómplices necesarios).

Ese artículo además implica que la punición de los actos preparatorios y las fases imperfectas de ejecución, así como de las diferentes formas de participación, sólo es posible porque existen reglas específicas al respecto.

El marco penal que traza la pena imponible al autor de la infracción consumada sirve para que dentro de él se puedan aplicar las diferentes reglas de determinación de la pena.

**Artículo 62.** *A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.*

Este precepto recoge una regla sancionatoria del delito imperfecto. Tan sólo mediante la introducción de cláusulas extensivas de responsabilidad pueden someterse a pena los actos preparatorios y las fases del proceso de ejecución o iter criminis, que son la tentativa inacabada y la tentativa acabada, denominada por la tradición española como “frustración”, concepto que no es recogido por el actual Código. Este concepto, sin embargo, puede ser utilizado teniendo en cuenta que en el Código vigente no existe una orden expresa de no rebajar la pena en más de un grado en caso de frustración, puesto que hoy lo determinante no es tan solo el grado de ejecución que se haya alcanzado, sino además el peligro inherente a ese intento.

En relación a los criterios que el juez debe tener en cuenta al momento de rebajar la pena, es decir, al peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado, puede señalarse lo siguiente:

El primer criterio exige una valoración acerca de la ofensividad de la conducta. Debe ser considerado como tentativa aquel acto externo que, conforme a un criterio ex ante (ya que ex post todos los actos integrantes de la tentativa no podían producir lo que no produjeron), y valorado objetivamente por un observador imparcial, es estimado como perteneciente a los que ordinariamente son susceptibles de producir el resultado delictivo. Con la aplicación de estos criterios se asume un menor grado de reprochabilidad ante la tentativa inidónea o el delito imposible, en los que tal peligro no existió o fue mínimo.

El segundo criterio se refiere al mayor o menor avance en el iter criminis. En principio parece que la mayor intensidad de la pena, rebajándola sólo en un grado, debe reservarse para la tentativa acabada (antigua frustración). Pero caben excepciones, ya que, como se ha señalado, el grado de ejecución alcanzado debe combinarse con el peligro inherente al intento.

**Artículo 63.** *A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito.*

Esta norma rige solamente para los cómplices que doctrinariamente se denominan no necesarios, dada la equiparación punitiva que rige en el derecho español entre autores, cómplices necesarios e inductores.

La reducción de la pena se realiza en un grado, en relación con la pena establecida para el autor a quien el cómplice auxilie. Esta reducción es compatible y cumulativa con otras de igual clase que se impongan por otros motivos, como la aplicable en virtud de la ejecución en grado de tentativa, la concurrencia de una eximente incompleta, de dos o más atenuantes o una muy cualificada.

**Artículo 64.** *Las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la ley.*

Este artículo hace una aplicación de la regla de especialidad, de tal manera que cuando un tipo específico contempla en su hipótesis legal un supuesto de delito imperfecto o de complicidad, penándolo como delito distinto y propio, se produce un conflicto de normas que se resuelve a favor del tipo específico. Este tipo de tratamiento penal es visible en delitos de tráfico de drogas, terrorismo o prostitución.

**Artículo 65.**

*1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran.*

*2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente*

*para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.*

*3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.*

Mediante este artículo se afirma la comunicabilidad a todos los partícipes de las circunstancias objetivas, es decir, aquellas que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, siempre que conocieran los hechos que las fundamentan. Estas circunstancias se extienden a todos los partícipes con el solo límite del principio de culpabilidad, de tal modo que se aplicarán a todos aquellos que hayan abarcado la circunstancia con su dolo, esto es, a los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación al delito.

Además el artículo establece la incomunicabilidad de las circunstancias subjetivas o personales, que sólo podrán ser apreciadas en aquellos en quienes concurren. Estas circunstancias se vinculan al autor o autores del hecho, y aparecían tradicionalmente descritas en este artículo como *las que se refieren a la disposición moral del delincuente, a sus relaciones particulares con el ofendido u otras causas personales*, descripción que desaparece con la Reforma de Noviembre de 2003.

Doctrina y jurisprudencia han identificado el fundamento de la comunicabilidad tanto con el principio de culpabilidad por el hecho, así como con el principio de accesoriadad de la participación.

**Artículo 66.**

*1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:*

Este artículo establece las reglas generales para la aplicación cuantitativa de la pena. Una vez fijado el marco legal genérico de pena, en función de la abstractamente prevista en el tipo y de las reglas de punición de las fases imperfectas de ejecución y participación criminal, el juez debe proceder a la determinación concreta de la duración de la pena.

Esta tarea no responde a la mera discrecionalidad del juez, puesto que la determinación cuantitativa de la pena posee una vinculación rígida al principio de legalidad. En este sentido la jurisprudencia ha señalado que el juicio de proporcionalidad en relación con las penas que se establecen para las infracciones criminales es incumbencia exclusiva del legislador, debiendo el juez limitarse a individualizar la pena según la gravedad de los hechos y las circunstancias personales de los reos, dentro del marco previsto para cada delito por la ley. Además la individualización debe motivarse en la sentencia, en la medida en que está en juego el valor

superior de la libertad y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

A continuación son analizadas cada una de las reglas de este artículo.

*1.ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.*

Esta regla se da para el caso de concurrencia de una sola atenuante, no compensada por la concurrencia de una agravante. El juez debe imponer la pena dentro de su mitad inferior, es decir, sin rebasar el medio de la pena, aunque moviéndose libremente dentro de esa mitad inferior.

*2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.*

Esta regla contempla dos supuestos:

- Concurrencia de dos o más atenuantes.
- Concurrencia de una o varias atenuantes, pero estimadas como muy cualificadas.

En ambos casos, además, no debe existir concurrencia de alguna agravante. La pena aplicable es obligatoriamente la inferior en grado y, facultativamente, la inferior en dos.

El concepto de atenuante muy cualificada no aparece definido en la ley, siendo un término normativo que se ha interpretado en el sentido de un mayor influjo atenuatorio, en relación con la menor antijuridicidad o culpabilidad que sería propia de la atenuante ordinariamente definida. La jurisprudencia ha entendido que se trata de aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos y datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta culpable.

*3.<sup>a</sup> Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.*



Se refiere a la concurrencia de una o dos circunstancias agravantes no compensadas por la concurrencia de alguna atenuante. La pena señalada debe imponerse en la mitad superior, dentro de la cual el juez tiene amplio arbitrio para señalar el quantum impuesto.

*4.<sup>a</sup> Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.*

La concurrencia de tres o más circunstancias agravantes autoriza al juez a imponer la pena superior en grado, en su mitad inferior, siempre que no concorra en el hecho penado atenuante alguna.

*5.<sup>a</sup> Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.*

*A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.*

Esta regla recibe aplicación cuando se hayan producido tres condenas anteriores y no sólo dos, como ocurría en el Código anterior; además en ella se prescinde del carácter imperativo de la elevación en grado que se había impuesto a partir de 1944, recuperando la naturaleza facultativa de esa elevación.

La regla analizada establece ciertos requisitos al definir la agravante: que se trate de delitos comprendidos en el mismo Título del Código y que sean de la misma naturaleza, así como que no puedan computarse los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, en cuyo caso no concurre la agravante de reincidencia.

Además son establecidos dos parámetros para el uso de la facultad de elevar un grado la condena: las condenas precedentes, de las que puede valorarse tanto su número, como la naturaleza y entidad de los delitos que las originaron; y la gravedad del delito que se está juzgando.

A diferencia de la regla 4ª, en la que la concurrencia de múltiples agravantes sólo autoriza a elevar la pena hasta la mitad del grado superior, en este caso la pena superior en grado podrá imponerse en la cuantía que el juez estime pertinente.

*6.ª Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.*

Hace referencia a la no concurrencia de circunstancias, ni atenuantes ni agravantes, en cuyo caso recupera el juez el arbitrio para determinar la pena aplicable.

El juez puede recorrer toda la extensión de la pena dentro del marco señalado en el tipo.

El arbitrio no es absoluto, pues el juez debe aplicar la pena en la extensión adecuada, en relación a dos parámetros: el subjetivo, referido al reproche personal atendiendo a las circunstancias personales del delincuente; y el objetivo, que atiende al valor del resultado según la mayor o menor gravedad del hecho. Aquí se aplica el reproche culpabilístico, según el principio "la culpabilidad debe ser la medida de la pena".

La jurisprudencia ha entendido que las circunstancias personales del delincuente dicen relación con situaciones elementos que

configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, así como la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social. No formarían parte de estos elementos la ausencia de antecedentes penales, ya que ello sólo sirve para descartar la agravante de reincidencia.

En cuanto a la gravedad de hecho, se ha señalado que ésta no se refiere a la gravedad del delito, toda vez que esta gravedad habrá sido ya contemplada por el legislador al fijar el marco penal para cada delito. La ley se refiere a aquellas circunstancias fácticas que el juez debe valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que se está juzgando.

*7.<sup>a</sup> Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación aplicarán la pena en su mitad superior.*

La concurrencia en un hecho punible de circunstancias atenuantes y agravantes puede producir dos efectos:

- Su compensación racional, dentro del marco establecido por la ley para el delito.

- La estimación de la cualificación de alguna de las circunstancias concurrentes, de tal modo que la compensación racional de ellas no determine la anulación de sus efectos, sino que persista un fundamento de la modificación.

Si la cualificación persiste en virtud de una o más atenuantes, se sigue parcialmente el criterio propio de los efectos de las atenuantes cualificadas (regla 2ª), puesto que la rebaja sólo puede ser de un grado y nunca de dos. Ello es una consecuencia de la concurrencia de agravantes, situación que no acontece en la regla 2ª.

Si la cualificación persiste en virtud de una o más agravantes, la pena señalada al delito debe ser impuesta en su mitad superior.

*8.ª Cuando los Jueces o Tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.*

Así, si el juez opta por rebajar la pena en dos grados, tiene libertad para elegir, dentro del grado inferior elegido, el quantum de la pena a imponer, sin sujetarse a las reglas generales. Cuando el juez elige la pena

inferior en sólo un grado, se entiende- a contrario sensu de la regla 8ª- que el juez queda sujeto a las reglas de este artículo.

*2. En los delitos imprudentes, los Jueces o Tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.*

Este criterio es propio de los Códigos históricos, y fue introducido por la Reforma de Noviembre de 2003, puesto que la redacción original del Código de 1995 nada señalaba al respecto. Se mantiene así el principio general de libertad de señalamiento del quantum de la pena legal a imponer al castigar un delito imprudente.

**Artículo 67.** *Las reglas del anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.*

Este artículo contiene la denominada regla de la inherencia, la cual busca evitar que un mismo elemento desempeñe a la vez la función de constituir el marco penal genérico y a la vez la de concretarlo. Es una clara

manifestación del principio ne bis in idem, que impide obtener dos consecuencias jurídicas sancionadoras de un mismo hecho.

**Artículo 68.** *En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código.*

Esta norma especial da un tratamiento privilegiado a la atenuante 1ª del artículo 21, que contiene las llamadas eximentes incompletas o semieximentes, es decir, aquellos casos en que faltan algunos requisitos para la apreciación de una circunstancia eximente. El tratamiento consiste en la rebaja obligatoria de la pena al menos en un grado, y en dos de modo facultativo. Debe razonarse tanto el rebajar la pena en dos grados, en cuanto supone positiva opción por una posibilidad atribuida a la discreción, como en rebajarlo sólo uno, por cuanto en este caso la discrecionalidad se habría usado negativamente al abstenerse de rebajar en dos.

Se entiende que cuando concurren otras circunstancias que también obligan a reducir en grado la pena, como el castigo de la tentativa o de la complicidad, las rebajas establecidas por los respectivos artículos son

cumulativas.

## **Sección 2ª. Reglas especiales para la aplicación de las penas**

**Artículo 73.** *Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.*

Este precepto contiene lo que la doctrina denomina concurso real de delitos, es decir, el que se produce cuando a un mismo sujeto se atribuye la comisión de varias acciones distintas, cada una de las que satisface por sí misma la hipótesis legal, constituyendo así delitos independientes. En tal caso debe ser impuesta la pena que cada tipo establece, y su cumplimiento será simultáneo si las penas por su naturaleza y efecto lo permiten, o sucesivo, en otro caso.

### **Artículo 74.**

*1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto*



*penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.*

*2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.*

*3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo.*

*En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.*

Este artículo regula dos supuestos en que una pluralidad de acciones, todas ellas típicas, se consideran como un delito único:

- El delito continuado: es aquella figura que agrupa en un solo delito una serie de acciones homogéneas ejecutadas en distintos momentos

temporales, obedeciendo a una unidad de resolución delictiva. La consecuencia de la apreciación de un delito continuado es que se castigará como delito único, pero con la pena que hubiera podido corresponder a la más grave de las acciones que integran la continuidad, de se sancionada aisladamente, imponiéndola en su mitad superior; esta pena puede extenderse hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, al arbitrio del juez.

- El delito masa: es aquel en que el plan preconcebido contempla ya desde el inicio el dirigir la acción contra una pluralidad indeterminada de personas, que no están unidas entre sí por un vínculo jurídico, de cuyo perjuicio individual pretende obtener el sujeto activo, por acumulación, un beneficio superior. La consecuencia de la apreciación de un delito masa es que, al apreciar la notoria gravedad deberá imponerse la pena superior en grado, en la extensión que el juez estime pertinente.

### **Artículo 77.**

*1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.*

*2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.*

*3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.*

Este precepto contempla dos supuestos:

- El concurso ideal de delitos: es aquel que se produce cuando un mismo hecho se acomoda a dos o más hipótesis típicas, lesionando los bienes jurídicos protegidos por cada una de ellas. La exigencia de antijuridicidad hace que todas las normas sean aplicables, aunque la penalidad resultante se atenúa con la regla de la absorción en una pena única, aunque exacerbada para recoger en parte la antijuridicidad de los delitos cuya pena se deja de aplicar.

- El concurso medial: es aquel que se produce cuando los delitos cometidos están en relación causal de medio a fin.

La pena que debe imponerse es la que corresponda al delito más grave en concurso, en su mitad superior. Sobre esta pena, en su caso, juegan las demás reglas de aplicación en función de las circunstancias modificativas concurrentes. Esta regla se atenúa con el principio pro reo, de modo que dejará de aplicarse, penando los delitos en concurso por separado, cuando la suma de las penas imponibles separadamente, resulte

inferior a la pena del delito más grave impuesta en su mitad superior.

## **2. Sistema Alemán en el Código Penal de 1975**

La determinación de la pena en el Código Alemán de 1975 se enmarca, en general, dentro del sistema de determinación relativa de la pena. Esto es así, puesto que la ley deja al juez un ámbito de movilidad bastante amplio para que éste determine la pena adecuada al caso concreto, respetando los límites establecidos por el legislador. En la gran mayoría de los casos la ley fija un marco penal dentro del cual el juez debe determinar la pena adecuada para el caso concreto, sujetándose a los límites trazados por el legislador. Además, existen algunos casos excepcionales en que la ley fija una magnitud absolutamente determinada de la pena, como ocurre en el asesinato (§ 211) y el genocidio (§ 220), ambos sancionados con presidio perpetuo.

En la fase de la determinación legal de la pena, el legislador establece un marco penal aplicable al autor del tipo penal. En muchos casos la ley sólo fija un límite máximo, caso en el cual el juez puede bajar hasta el mínimo de la clase de pena mencionada por el tipo penal. En otros casos la ley señala una pena mínima, pudiendo el juez aplicar la pena máxima permitida. Excepcionalmente, el legislador establece tanto un límite máximo como mínimo, los cuales deben ser respetados por el juez al momento de determinar la pena concreta. Por último, tampoco es infrecuente que el legislador deje las manos libres al tribunal para la determinación de la pena, no estableciendo ningún límite para ello.

En algunos tipos penales, el legislador ha establecido que el marco penal puede ampliar su margen hacia abajo ante casos “menos graves” o, extender su límite hacia arriba en casos “especialmente graves”. Estos grupos valorativos son vinculantes para el juez y le sirven de pauta al momento de determinar la pena.

Según lo señalado por Jescheck<sup>72</sup>, el proceso para determinar la pena dentro del sistema alemán se estructura en 3 fases. En primer lugar, debe determinarse los fines de la pena; en segundo lugar, los factores que influyen en la determinación de la pena y, por último, el examen de los considerandos de la sentencia en los que se basa la determinación de la pena.

El punto de partida, por tanto, es la determinación de los fines de la pena, pues sólo teniendo esto claro se puede apreciar qué hechos son importantes en el caso concreto y cómo deben valorarse. La pena sirve, en primer término, como retribución, por lo que se atribuye a la culpabilidad una función fundamentadora y a la vez limitadora de la pena. Además debe tenerse en cuenta el fin preventivo especial, debiendo la pena contribuir a la resocialización del hechor. Finalmente, la prevención general también debe ser considerada al momento de determinar la pena, sirviendo al fortalecimiento de la conciencia jurídica de la comunidad.

En segundo lugar, deben fijarse los factores que influyen en la determinación de la pena. Éstos son aquellas circunstancias presentes en el caso concreto y que, relacionadas con los fines de la pena, tendrán importancia

---

<sup>72</sup> Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Primero y Segundo. Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, España, 1981, páginas 1194 a 1199

para determinar el tipo de pena aplicable y su gravedad. En la mayoría de los casos el análisis de los factores, en relación con los fines de la pena, conducirá a resultados contradictorios, siendo labor del juez ponderarlos.

En último lugar, será necesario analizar los considerandos de la sentencia en que se fundamenta la determinación de la pena. En ellos el juez debe señalar cómo valoró y ponderó los factores y de qué manera los relacionó con los fines de la pena. En opinión de Jescheck, el tribunal debe relacionar equilibradamente de los distintos fines de la pena, siguiendo la llamada teoría de la unión que se encontraría legalmente consagrada en el artículo § 46 (1). En los casos en que los considerandos contradictorios sean incompatibles, se generará un problema que la doctrina alemana ha denominado “antinomía de los fines de la pena”. Para salvaguardar esta incompatibilidad y lograr la concordancia de los fines de la pena en el caso concreto, se han desarrollado las teorías alemanas de los fines de la pena, las cuales ya fueron analizadas en el 3.3 del §1 del Capítulo I de esta investigación, remitiéndonos a lo señalado en esa oportunidad.

## ***Título II: De la determinación legal de la pena***

### ***§ 46 Principios de determinación judicial de la pena***

*(1) La culpa del autor constituye el fundamento para la determinación judicial de la pena. Habrán de ser tomados en consideración los efectos que pueda esperarse tenga la pena en la vida futura del reo en la sociedad.*

*(2) En la determinación judicial de la pena, el Juez o Tribunal ponderará entre sí las circunstancias favorables o contrarias al reo. En particular, se tendrán en cuenta las siguientes:*

- Los móviles y objetivos del autor;*
- La actitud interna que se manifieste en el hecho y la voluntad empleada en él;*
- El grado de infracción del deber;*
- La forma de ejecución y los efectos culpables del hecho;*
- La vida anterior del autor, sus circunstancias personales y económicas;*
- Así como su comportamiento posterior al delito, en especial sus esfuerzos para reparar el daño y para lograr un arreglo con la víctima.*

*(3) No serán tomadas en consideración circunstancias que ya configuren elementos del tipo legal.*

El apartado 1 de este artículo dispone que el fundamento de la pena en el sistema alemán, señalando que la base para su individualización, es la culpa del autor. La medida de la pena debe corresponder a la medida de la culpabilidad y, en ese sentido, el Código Alemán establece como fin primordial de la pena a la retribución. Pero, además esta misma disposición añade que deben tomarse en cuenta, para determinar la pena, fines de prevención especial, agregando que deben tomarse en consideración los efectos que pueda tener la pena en la vida futura del reo en sociedad. La prevención general no es citada por esta norma, pero no puede prescindirse de ella, pues constituye el fin de la pena que realiza de modo más directo la misión del Derecho Penal de proteger el orden jurídico.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Op. Cit., página 1200

El segundo apartado enumera las circunstancias que el juez debe tener en cuenta al momento de determinar la pena. Este catálogo de factores no tiene un carácter taxativo, sólo son ejemplos que el legislador formula al juez de manera ambivalente, ya que, dependiendo del caso concreto, tendrán el valor de agravantes o atenuantes.

Por último, el apartado final de la disposición, consagra el principio del ne bis in idem en materia de determinación penas, señalando que las circunstancias que hayan servido para configurar el tipo penal no pondrán ser ponderadas nuevamente para los efectos de la individualización de la sanción.

**§ 46 a) Arreglo entre el autor y la víctima, reparación del daño**

*El Juez o Tribunal podrá atenuar la pena conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del § 49 o prescindir de ella si no se ha incurrido en una pena privativa de libertad superior a un año o en una pena de multa de más de trescientos sesenta días-multa, en los dos siguientes casos:*

- 1. Cuando el autor, esforzándose por llegar a un arreglo con el ofendido (arreglo entre el autor y la víctima), haya reparado en todo o en su mayor parte las consecuencias del hecho o intentado seriamente su reparación.*
- 2. Cuando, en el caso de que la reparación del daño haya exigido del autor importantes prestaciones personales o una renuncia personal, éste haya resarcido a la víctima en todo o en su mayor parte.*



De acuerdo con este artículo, la reparación del daño por parte del autor, provoca un desplazamiento del marco punitivo establecido en la ley, facultando al tribunal incluso para remitir la pena, cuando se trata de penas que no excedan cierta duración.

Tomando en cuenta, como se señaló anteriormente, que la medida de la pena es la culpabilidad del autor, los esfuerzos por reparar el daño no disminuyen su culpa, pero si demuestra un reconocimiento por parte del hechor de su responsabilidad, de modo que ya no sería necesaria la pena para la confirmación de la vigencia de la norma ni para prevenir otros delitos de parte del mismo autor. En ese sentido, se justifica esta atenuación o remisión facultativa de la pena, pero, más allá de eso, el hechor por medio de la reparación del daño anticipa parte de su castigo realizando un sacrificio material en favor de la víctima, cumpliendo con ello los distintos fines de la pena.

**§ 47 Aplicación sólo excepcional de la pena privativa de libertad de corta duración**

*(1) La pena privativa de libertad inferior a seis meses será impuesta por el Juez o Tribunal sólo cuando circunstancias especiales, que concurren en el hecho o en la personalidad del autor, hagan imprescindible la imposición de una pena privativa de libertad para influir en el autor o defender el ordenamiento jurídico.*

*(2) Cuando la ley no conmine con una multa y no se contemple la posibilidad de aplicar una pena privativa de libertad de seis meses o superior a seis meses, el Juez o Tribunal impondrá una pena de multa, si no fuere imprescindible la aplicación de una pena privativa de libertad conforme a lo dispuesto en el apartado*

*anterior. Cuando la ley conmine con un grado mínimo elevado de la pena privativa de libertad, el grado mínimo de la pena de multa se determinará, en los casos de la frase primera de este apartado, conforme al grado mínimo de la pena privativa de libertad conminada, correspondiendo treinta días-multa a un mes de pena privativa de libertad.*

Esta disposición establece la excepcionalidad en la aplicación de penas privativas de libertad inferiores a seis meses. La razón de esta norma encuentra su base en la tesis de que las penas privativas de libertad de corta duración no logran la resocialización del reo y además provocan la saturación de los establecimientos penitenciarios.

Este artículo regula dos situaciones diferentes, pronunciándose en favor de la multa. El primer apartado se refiere a delitos sancionados con penas alternativas, por un lado la multa y, por otro una pena privativa de libertad inferior a seis meses. Señala la disposición que sólo excepcionalmente el juez impondrá la pena privativa de libertad, siempre y cuando concurren circunstancias especiales que permitan deducir que ésta es indispensable para influir en el autor (fin preventivo especial) o bien para la defensa del ordenamiento jurídico (fin preventivo general).

El segundo apartado, regula aquellos casos en que el delito sólo tiene como sanción una pena privativa de libertad con un grado mínimo inferior a seis meses. En este caso, el juez debe ampliar el marco penal de tal forma que se permita además alternativamente la imposición de una multa.

Por último, cabe señalar que este artículo también recibe aplicación en los casos en que por aplicación del artículo § 49, la pena privativa de libertad resulte inferior a seis meses.

#### **§ 48 (Derogado)**

#### **§ 49 Circunstancias atenuantes especiales previstas por la ley**

*(1) Cuando se prescriba o admita una atenuación, remitiéndose a este precepto, se tendrá en cuenta respecto a ella lo siguiente:*

*1. La prisión perpetua será sustituida por una pena privativa de libertad no inferior a tres años.*

*2. En el caso de una pena privativa de libertad temporal, a lo sumo, podrá condenarse a tres cuartas partes del grado máximo conminado. Tratándose de una pena de multa se aplicará lo mismo respecto al número máximo de días-multa.*

*3. El grado mínimo elevado de una pena privativa de libertad se reducirá del modo siguiente:*

*- En el caso de un grado mínimo de diez o cinco años, a dos años;*

*- En el caso de un grado mínimo de tres o dos años, a seis meses;*

*- En el caso de un grado mínimo de un año, a tres meses;*

*- En los demás casos, al grado mínimo legal.*

*(2) Cuando el Juez o Tribunal esté facultado, según una ley que remita a este precepto, para atenuar la pena según su arbitrio, podrá llegar hasta el grado mínimo legal de la pena conminada o imponer una pena de multa en sustitución de la pena privativa de libertad.*

Este artículo contiene dos parámetros generales según los cuales se modifica el marco penal, en los casos que existan atenuaciones de la pena legalmente previstas. El apartado primero señala que el juez debe atenuar la pena de una manera limitada, reduciendo el marco punitivo (tanto el límite inferior como el superior) en forma exacta y concreta según el tipo de pena. Por su parte, el apartado segundo faculta al juez para atenuar la pena de manera ilimitada, dejando abierta la posibilidad de disminuir el marco punitivo hasta el límite legal mínimo, pudiendo incluso imponer una pena de multa en sustitución de la pena privativa de libertad.

#### **§ 50 Concurrencia de circunstancias atenuantes**

*Una circunstancia, que por sí sola o juntamente con otras circunstancias fundamente la admisión de un supuesto menos grave, y que al mismo tiempo constituya una circunstancia atenuante especial prevista por la ley, de acuerdo con lo establecido en el § 49, sólo podrá ser tomada en cuenta una vez.*

Esta disposición prohíbe la doble valoración de las circunstancias atenuantes de la pena, primero para configurar un caso menos grave y luego para la disminución del marco penal por aplicación del artículo § 49. Esta prohibición ha sido interpretada restrictivamente por la mayoría de la doctrina, señalando que el autor no puede beneficiarse por segunda vez de la mera existencia del elemento modificador del marco punitivo, pero sí de otra circunstancia vinculada. También se reconoce la posibilidad de la circunstancia tomada en cuenta para modificar el marco penal sea considerada nuevamente en la medición de la pena, pero dentro del mismo marco.

### **§ 51 Abono**

(1) *Cuando el condenado haya sufrido prisión preventiva o cualquier otra forma de privación de libertad por razón de un hecho que sea o haya sido objeto del procedimiento, este tiempo se abonará en la pena privativa de libertad temporal y en la pena de multa. El Juez o Tribunal podrá acordar, sin embargo, que el abono no se realice, total o parcialmente, si éste no estuviere justificado en atención a la conducta del condenado posterior al delito.*

(2) *Cuando una pena impuesta con fuerza de cosa juzgada sea sustituida por otra distinta en un proceso posterior, se abonará en ésta la pena anterior, en la medida en que haya sido ejecutada o haya sido extinguida por abono.*

(3) *Cuando el reo haya sido condenado por el mismo hecho en el extranjero, se abonará en la nueva pena la pena extranjera, en la medida en que haya sido ejecutada. Para cualquier otra forma de privación de libertad sufrida en el extranjero se estará a lo dispuesto en el apartado 1 mutatis mutandis.*

(4) *Para el abono de una pena de multa o en una pena de multa, un día de privación de libertad equivaldrá a un día-multa. Cuando se abone una pena o una privación de libertad impuesta en el extranjero, el Juez o Tribunal determinará la equivalencia según su arbitrio.*

(5) *Para el abono de la duración de la privación provisional del permiso de conducir (§ 111 a) de la Ley Procesal Penal) en la prohibición de conducir conforme al § 44, se estará a lo dispuesto en el apartado 1 mutatis mutandis. En este sentido, el depósito, el aseguramiento o el secuestro del permiso de conducir serán*

*equiparados a la privación provisional del permiso de conducir (§ 94 de la Ley Procesal Penal).*

Este artículo contempla el abono a la pena de los perjuicios sufridos por el hechor durante el proceso, especialmente el abono de la prisión preventiva e igualmente de cualquier otra clase de privación de libertad que el autor haya soportado en razón del mismo hecho objeto del proceso. Sólo excepcionalmente el juez podrá ordenar que el abono no se realice, ya sea total o parcialmente, si éste no estuviere justificado en atención a la conducta posterior al delito.

Además, esta disposición se refiere: al abono de una pena anterior, cuando ésta sea sustituida por una nueva impuesta con autoridad de cosa juzgada; el abono de la pena que haya cumplido el hechor por el mismo hecho en el extranjero; el abono de una pena de multa y, por último, el abono de la duración de la privación provisional del permiso de conducir.

### ***Título III: De la determinación legal de la pena en caso de más de una infracción legal***

#### ***§ 52 Unidad de acción***

*(1) Cuando una misma acción infrinja varias leyes penales o varias veces la misma ley penal, se impondrá solamente una pena.*

*(2) Cuando se infrinjan varias leyes penales, la pena se determinará conforme a la ley que conmine con la pena más grave, y no podrá ser más benévola que lo que admitan las otras leyes aplicables.*

*(3) El Juez o Tribunal podrá imponer, junto a la pena privativa de libertad, la pena de multa por separado conforme a los requisitos establecidos en el § 41.*

*(4) Cuando alguna de las leyes aplicables autorice la pena patrimonial, el Juez o Tribunal podrá imponerla por separado, junto a la prisión perpetua o a una pena privativa de libertad temporal superior a dos años. Por lo demás, cuando alguna de las leyes aplicables así lo prescriba o admita, deberá o podrá condenarse a penas accesorias, consecuencias accesorias y medidas (número 8 del apartado 1 del § 11).*

En esta disposición se regulan los casos de concurso ideal de delitos, es decir, cuando un misma acción genera múltiples infracciones a una misma ley (concurso ideal homogéneo) o, la vulneración de distintas leyes penales (concurso ideal heterogéneo). En el caso del concurso ideal homogéneo, la pena a aplicar será la que establezca la ley que se ha visto infringida por la acción, debiendo considerar el juez, al momento de determinar la cuantía exacta de la pena, la múltiple vulneración. Para los casos de concurso ideal heterogéneo, el punto de partida será la aplicación de la pena más grave (principio de absorción), que luego se completará con la posibilidades que ofrecen los apartados 3 y 4 del mismo artículo.

### **§ 53 Pluralidad de acciones**

(1) *Cuando alguien haya cometido varios delitos, cuyo enjuiciamiento se lleve a cabo al mismo tiempo, e incurra por ello en varias penas privativas de libertad o en varias penas de multa, se impondrá una pena global.*

(2) *Cuando concorra una pena privativa de libertad con una pena de multa, se impondrá una pena global. El Juez o Tribunal podrá, sin embargo, condenar también por separado a una pena de multa; cuando deba imponerse en estos casos pena de multa como consecuencia de la realización de varios delitos, se condenará respecto a ellos a una pena global de multa.*

(3) *Cuando, según lo establecido en la ley conforme a la cual deba aplicarse el § 43 a), o en el caso del apartado 4 del § 52, el autor haya incurrido en la pena de prisión perpetua o en una pena privativa de libertad superior a dos años como pena particular, el Juez o Tribunal podrá imponer la pena patrimonial por separado, junto a la pena global que resulte de la aplicación de los apartados 1 y 2; cuando deba imponerse en estos casos una pena patrimonial como consecuencia de la realización de varios delitos, se condenará respecto a ellos a una pena global patrimonial. El apartado 3 del § 43 a) se aplicará mutatis mutandis.*

(4) *El apartado 3 y la frase segunda del apartado 4 del § 52 se aplicarán análogamente.*

### **§ 54 Fijación de la pena global**

(1) *Cuando alguna de las penas particulares sea la de prisión perpetua, se impondrá como pena global la prisión perpetua. En todos los demás casos, se fijará la pena global aumentando la*



*pena más grave de aquéllas en las que se ha incurrido; tratándose de penas de distinta clase, la pena global se determinará aumentando la pena que según su naturaleza se considera más grave. Para ello se valorarán conjuntamente la personalidad del autor y cada hecho punible en particular.*

*(2) La pena global no podrá alcanzar la suma de las penas particulares. No podrá superar la duración de quince años en el caso de las penas privativas de libertad temporales, ni el valor del patrimonio del autor en el caso de las penas patrimoniales, ni setecientos veinte días-multa en el caso de la pena de multa. La frase 3 del apartado 1 del § 43 a) se aplicará mutatis mutandis.*

*(3) Cuando la pena global deba formarse de penas privativas de libertad y de penas de multa, en la determinación de la suma de las penas particulares, un día-multa equivaldrá a un día de pena privativa de libertad.*

### **§ 55 Fijación posterior de la pena global**

*(1) Cuando un penado por sentencia firme, antes de que la pena impuesta esté ejecutada, prescrita o remitida, sea condenado por otro delito que hubiera cometido antes de la condena anterior, se aplicarán también los §§ 53 y 54. Se considera condena anterior la sentencia del proceso precedente, en el que por última vez pudieron ser examinadas las comprobaciones de hecho que sirvieron de fundamento a la misma.*

*(2) Las penas patrimoniales, las penas accesorias, las consecuencias accesorias y las medidas (número 8 del apartado 1 del § 11) que fueron impuestas en la sentencia anterior serán*

*mantenidas en la medida en que no queden sin contenido por la nueva sentencia. Lo mismo se aplicará cuando la cuantía de la pena patrimonial, recaída en la sentencia anterior, supere el valor del patrimonio del autor en el momento de dictarse la nueva sentencia.*

Los artículos § 53 y § 54 regulan los casos en que distintos hechos sean juzgados en el mismo procedimiento y por el mismo juez, estableciendo que no debe producirse la acumulación de penas, sino la agravación de la pena individual más alta, salvo que la pena impuesta sea la de prisión perpetua. El método exacto para la regulación de la pena global se encuentra señalado en el artículo § 54. Por último, el artículo § 55 dispone una fijación posterior de la pena global para los casos en que se haya producido un enjuiciamiento separado de hechos que, de haber sido juzgados conjuntamente, habrían sido objeto de una pena global.

### **CAPÍTULO III**

## **ANÁLISIS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CHILE**

El sistema de determinación de penas chileno, por su estructura, se enmarca dentro de los denominados sistemas de determinación relativa.

El sistema chileno se caracteriza por tener una pena abstracta establecida en la ley para cada tipo. Estas penas son, casi siempre, graduales y divisibles, y susceptibles de ser aumentadas o disminuidas de acuerdo con las reglas fijadas por el legislador (reglas relativas a la participación, grado de ejecución del delito, concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad).

Otro punto que permite clasificar este sistema dentro de los de determinación relativa es que se le permite al juez cierto grado de discrecionalidad, reconociendo a éste la facultad para determinar la pena dentro de ciertos marcos legales.

Además, la ley exige que la pena quede fijada en la sentencia, no admitiendo ni la sentencia indeterminada (absoluta o relativa), ni la determinación absoluta de la pena en la ley.

Para el desarrollo del análisis del sistema de determinación de penas chileno, se dividirá el estudio en tres secciones, orientadas desde lo general a lo particular. En primer lugar, se examinarán las reglas generales que informan el sistema. Posteriormente, serán expuestos los principales factores que la ley considera para determinar la pena. Finalmente, se analizarán situaciones especiales relacionadas con la determinación de la pena.

Todo este estudio tendrá como base la opinión de distintos autores de la doctrina nacional<sup>74</sup> tales como: Eduardo Novoa, Gustavo Labatut, Enrique Cury, Alfredo Etcheberry, Mario Garrido, Vivian Bullemore, Jean Pierre Matus, Alex van Weezel y Sergio Politoff.

---

<sup>74</sup> Bullemore, Vivian. Curso de Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile, 2005, páginas 148 a 157

Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Abril 1997, páginas 381 a 396

Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal. Parte General. Tomos I y II. Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Marzo 1998, páginas 170 a 192

Garrido Montt, Mario. Derecho Penal. Parte General. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1997, páginas 305 a 324

Labatut Glana, Gustavo. Derecho Penal. Tomo I. Novena Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Abril 1990, páginas 264 a 278

Novoa Monreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo II Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005, páginas 225 a 231; 347 a 365

Politoff Lifschitz, Sergio. Ortiz Quiroga, Luis. Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro I. Parte General. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Abril, 2002, páginas 257 a 262; 323 a 382

## § 1. REGLAS GENERALES

### 1. Cada pena es un grado y cada grado es una pena

**Art. 56**

*Las penas divisibles constan de tres grados, mínimo, medio y máximo,...*

El Código Penal establece cuáles son las penas divisibles para efectos de los artículos siguientes. Estas penas son: presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores; inhabilitación absoluta y especial temporales; presidio, reclusión, confinamiento y relegación menores y destierro; suspensión de cargo y oficio público y profesión titular; y prisión. La extensión temporal de éstas es dividida por el legislador en tres grados.

Existen otras penas que por su naturaleza son divisibles (multa, caución, encierro en celda solitaria, etc.), pero no han sido divididas en grados.

**Art. 57**

*Cada grado de una pena divisible constituye pena distinta.*

Por ejemplo, el Código Penal en su artículo 363 sanciona el delito de estupro con reclusión menor en sus grados medio a máximo. De acuerdo

con el artículo 57 este delito está sancionado con dos penas distintas: reclusión menor en su grado medio y reclusión menor en su grado máximo.

**Art. 58**

*En los casos en que la ley señala una pena compuesta de dos o más distintas, cada una de éstas forma un grado de penalidad, la más leve de ellas el mínimo y la más grave el máximo.*

Siguiendo el ejemplo anterior, el grado mínimo de penalidad del estupro es reclusión menor en su grado medio, mientras que el grado máximo es reclusión menor en su grado máximo.

## **2. Escalas graduales**

**Art. 59**

*Para determinar las penas que deben imponerse según los artículos 51, 52, 53 y 54: 1° a los autores de crimen o simple delito frustrado; 2° a los autores de tentativa de crimen o simple delito, cómplices de crimen o simple delito frustrado y encubridores de crimen o simple delito consumado; 3° a los cómplices de tentativa de crimen o simple delito y encubridores de crimen o simple delito frustrado, y 4° a los encubridores de tentativa de crimen o simple delito, el tribunal tomará por base las siguientes escalas graduales:*

Las escalas graduales son cinco grupos diferentes que agrupan y enumeran, en orden decreciente de gravedad, penas de igual naturaleza.

En la escala N° 1 se encuentran las penas privativas de libertad.

Las escalas N° 2 y N° 3 contienen las penas restrictivas de libertad: la N° 2 contiene la relegación y el destierro; la N° 3 agrupa al confinamiento, extrañamiento y destierro.

En las escalas N° 4 y N° 5 están las penas privativas de derechos: la N° 4 reúne la inhabilitación absoluta perpetua y la absoluta temporal en todos sus grados, además de la suspensión; la N° 5 contiene las inhabilitaciones especiales y la suspensión.

La aplicación del artículo 59 es de carácter general, para todos los casos en que la ley señala aumentos o rebajas en las penas, y no sólo para los casos mencionados en el inciso primero de este artículo.

Así, para determinar cuál es la pena superior o inferior en grado, primero debe buscarse ésta en las escalas graduales y una vez encontrada, subir o bajar en la misma escala el número de grados necesarios. Esta misma regla se encuentra en el inciso primero del artículo 77.

**Art. 77 inciso 1º**

*En los casos en que la ley señala una pena inferior o superior en uno o más grados a otra determinada, la pena inferior o superior se tomará de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada.*

**3.Falta de grados superiores o inferiores**

**Art. 77 incisos 2º, 3º y 4º**

*Si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva, se impondrá el presidio perpetuo. Sin embargo, cuando se tratase de la escala número 1 prevista en el artículo 59, se impondrá el presidio perpetuo calificado.*

*Faltando pena inferior se aplicará siempre la multa.*

*Cuando sea preciso elevar las inhabilitaciones absolutas o especiales perpetuas a grados superiores, se agravarán con la reclusión menor en su grado medio.*

Este artículo regula aquellas situaciones en que no hubiere pena superior o inferior en la escala gradual respectiva, para proceder a los aumentos o rebajas contemplados en la ley.

Ejemplo pena superior escala N° 2 y N° 3: si la pena señalada al delito es relegación perpetua o confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados máximos, la pena aplicable, en caso de tener que aumentarla en un



grado, es el presidio perpetuo calificado. Ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 77 inciso 2º, toda vez que no existe pena superior dentro de la escala respectiva.

Ejemplo pena superior escala N° 4 y N° 5: si la pena señalada al delito es inhabilitación absoluta perpetua o inhabilitación especial perpetua la pena aplicable, en caso de tener que aumentarla en un grado, es la reclusión menor en su grado medio. Ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 77 inciso 4º, toda vez que no existe pena superior dentro de la escala respectiva.

Ejemplo pena inferior: si la pena señalada al delito es prisión, destierro o suspensión en sus grados mínimos, la pena aplicable, en caso de tener que disminuirla en un grado, es la multa. Ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 77 inciso 3º, toda vez que no existe pena inferior dentro de la escala respectiva. Esta regla se encuentra además en el artículo 60 inciso primero.

#### **Art. 60**

*La multa se considera como la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales.*

*Para fijar su cuantía respectiva se adoptará la base establecida en el artículo 25, y en cuanto a su aplicación a cada caso especial se observará lo que prescribe el artículo 70.*

Este artículo regula la situación que se produce cuando, por efecto de la rebaja en la escala gradual respectiva, no existe pena que aplicar. Esta

disposición, al igual que el artículo 61 Regla 5ª y el artículo 77 inciso 3º, establece que al faltar grados en que rebajar las penas en una escala gradual, no se debe pasar a otra escala, sino imponer la pena de multa. De esta manera, la multa pasa a ser la pena inferior a la última en cada una de las escalas graduales puesto que, según Fuensalida, *“es la única que, sin graves inconvenientes, puede imponerse a delitos de distinta naturaleza, y la única también propia para complemento de todas las escalas graduales.”*<sup>75</sup>

Sin embargo, esta regla no es absoluta. El artículo 304 establece una excepción, señalando que en caso de no existir pena aplicable por efecto del descenso en la escala, se impondrá la última pena que contenga la respectiva escala gradual y no la pena de multa como señala el artículo 60.

El inciso segundo de este artículo se refiere a la determinación de la cuantía de la multa, señalando que ésta se fija, en cada caso, dentro de los límites que señala el artículo 25 de acuerdo al tipo de infracción (crimen, simple delito y falta), la cual a su vez se establece atendiendo a la naturaleza de la pena señalada por la ley al delito (según la clasificación efectuada por el artículo 21, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3). De este modo, si la pena señalada al delito es una pena de crimen, la multa no excederá de 30 UTM; si es una de simple delito, no excederá de 20 UTM; si es una de falta, no excederá de 4 UTM. Este amplio margen que se le otorga al juez para la determinación de la cuantía de la multa eventualmente permitiría imponer una pena más gravosa, aplicando la conversión de la multa a días de reclusión según las reglas del artículo 49, que la última pena de la escala respectiva. El

---

<sup>75</sup> Politoff Lifschitz, Sergio. Ortiz Quiroga, Luis. Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro I. Parte General. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Abril, 2002, página 341

Código Penal en su Parte Especial contempla pocas hipótesis en que puede generarse este problema, pero existen, situación que debiera tenerse en cuenta en una reforma a este cuerpo normativo.

#### **4. Aplicación práctica. Punto de partida**

##### ***Art. 61***

*La designación de las penas que corresponde aplicar en los diversos casos a que se refiere el artículo 59, se hará con sujeción a las siguientes reglas:*

Este artículo realiza una aplicación práctica de las tres reglas generales analizadas anteriormente. Para cada regla se ha fijado un título que resume el contenido de ésta.

##### **4.1 Una pena indivisible o un grado de una divisible**

*1.ª Si la pena señalada al delito es una indivisible o un solo grado de otra divisible, corresponde a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado la inmediatamente inferior en grado.*

*Para determinar las que deben aplicarse a los demás responsables relacionados en el artículo 59, se bajará sucesivamente un grado en la escala correspondiente respecto de*

*los comprendidos en cada uno de sus números, siguiendo el orden que en ese artículo se establece.*

#### **4.2 Pena compuesta de dos o más grados de una misma escala gradual**

*2.<sup>a</sup> Cuando la pena que se señala al delito consta de dos o más grados, sea que los compongan dos penas indivisibles, diversos grados de penas divisibles o bien una o dos indivisibles y uno o más grados de otra divisible, a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado corresponde la inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la ley.*

*Para determinar las que deben aplicarse a los demás responsables se observará lo prescrito en la regla anterior.*

Ambas reglas señalan el punto de partida desde el cual se debe descender en las respectivas escalas graduales para realizar las rebajas establecidas en la ley.

La 1.<sup>a</sup> regla trata las penas indivisibles o un grado de una divisible.

Una pena indivisible es aquella por su naturaleza no es susceptible de división. Por ejemplo, el presidio perpetuo calificado; presidio, reclusión y relegación perpetuas; inhabilitaciones absolutas y especiales perpetuas y el comiso.

En cambio, las penas divisibles son aquellas que atendida su naturaleza se pueden dividir. Dentro de estas penas podemos encontrar aquellas que el legislador ha dividido en grados y otras en que no se aplica dicha división, como por ejemplo: la multa, la caución, la sujeción a la vigilancia de la autoridad. Esta 1.<sup>a</sup> regla se aplica sólo a la penas divididas en grados, específicamente a aquellos casos en que la pena establecida para el delito es un grado de una divisible. Por ejemplo, el artículo 397 que sanciona el delito de lesiones graves, en su N° 1 establece como pena la de presidio mayor en su grado mínimo.

La 1.<sup>a</sup> regla establece el punto de partida para rebajar la pena en los casos de delitos que la ley ha sancionado con una pena indivisible o un solo grado de otra divisible, señalando que debe imponerse la pena inmediatamente inferior en grado y así sucesivamente, dependiendo del grado de ejecución del delito y el nivel de participación del hechor, aspectos que serán analizados en el 2.2 y 2.3 de este capítulo. Así, siguiendo el ejemplo del artículo 397 N° 1 (analizado a propósito de una pena que consiste en un grado de una divisible), el cómplice del delito consumado o el autor del delito frustrado, será sancionado con presidio menor en su grado máximo. Si la pena es indivisible, por ejemplo, si un delito es sancionado con la pena de presidio perpetuo, al cómplice del delito consumado o al autor del delito frustrado, corresponde la pena de presidio mayor en su grado máximo.

La 2.<sup>a</sup> regla trata las penas compuestas de dos o más grados, sea que la compongan:

- dos penas indivisibles. Por ejemplo, un delito sancionado con la pena de presidio o reclusión perpetuos a presidio perpetuo calificado. Tanto el presidio o reclusión perpetuos como el presidio perpetuo calificado son penas indivisibles.

- diversos grados de penas divisibles. Por ejemplo, el artículo 394 sanciona el delito de infanticidio con una pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio. Tanto el presidio mayor en su grado mínimo como el presidio mayor en su grado medio son grados de una pena divisible.

- una o dos indivisibles y uno o más grados de una divisibles. Por ejemplo, el artículo 433 sanciona el robo con violencia o intimidación en las personas, en su N° 1 con una pena de presidio mayor en sus grados medio a presidio perpetuo calificado. El presidio mayor en su grado medio y el presidio mayor en su grado máximo son grados de una pena divisible, en cambio, el presidio perpetuo y el presidio perpetuo calificado son penas indivisibles.

En estos casos el punto de partida para rebajar la pena se encuentra en la pena inmediatamente inferior al mínimo de las señaladas y así sucesivamente, dependiendo del grado de ejecución del delito y el nivel de participación del hechor. Así, en el caso del delito sancionado con la pena de presidio o reclusión perpetuos a presidio perpetuo calificado, la pena aplicable al cómplice del delito consumado o el autor del delito frustrado sería de presidio mayor en su grado máximo. En el caso del artículo 394, anteriormente expuesto, la pena aplicable al cómplice del delito consumado o el autor del delito frustrado sería de presidio menor en su grado máximo. Por último, en el

ejemplo del artículo 433 N° 1, la pena aplicable sería la de presidio mayor en su grado mínimo.

En resumen, tanto la 1.<sup>a</sup> regla como la 2.<sup>a</sup> regulan el punto de partida desde el cual se deben realizar las rebajas de pena previstas por el legislador. La diferencia radica en la forma de efectuar la rebaja: en el primer caso se desciende desde la pena designada por la ley hacia la inmediatamente inferior en grado y en el segundo, se desciende desde el mínimo de la pena designada por la ley hacia la inmediatamente inferior en grado.

#### **4.3 Penas alternativas**

*3.<sup>a</sup> Si se designan para un delito penas alternativas, sea que se hallen comprendidas en la misma escala o en dos o más distintas, no estará obligado el tribunal a imponer a todos los responsables las de la misma naturaleza.*

Esta regla regula los casos en que la ley ha sancionado un mismo delito con penas diversas, siendo facultativo para el juez escoger cual de ellas ha de imponer.

Por otro lado, en el caso de existir varios partícipes en el hecho, no es obligatorio para el juez imponer la misma pena a todos ellos. En ese sentido, Fuensalida señala que *“la decisión acerca de la pena adecuada a cada*

*responsable debe hacerse atendiendo sus caracteres personales y no a los del delito que se comete.*<sup>76</sup>

Por ejemplo, el artículo 121 establece como sanción para el delito en él tipificado, *la pena de reclusión mayor, o bien la de confinamiento mayor o la de extrañamiento mayor, en cualesquiera de sus grados*, existiendo en este caso tres penas que el juez puede alternativamente imponer: reclusión mayor, confinamiento mayor y extrañamiento mayor.

#### **4.4 Penas copulativas comprendidas en distintas escalas**

*4.ª Cuando se señalan al delito copulativamente penas comprendidas en distintas escalas o se agrega la multa las de la misma escala, se aplicarán unas y otras con sujeción a las reglas 1ª y 2ª, a todos los responsables; pero cuando una de dichas penas se impone al autor del crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás, no se hará extensiva a éstos.*

Esta regla señala que en el caso que la ley sancione un delito con más de una pena comprendida en distintas escalas -siendo imperativo para el juez aplicarlas todas conjuntamente-, las rebajas que legalmente correspondan deben realizarse separadamente en cada escala, según las reglas 1ª y 2ª.

---

<sup>76</sup> Op. Cit., página 345



Por otra parte, esta regla establece que en el caso de existir más de un responsable del delito, se aplicarán todas las penas a todos los responsables, a menos que alguna de las penas esté establecida atendiendo a circunstancias particulares del partícipe, caso en el cual ésta sólo deberá aplicarse en quienes concurra la circunstancia que la ley tomó en cuenta al establecer la pena.

Por ejemplo, el artículo 233 sanciona el delito de malversación de caudales públicos con pena de presidio y multa para las diversas hipótesis que contempla, agregando en su último inciso la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos. En este caso encontramos tres penas copulativas: presidio, multa e inhabilitación para cargos públicos, siendo la última de ellas aplicable sólo a aquellos responsables que tengan la calidad de funcionario público.

#### **4.5 La pena de multa como pena última en las escalas graduales**

*5.<sup>a</sup> Si al poner en práctica las reglas precedentes no resultare pena que imponer por falta de grados inferiores o por no ser aplicables las de inhabilitación o suspensión, se impondrá siempre la multa.*

Esta regla reproduce lo dispuesto en el artículo 60, por lo que nos remitiremos a lo señalado en el análisis de dicho artículo. Sin embargo, esta disposición establece la multa como pena para los casos en que no sean

aplicables las penas de inhabilitación o suspensión a alguno de los responsables (por no poseer la calidad especial requerida por la ley), siempre que el delito en cuestión no tenga también establecida una pena de multa.

## § 2. FACTORES

### 1. La pena señalada por la ley al delito

#### **Art. 50**

*A los autores de delito se impondrá la **pena** que para éste se hallare **señalada por la ley**.*

*Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado.*

El primer elemento que el juez debe tomar en consideración, es la pena señalada por el legislador para el hecho típico. La ley designa en abstracto la pena que corresponde al autor del delito consumado. Es esta pena la que sirve de base para la determinación de la sanción que corresponde a los demás intervinientes, y aun para el mismo autor en el caso que concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad o si el delito se encuentra en un grado de ejecución distinto a la consumación.

Si bien este principio establece que la pena debe aplicarse al autor del delito consumado, excepcionalmente no se aplica a los casos en que

el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan expresamente penados por la ley, como señala el artículo 55.

## **2. Grado de ejecución del delito**

Los grados de ejecución del delito, para efectos de determinar la pena aplicable, son tres: consumación, frustración y tentativa; a cada uno de estos grados le corresponde una pena diversa. A continuación se explica la pena aplicable a cada grado de ejecución, pero sólo desde la perspectiva del autor del delito, puesto que también es posible que las diversas formas de participación (autor, cómplice, encubridor), conjugadas con los distintos grados de ejecución, den lugar a múltiples hipótesis, las cuales son expuestas en la tabla A.

Las definiciones relativas a cada uno de los grados de ejecución del delito que se harán a continuación, se basan en lo dispuesto en el artículo 7 del Código Penal y no contemplan las discusiones doctrinarias que se han generado a su respecto, ya que exceden el ámbito de estudio de este capítulo.

### ***Art. 50***

*A los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley.*

*Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito **consumado**.*

El delito consumado es aquel en que la acción típica está completa o se obtiene la producción del resultado típico. Corresponde a la plena y total realización de la descripción legal en cada figura típica. Por consumación no sólo debe entenderse el cumplimiento de los requisitos o elementos objetivos comprendidos en la descripción legal, si no el cumplimiento del tipo tanto en su parte objetiva como subjetiva.

Al autor de un delito consumado corresponde aplicar la pena establecida por ley, o bien, si concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad, tomar dicha pena como base para la determinación de ésta.

Por ejemplo, el artículo 342 establece que: *El que maliciosamente causare un aborto será castigado: 1.º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.* En este caso al autor del delito consumado le corresponde la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

#### **Art. 51**

*A los autores de crimen o simple delito **frustrado** y a los cómplices de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito.*

El delito frustrado es aquel en que el resultado típico no se ha producido todavía, porque faltan elementos causales que no consisten en actos

del agente, sino en actos de terceros o fenómenos naturales. Se dice, en este sentido, que el delito subjetivamente se ha realizado y si no se ha consumado, es por causas independientes del agente. El Código Penal se refiere al delito frustrado en el artículo 7 inciso 2.

Al autor de un delito frustrado corresponde aplicar la pena inferior en un grado a la señalada por la ley, o bien, si concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad, tomar dicha pena como base para la determinación de ésta.

Siguiendo el ejemplo anterior, al autor del delito frustrado le corresponde la pena de presidio menor en su grado máximo.

**Art. 52**

*A los autores de **tentativa** de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito.*

La tentativa es aquella situación en que el hechor da principio a la ejecución del delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento. Esta definición se encuentra en el artículo 7 inciso 3 del Código Penal.

Al autor de un delito en grado de tentativa es aplicable la pena inferior en dos grados a la señalada por la ley, o bien, si concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad, tomar dicha pena como base para la determinación de ésta.

Siguiendo el mismo ejemplo, al autor de la tentativa le corresponde la pena de presidio menor en su grado medio.

### **3. Forma de participación en el delito**

La forma de participación en el hecho punible también es otro factor que el juez debe tener en cuenta al momento de determinar la pena. El hechor o interviniente puede participar en un delito de tres formas: como autor, cómplice o encubridor; para cada grado de participación en el delito existe una pena distinta. A continuación se explica la pena aplicable a cada nivel de participación, pero sólo desde la perspectiva de un delito consumado, puesto que también es posible que los diversos grados de ejecución (consumación, frustración o tentativa), conjugados con las distintas formas de participación, den lugar a múltiples hipótesis, las cuales, como ya se señaló en el apartado 2.2, son expuestas en la tabla A.

Las definiciones relativas a cada una de las formas de participación que se harán a continuación, se basan en lo dispuesto en los artículos 14 a 17 del Código Penal y no contemplan las discusiones doctrinarias

que se han generado a su respecto, ya que exceden el ámbito de estudio de este capítulo.

**Art. 50**

*A los **autores** de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley.*

*Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado.*

El autor es el que realiza personalmente la acción descrita por el tipo penal, es aquel que asume el papel de sujeto activo y ejecuta la conducta expresada en el tipo correspondiente. El artículo 15 establece quienes se consideran autores de un delito.

Al autor de un delito consumado se le aplica la pena establecida por la ley al delito, o bien, si concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad, tomar dicha pena como base para la determinación de ésta.

Por ejemplo, al autor del delito consumado de aborto del artículo 342 N° 1 le corresponde la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

**Art. 51**

*A los autores de crimen o simple delito frustrado y a los **cómplices** de crimen o simple delito consumado, se impondrá la*

*pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito.*

El cómplice es el que coopera en la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos. Lo característico de la complicidad es la cooperación: el cómplice no realiza el hecho ni participa en su ejecución, su contribución al delito se mantiene fuera del tipo penal. Además, se exige como elemento subjetivo, la conciencia y voluntad de estar aportando una cooperación útil a la realización del hecho típico. Esta colaboración puede ser material; por ejemplo, facilitando los medios para ejecutar el delito, o intelectual, si la persona otorga instrucciones o consejos al autor. El artículo 16 define quienes son cómplices.

Al cómplice de un delito consumado corresponde aplicar la pena inferior en un grado a la señalada por la ley, o bien, si concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad, tomar dicha pena como base para la determinación de ésta.

Por ejemplo, al cómplice del delito consumado de aborto del artículo 342 N° 1 le corresponde la pena de presidio menor en su grado máximo.

**Art. 52**

*A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los **encubridores** de crimen o simple delito consumado, se impondrá*



*la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito.*

*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.*

El encubridor es aquel que tiene conocimiento de la perpetración de un hecho típico o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo y no ha sido autor ni cómplice de éste. La ley requiere que la intervención del encubridor sea con posterioridad a la ejecución del delito y que se haya llevado a cabo de alguno de los modos que señala el artículo 17 del Código Penal.

Al encubridor de un delito consumado corresponde aplicar la pena inferior en dos grados a la señalada por la ley, o bien, si concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad, tomar dicha pena como base para la determinación de ésta.

Por ejemplo, al encubridor del delito consumado de aborto del artículo 342 N° 1 le corresponde la pena de presidio menor en su grado medio.

**Art. 53**

*A los cómplices de tentativa de crimen o simple delito y a los encubridores de crimen o simple delito frustrado, se impondrá la pena inferior en tres grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito.*

**Art. 54**

*A los encubridores de tentativa de crimen o simple delito, se impondrá la pena inferior en cuatro grados a la señalada para el crimen o simple delito.*

Los artículos 53 y 54, al igual que los artículos 51 y 52, señalan la pena aplicable a otras hipótesis que pueden generarse tras la combinación entre niveles de participación y grados de ejecución del delito, disponiendo que es posible realizar una rebaja en la pena establecida en la ley, de hasta cuatro grados.

Por ejemplo, al cómplice de tentativa y al encubridor del delito frustrado de aborto establecido en el artículo 342 N° 1, le corresponde la pena de presidio menor en su grado mínimo. Por otra parte, al encubridor de tentativa de este mismo delito, le corresponde la pena de prisión en su grado máximo.

**Art. 55**

*Las disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen lugar en los casos en que el delito*

*frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley.*

Como hemos señalado, la regla general es que la pena aplicable a un delito, o la base para aplicar dicha pena, es la que la ley señala para el autor de un delito consumado. Sin embargo, existen casos en que la frustración, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se encuentran expresamente penados por la ley.

Así por ejemplo en el artículo 111, referido a los delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado, sanciona expresamente el delito frustrado como si fuera consumado; la tentativa con la pena inferior en un grado; y además sanciona la conspiración y la proposición como grados independientes de ejecución.

Por otra parte, el artículo 371 sanciona como autores a ciertas personas que con abuso de autoridad o encargo, cooperaren como cómplices en la perpetración de ciertos delitos sexuales.

Los artículos 50 a 55 señalan tres de los factores que el juez debe considerar al momento de determinar la pena: la pena señalada por la ley al delito, el grado de ejecución del delito y la forma de participación en el delito. Los artículos 51 a 54 toman en cuenta específicamente el grado de ejecución y la forma de participación, pero sin realizar una descripción separada de cada uno de dichos factores, sino más bien combinándolos y señalando cuántos

grados debe el juez descender, a partir de la pena señalada por la ley, en cada una de las hipótesis que pueden generarse tras la combinación de ellos.

La siguiente tabla muestra la pena aplicable a cada caso.

**TABLA A**

	<b>AUTOR</b>	<b>CÓMPLICE</b>	<b>ENCUBRIDOR</b>
<b>DELITO CONSUMADO</b>	Artículo 50 Toda la pena	Artículo 51 Un grado menos	Artículo 52 Dos grados menos
<b>DELITO FRUSTRADO</b>	Artículo 51 Un grado menos	Artículo 52 Dos grados menos	Artículo 53 Tres grados menos
<b>TENTATIVA</b>	Artículo 52 Dos grados menos	Artículo 53 Tres grados menos	Artículo 54 Cuatro grados menos

Los principios reflejados en esta tabla reconocen ciertas excepciones: una de carácter general establecida en el artículo 55, y otras de carácter especial contenidos en el artículo 52 inciso 3º, preceptos ya analizados.

#### **4. Concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad**

Un cuarto factor que debe tener presente el juez, al momento de determinar la pena aplicable a un caso concreto, es la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad. Estas circunstancias permiten atenuar o agravar la responsabilidad criminal. El Código Penal establece cuáles son estas circunstancias en los artículos 11, 12 y 13, y establece la forma en

que deben ser consideradas para aumentar o disminuir la pena, en los artículos 62 y siguientes.

**Art. 62**

*Las circunstancias atenuantes o agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes.*

Los artículos 63 a 69 contienen la aplicación práctica de las reglas de individualización judicial de la pena. Las reglas de los artículo 63 y 64 establecen cuáles de las circunstancias modificatorias de responsabilidad deben ser consideradas por el juez en el caso concreto y cuáles no. Las reglas del artículo 65 al 68 bis determinan el efecto que dichas circunstancias tienen en la determinación de la pena que realiza el juez. Por último, el artículo 69 establece cómo deben ser consideradas las circunstancias modificatorias de responsabilidad al momento de determinar la cuantía exacta de la pena.

- **Agravantes que no producen sus efectos propios y comunicabilidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad**

**Art. 63**

*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.*

En Texto y comentario del Código Penal chileno<sup>77</sup> los autores opinan que este artículo es la principal fuente positiva de la prohibición de la doble valoración, derivado del principio del ne bis in idem. Este principio implica que no es posible utilizar, para determinar la pena, elementos que ya ha tenido en cuenta el legislador al momento de tipificar una conducta. Agregan que el principio de doble valoración contenido en el artículo 63, atendida su inmediata derivación del ne bis in idem, es una verdadera regla general de interpretación en el sistema penal chileno, siendo utilizado no sólo dentro de los límites de la determinación de la pena, en la cual se encuentra enmarcado, sino además como base para que la jurisprudencia, por ejemplo, afirme que un solo hecho no puede dar origen a dos o más circunstancias modificatorias diversas.

Este artículo contempla tres hipótesis distintas en que una agravante no producirá el efecto de incrementar la pena:

I. Cuando la agravante constituye por sí misma un delito especialmente penado por la ley. En estos casos estamos frente a un concurso real o ideal de delitos o, eventualmente, ante un concurso aparente de leyes penales. La doctrina señala que esta situación ocurre, por ejemplo, respecto de

---

<sup>77</sup> Op. Cit., página 350

las agravantes de los N° 3, 4, 9 y 14 del artículo 12 del Código Penal. Si se verifica la agravante del N° 14 2ª parte (cometer el delito después de haber quebrantado una condena), siempre deberá recibir aplicación el artículo 63, puesto que el quebrantamiento de condena es un delito particular sancionado en el artículo 90 del Código Penal. En este caso existe un concurso real de delitos y la agravante es imposible de aplicar. Si la agravante que concurre en el delito es la del N° 14 1ª parte (cometer el delito mientras se cumple una condena), el artículo 63 impide la agravación si la situación concreta se enmarca dentro de los incisos 2 y 3 del artículo 91. En cambio, nada obsta a la agravación si debe aplicarse el artículo 91 incisos 1 ó 4, ya que ellos sólo señalan el orden en que deben cumplirse las penas. Lo más frecuente es que la situación descrita por el inciso 1 del artículo 63 ocurra respecto de las agravantes de los N° 3, 4 y 9 del artículo 12, casos en que la situación se resuelve mediante un concurso de delitos o de leyes penales. En relación con estos ejemplos, Labatut señala que *“aunque algunos comentaristas estiman que se encuentra en este caso la del N° 3 del artículo 12, la verdad es que no existe ninguna circunstancia de esta naturaleza en el Código Penal.”*<sup>78</sup>

II. Cuando la ley ha expresado la circunstancia agravante al describir y penar un delito. En este caso es necesario distinguir entre aquellas figuras calificadas y los delitos que contemplan agravantes especiales. En el primer caso, la conducta agravante forma una unidad valorativa con la conducta típica como, por ejemplo, el parentesco en el caso del parricidio o las calificantes del homicidio, impidiendo el artículo 63 que éstas circunstancias vuelvan a aplicarse al momento de determinar la pena. En cambio si el delito es de aquellos que contemplan agravantes especiales, éstas no forman parte de la unidad valorativa básica, estableciendo la ley sólo hipótesis especiales de

---

<sup>78</sup> Labatut Glenda, Gustavo. Derecho Penal. Tomo I. Novena Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Abril 1990, página 273

agravación. En estos casos se debe distinguir: si éstas coinciden con las agravantes genéricas como, por ejemplo, en los hurtos agravados, el artículo 63 debe aplicarse y por lo tanto la agravante no debe producir el efecto de aumentar la pena. Si, en cambio, la hipótesis de agravación no coincide con las agravantes genéricas, el artículo 63 no tiene aplicación.

III. Cuando la circunstancia es de tal manera inherente al delito, que sin su concurrencia éste no puede cometerse. La mayoría de la doctrina sostiene que esta hipótesis comprende dos situaciones. En primer lugar, que la inherencia de la agravante se encuentre implícita en el tipo penal, situación que ocurriría, por ejemplo, en la apropiación indebida que contiene implícitamente el abuso de confianza y, por tanto, ella no generará el efecto de aumentar la pena. En segundo lugar, que la inherencia de la agravante derive de las circunstancias concretas en que se comete el delito, de este modo el autor que da muerte a un niño de pocos meses de vida, no puede hacerlo sino con alevosía, por lo que, la alevosía no tendría el efecto de agravar la pena por aplicación del artículo 63.

**Art. 64**

*Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan 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 concurren.*

*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 tuvieron conocimiento*



*de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.*

Esta disposición se refiere a la comunicabilidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad (personales y reales) en los casos en que concurre más de un sujeto al delito. Además, habitualmente la doctrina ha entendido este artículo como una concreción del principio de culpabilidad y como uno de los fundamentos de la vigencia del error de tipo, ya que el artículo señala que sólo pueden gravar a un partícipe aquellas circunstancias reales de las que tuviere conocimiento antes o al momento de la acción, es decir, sólo le serán imputables aquellos hechos o elementos objetivos del tipo penal de los que tiene actual conocimiento.

El inciso 1 del artículo 64 se refiere a la comunicabilidad de las circunstancias personales o subjetivas, señalando que son aquéllas que consisten en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal (por ejemplo, el parentesco). Estas circunstancias no se comunican a los partícipes, surtiendo efecto sólo respecto de aquéllos en quienes concurre la cualidad personal.

El inciso 2 se refiere a las circunstancias reales u objetivas, señalando que son aquéllas que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo (por ejemplo, cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa). Aunque el Código hace referencia tanto a las atenuantes como a las agravantes, la doctrina ha señalado que las atenuantes tienen siempre un carácter subjetivo, por lo que no existirían

atenuantes reales si no sólo agravantes reales. Este artículo dispone que sólo se comunicarán estas circunstancias a los intervinientes que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción. Por lo tanto, para que se genere la comunicabilidad en este caso es necesario un vínculo intelectual entre el sujeto y el tipo objetivo, representado por el conocimiento anterior o simultáneo a la acción y, además, es menester que se pruebe en el proceso que el partícipe tuvo conocimiento de la circunstancia real, porque en principio éstas no se comunican.

- **Efecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad**

Como hemos señalado anteriormente, las circunstancias modificatorias de responsabilidad permiten aumentar o disminuir la pena aplicable a un delito, siendo los artículos 65 a 68 bis los que contienen las reglas para realizar tal aumento o disminución. Cabe señalar que estas disposiciones resultan ser, en nuestra opinión, expresiones más bien “aritméticas”, toda vez que no se basan en un criterio jurídico sino más bien en uno matemático para realizar la determinación de la pena aplicable. Sin embargo existen algunas excepciones a este criterio, como por ejemplo la posibilidad otorgada al juez para “compensar racionalmente” circunstancias atenuantes y agravantes, o para considerar una atenuante como “muy calificada”. Llama la atención a este respecto que el legislador no haya definido qué debe entenderse por “compensación racional” y “atenuante muy calificada”, sobre todo si se tiene en cuenta que en ambos casos podría permitirse un mayor grado de discrecionalidad al juez. Ambos problemas serán analizados en el apartado 4 de este capítulo.

A continuación se realizará un análisis de los artículos 65 a 68 bis, análisis de un carácter más bien práctico, por medio de ejemplos, ya que la aplicación teórica de las reglas establecidas en estos artículos se encuentra recogida en la tabla B.

**Art. 65**

*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.*

Respecto a la distinción entre penas divisibles e indivisibles, nos remitimos a lo ya señalado en el apartado 1.4 de este capítulo.

En el caso del artículo 65 existe un delito sancionado con una sola pena indivisible, por ejemplo, un delito sancionado sólo con presidio perpetuo.

El artículo otorga dos reglas diversas:

**a) Concurren agravantes:** el juez debe aplicar la pena sin consideración a ellas.

Por lo tanto si se comete este delito obrando con alevosía y empleando disfraz (artículo 12 N° 1 y N° 5), la pena aplicable será la de presidio perpetuo.

**b) Concurren dos o más atenuantes, sin agravantes:** el juez puede aplicar la pena inferior en uno o dos grados.

Por lo tanto, si el mismo delito es cometido por una persona que posee una irreprochable conducta anterior, confesó el delito y colaboró sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos (artículo 11 N° 6, N° 8 y N° 9), el juez puede imponer la pena de presidio mayor en su grado máximo, o bien, presidio mayor en su grado medio.

Respecto de este artículo existe un problema de interpretación derivado de la terminología empleada por el legislador, ya que se establece que cuando concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante, el juez “podrá” aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley para el delito. El problema que en este caso se presenta, es determinar si la expresión “podrá” implica que la rebaja tiene un carácter facultativo, es decir, el juez decide si disminuye o no la pena; o si es obligatorio disminuirla, siendo facultativo para el juez escoger cuánto la disminuye (uno o dos grados). Esta discusión será analizada latamente en el Capítulo IV de la presente investigación.

Finalmente, en relación con este artículo, se ha señalado que el hecho que la concurrencia de circunstancias agravantes, en el caso de un delito sancionado con una pena indivisible, no permita aumentar la pena, mientras

que la presencia de atenuantes sí permita la disminución de ésta, ha sido considerado por la doctrina como un fundamento para sostener que en nuestra legislación poseen más fuerza las circunstancias atenuantes que las agravantes.

**Art. 66**

*Si la ley señala una pena compuesta de dos indivisibles y no acompañan al hecho circunstancias atenuantes ni agravantes, puede el tribunal imponerla en cualquiera de sus grados.*

*Cuando sólo concurre alguna circunstancia atenuante, debe aplicarla en su grado mínimo, y si habiendo una circunstancia agravante, no concurre ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo.*

*Siendo dos o más las circunstancias atenuantes sin que concurra ninguna agravante, podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.*

*Si concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensará racionalmente el tribunal para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.*

En este caso existe un delito sancionado con una pena compuesta de dos indivisibles. Tal es la situación de un tipo penal castigado con una pena de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado.

El artículo otorga las siguientes reglas:

**a) No concurren atenuantes ni agravantes:** El juez puede imponer la pena en cualquiera de sus grados, es decir, puede imponer cualquiera de las dos penas, por lo que en este caso la pena aplicable al delito puede ser la de presidio perpetuo, o bien, presidio perpetuo calificado.

**b) Concurren atenuantes y agravantes:** El juez debe compensar racionalmente unas y otras. Así, si el delito es cometido por medio de veneno (artículo 12 N° 3), pero con posterioridad el hechor confiesa el delito (artículo 11 N° 8), debe el juez compensar racionalmente tales circunstancias, por lo tanto la pena aplicable dependerá del criterio del juez.

El legislador no define qué debe entenderse por “compensación racional”. Este problema será tratado en el apartado 4 de este capítulo.

**c) Sólo concurren atenuantes:**

**i) Una atenuante:** Debe imponerse la pena en su grado mínimo, es decir, aplicar la más leve de ambas penas. En este caso, si el hechor confiesa el delito (artículo 11 N° 8), la pena será la de presidio perpetuo.

**ii) Varias atenuantes:** El juez puede imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo. En este caso, si el hechor además de confesar el delito, colaboró sustancialmente al esclarecimiento de los hechos y procuró con celo reparar el mal causado (artículo 11 N° 8, N° 9 y N° 7) el juez puede imponer la pena de presidio mayor en su grado máximo, o bien, presidio mayor en su grado medio.

Nuevamente nos enfrentamos a la problemática ya señalada en torno al artículo 65, es decir, determinar si la pena debe rebajarse en forma facultativa u obligatoria cuando concurren dos o más atenuantes y ninguna

agravante, o si la rebaja ha de ser obligatoria, quedando a criterio del juez cuántos grados ha de disminuirla.

Un aspecto relevante de este artículo, es el hecho que el legislador establece expresamente y sin lugar a dudas que la disminución de la pena, cuando concurren dos o más atenuantes, debe realizarse desde el mínimo de los grados señalado por la ley al delito.

**d) Sólo concurren agravantes:**

**i) Una agravante:** Debe imponerse la pena en su grado máximo, es decir, aplicar la más grave de ambas penas. En este caso, si el delito es cometido por medio de veneno (artículo 12 N° 3), la pena será la de presidio perpetuo calificado.

**ii) Varias agravantes:** Esta situación no es regulada por el legislador.

**Art. 67**

*Cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible y no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla.*

*Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimo, y en el segundo en su máximo.*

*Para determinar en tales casos el mínimo y el máximo de la pena, se divide por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo.*

*Siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la inferior en uno o*

*dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.*

*Si hay dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, puede aplicar la pena superior en un grado.*

*En el caso de concurrir circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.*

En este caso existe un delito sancionado con una sola pena, que es un grado de una divisible. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso del artículo 440 N° 1, que establece que *“El culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo si cometiere el delito: 1.º Con escalamiento...”*

El artículo otorga las siguientes reglas:

**a) No concurren atenuantes ni agravantes:** El juez puede recorrer toda la extensión de la pena, por lo que la pena aplicable será la de presidio mayor en su grado mínimo, es decir, una pena comprendida entre 5 años y un día a 10 años.

**b) Concurren atenuantes y agravantes:** El juez debe compensar racionalmente unas y otras. Nos remitimos a lo señalado en el análisis del artículo 66.



**c) Sólo concurren atenuantes:**

**i) Una atenuante:** El juez debe imponer la pena en su *mínimum*. La pena de presidio mayor en su grado *mínimo* consta de 5 años (de 5 años y un día a 10 años). Los 5 años se dividen en dos, de donde resultan 2 años y 6 meses, de manera tal que el *mínimum* de la pena va desde 5 años y un día hasta 7 años y 6 meses; mientras que el *máximo* va desde 7 años 6 meses y un día a 10 años.

Por lo tanto la pena aplicable al delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 440 N° 1, cometido por un individuo con irreprochable conducta anterior (artículo 11 N° 6), fluctúa entre 5 años y un día, y 7 años y 6 meses.

**ii) Varias atenuantes:** El juez puede imponer la pena inferior en uno o dos grados. Si el delito del ejemplo anterior se comete por un individuo con irreprochable conducta anterior, que además actuó por celo de la justicia (artículo 12 N° 6 y N° 10), la pena aplicable al delito puede ser la de presidio menor en su grado *máximo*, o bien, presidio menor en su grado *medio*.

Una vez más hemos de cuestionarnos si la expresión “podrá” implica que la rebaja tiene un carácter facultativo, o si es obligatorio disminuirla, siendo facultativo para el juez escoger cuánto la disminuye. Por ello, nos remitimos a lo ya señalado en el análisis de los artículos 65 y 66.

Esta disposición plantea además el problema de determinar desde dónde se realiza la rebaja en uno o dos grados, ya que el artículo no señala en forma expresa el punto desde donde debe realizarse la disminución, como sí lo hace el artículo 66. Al respecto existen diversas interpretaciones, las cuales serán planteadas en el Capítulo siguiente.

**d) Sólo concurren agravantes:**

**i) Una agravante:** El juez debe imponer la pena en su máximo. Si el mismo delito se comete mediante precio, recompensa o promesa (artículo 12 N° 2), la pena aplicable fluctúa entre 7 años 6 meses y un día, y 10 años.

**ii) Varias agravantes:** El juez puede imponer la pena superior en un grado. La expresión utilizada por el legislador denota que para el juez es facultativo tal aumento en la pena, por lo que si el delito del artículo 440 N° 1 es cometido mediante precio, recompensa o promesa y además por medio de inundación (artículo 12 N° 2 y N° 3), la pena aplicable puede ser la de presidio mayor en su grado mínimo (si no se aumenta la pena en un grado), o bien, presidio mayor en su grado medio (si decide aumentarse la pena en un grado).

Sin embargo, la disposición no establece el punto partida para realizar el aumento de pena, situación que genera dudas, las cuales han dado lugar a diversas interpretaciones, que serán expuestas en el próximo capítulo.

### **Art. 68**

*Cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados, bien sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, el tribunal al aplicarla podrá recorrer toda su extensión, si no concurren en el hecho circunstancias atenuantes ni agravantes.*

*Habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, no aplicará en el primer caso el grado máximo ni en el segundo el mínimo.*

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

*Cuando no concurriendo circunstancias atenuantes, hay dos o más agravantes, podrá imponer la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley.*

*Concurriendo circunstancias atenuantes y agravantes, se observará lo prescrito en los artículos anteriores para casos análogos.*

En este caso existe un delito sancionado con una pena compuesta de dos o más grados. Un ejemplo de este tipo de delito es el robo en lugar no habitado, sancionado en el artículo 442 N° 1, el cual establece que *“El robo en lugar no habitado, se castigará con presidio menor en sus grados medio a máximo, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Escalamiento.”*

El artículo otorga las siguientes reglas:

**a) No concurren atenuantes ni agravantes:** El juez puede recorrer toda la extensión de la pena al aplicarla. De esta manera, en el caso del delito sancionado por el artículo 442 N° 1, la pena aplicable puede ser la de presidio menor en su grado medio, o bien, presidio menor en su grado máximo.

**b) Concurren atenuantes y agravantes:** El juez debe compensar racionalmente unas y otras. Nos remitimos a lo señalado en el análisis del artículo 66.

**c) Sólo concurren atenuantes:**

**i) Una atenuante:** En este caso el juez no puede imponer el máximo de la pena. Por lo tanto, si el robo en lugar no habitado del artículo 442 N° 1 es cometido por un individuo que luego procuró con celo reparar el mal causado (artículo 11 N° 7), no es posible aplicar el presidio menor en su grado máximo y deberá aplicarse la pena de presidio menor en su grado medio.

**ii) Varias atenuantes:** El juez puede imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo establecido por el legislador. De esta manera, si el delito del ejemplo anterior es cometido por un individuo que ha procurado con celo reparar el mal causado, que además colaboró sustancialmente al esclarecimiento de los hechos y que posee una irreprochable conducta anterior (artículo 11 N° 7, N° 9 y N° 6), la pena aplicable puede ser la de presidio menor en su grado mínimo, o bien, prisión en su grado máximo, o prisión en su grado medio.

No señala el legislador si la disminución de pena es facultativa u obligatoria, al igual que en los artículos 65, 66 y 67, por lo que nos remitimos a lo señalado anteriormente.

Cabe destacar que en este artículo el legislador establece expresamente que la disminución de la pena, cuando concurren dos o más atenuantes, debe realizarse desde el mínimo de los grados señalado por la ley al delito, al igual que el inciso tercero del artículo 66.

**d) Sólo concurren agravantes:**

**i) Una agravante:** En este caso el juez no puede imponer el mínimo de la pena. Por lo tanto si el delito del artículo 442 N° 1 es cometido mediante precio, recompensa o promesa (artículo 12 N° 2), no es posible aplicar el presidio menor en su grado medio y deberá aplicarse la pena de presidio menor en su grado máximo.

**ii) Varias agravantes:** El juez puede imponer la pena superior en un grado. La expresión utilizada por el legislador, al igual que en el artículo 67 ya analizado, denota que para el juez es facultativo tal aumento en la pena, por lo que si el delito del artículo 442 N° 1 es cometido mediante precio, recompensa o promesa y además por medio de inundación (artículo 12 N° 2 y N° 3), la pena aplicable puede ser la de presidio menor en su grado máximo (si no se aumenta la pena en un grado), o bien, presidio mayor en su grado mínimo (si decide aumentarse la pena en un grado).

En este caso, al igual que cuando concurre una sola agravante, es obligatorio no aplicar el mínimo y, se reduce el marco penal originario a una pena (presidio menor en su grado máximo), pudiendo el tribunal imponer la pena superior en un grado.

En el caso que el juez decida aumentar la pena, el artículo es claro en establecer que el aumento debe realizarse desde el máximo de la pena señalada por ley al delito; así lo establece expresamente, por lo que no surge problema interpretativo alguno.

***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.*

Este artículo contiene una regla complementaria a las establecidas por los artículos 65 a 68, estableciendo que cuando concurre sólo una circunstancia atenuante (y ninguna agravante), siendo ésta “muy calificada”, el tribunal puede aplicar la pena inferior en un grado al mínimo de la

señalada por la ley al delito. Cabe destacar que si en el caso concreto existe una sola agravante o una sola atenuante adicional, no puede aplicarse esta norma, ya que el tenor literal de la disposición así lo establece. Además es relevante el hecho que esta disposición permita que la concurrencia de una sola atenuante haga posible la disminución de la pena en un grado, situación que no acontece en los artículos anteriores.

Sin embargo, el legislador no define qué debe entenderse por atenuante “muy calificada”, situación que en doctrina ha generado más de un conflicto.

**TABLA B<sup>79</sup>**

	<b>Una pena indivisible Artículo 65</b>	<b>Pena compuesta de dos indivisibles Artículo 66</b>	<b>Pena divisible de un grado Artículo 67</b>	<b>Pena divisible de dos o más grados; o dos o más grados, bien sea que lo formen una o dos penas indivisibles Artículo 68</b>
<b>Una atenuante Cero agravantes</b>	Pena prevista	No debe aplicarse en su grado máximo, se aplica el mínimo	No debe imponerse en el máximo, se aplica el mínimo	No se aplica el grado máximo, se aplican los grados restantes
<b>Una sola atenuante muy calificada. Artículo 68 bis</b>	Se puede imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada	Se puede imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada	Se puede imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada	Se puede imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada
<b>Dos o más atenuantes. Cero agravantes</b>	Se puede aplicar la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados	Se puede imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo, según sea el número y entidad de dichas circunstancias	Se puede imponer la pena rebajada en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias	Se puede imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias
<b>Cero atenuantes Cero agravantes</b>	Pena prevista	Se puede imponer en cualquiera de sus grados, recorriendo toda su extensión	El tribunal puede recorrer toda la extensión del grado	Se puede imponer en cualquiera de sus grados, recorriendo toda su extensión
<b>Cero atenuantes Una agravante</b>	Pena prevista	No debe aplicarse en su grado mínimo, se aplica el máximo	No debe imponerse en el mínimo, se aplica el máximo	No debe aplicarse en su grado mínimo, se aplican los grados restantes
<b>Cero atenuantes Dos o más agravantes</b>	Pena prevista	Debe aplicarse en su grado máximo	Se puede aplicar la pena superior en un grado	Se puede imponer la pena inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley
<b>Atenuantes Agravantes</b>	Pena prevista	Compensación racional	Compensación racional	Compensación racional

<sup>79</sup> Politoff Lifschitz, Sergio. Ortiz Quiroga, Luis. Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro I. Parte General. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Abril, 2002, páginas 348 y 349

- **Número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad**

**Art. 69**

*Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.*

Tras la aplicación de las reglas establecidas en los artículos precedentes, el juez ha llegado a determinar la pena aplicable, siendo necesario fijar con precisión cuál será en definitiva la cuantía exacta para el caso concreto. Para ello el artículo 69 tiene en cuenta el número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, respecto de las cuales el juez debe realizar una segunda apreciación, ahora en su conjunto, en forma global. Esta disposición además refleja la existencia de una distinta valoración de atenuantes y agravantes, por lo que debe hacerse una ponderación de ellas atendiendo a su naturaleza y la forma en que se hayan presentado en el caso concreto.

*“Por su parte, y desde el punto de vista de los fines de la pena, Van Weezel propone introducir en la aplicación de este artículo 69 criterios preventivos”.<sup>80</sup>*

---

<sup>80</sup> Politoff Lifschitz, Sergio. Ortiz Quiroga, Luis. Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro I. Parte General. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Abril, 2002, página 375



## 5. Extensión del mal causado

### **Art. 69**

*Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.*

Esta disposición permite que en la determinación de la pena se tome en cuenta el daño o lesión causado al bien jurídico protegido. La extensión del mal causado comprende la graduación del resultado externo del hecho punible -cuando éste admite graduación-, como por ejemplo la cuantía de la estafa. Además considera las consecuencias dañosas del hecho aunque no formen parte del tipo, como ocurre en el descrédito de la víctima provocado por las injurias.

Labatut añade que este artículo considera en último término la situación de la víctima para fijar la sanción definitiva.<sup>81</sup>

## 6. Algunas formas de concurso de delitos

### **Art. 74**

---

<sup>81</sup> Labatut Glenda, Gustavo. Derecho Penal. Tomo I. Novena Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Abril 1990, página 277

*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 lo fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra penas de las comprendidas en la escala gradual número 1.*

Esta disposición se refiere al llamado concurso real de delitos, que consiste en que un mismo sujeto realiza dos o más conductas independientes (que pueden corresponder a un mismo tipo o a tipos diversos), cada una de las cuales constituye un delito. Estas conductas son generalmente sucesivas pero también pueden ser simultáneas, lo importante para que estemos en presencia de un concurso es que no haya recaído sentencia ejecutoriada respecto de ninguna de ellas. En el concurso real existe, por tanto, multiplicidad de delitos, cada uno independiente del otro, teniendo como nexo común, la identidad del agente. Sin embargo, existen algunos casos en que las conductas punibles son independientes unas de otras, pero no se forma el concurso real, porque existen reglas especiales al respecto. Tal es el caso de los delitos continuados, de aquellos tipos que requieren habitualidad de conductas y cuando la ley refunde en un solo tipo dos acciones.

En cuanto a la forma de sancionar los distintos delitos, este artículo establece en primer lugar que se impondrán todas las penas

correspondientes a las distintas infracciones, aplicando lo que la doctrina llama el sistema de acumulación material o aritmética de la pena. Pero, el inciso segundo da reglas especiales para el caso que las penas no puedan aplicarse simultáneamente, señalando que éstas deben cumplirse en orden sucesivo, comenzando por las más altas en la escala respectiva, salvo cuando se trate de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las que se ejecutarán después de haber cumplido otras penas de la escala gradual número 1.

**Art. 75**

*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.*

Esta disposición establece una doble excepción a la acumulación de penas establecida en el artículo 74: primero, en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos (concurso ideal) y, el segundo, cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En ambos casos, es imperativo imponer la pena mayor asignada al delito más grave.

Existe concurso ideal de delitos cuando un solo hecho constituye simultáneamente distintos tipos penales, es decir, la materialidad es una sola pero, está sujeta a diversas calificaciones jurídicas. Las figuras típicas pueden ser aplicables conjuntamente, pero esto vulneraría el principio del ne bis in idem, razón por la cual el legislador sólo sanciona el concurso ideal con la pena

mayor asignada al delito más grave, evitando así que una persona sea castigada más de una vez por el mismo hecho.

### **§ 3. SITUACIONES ESPECIALES**

#### **1. Multa**

##### ***Art. 70***

*En la aplicación de las multas el tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable. Asimismo, en casos calificados, de no concurrir agravantes y considerando las circunstancias anteriores, el juez podrá imponer una multa inferior al monto señalado en la ley, lo que deberá fundamentar en la sentencia.*

*Tanto en la sentencia como en su ejecución el Tribunal podrá, atendidas las circunstancias, autorizar al afectado para pagar las multas por parcialidades, dentro de un límite que no exceda del plazo de un año. El no pago de una sola de las parcialidades, hará exigible el total de la multa adeudada.*

Todo el sistema analizado anteriormente no es aplicable a la individualización de la pena de multa, ya que ésta posee una naturaleza distinta a las otras penas. Por ello, el artículo 70 establece una regulación particular

para fijar la cuantía de la multa tomando en cuenta dos criterios: las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho y el caudal o facultades del culpable. Respecto al orden que debe seguir el juez para fijar el monto de la multa, la doctrina ha señalado que primero debe valorar las circunstancias modificatorias de responsabilidad y luego atender al caudal del responsable.

En cuanto a las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, esta disposición no le fija parámetros al juez para su valoración. Además, señala el artículo que de no concurrir agravantes y en casos calificados el juez puede imponer una multa inferior a la señalada en la ley, situación que deberá fundamentar debidamente en la sentencia. En cuanto a los “casos calificados”, la norma se refiere a las circunstancias anteriores (no sólo a las circunstancias modificatorias de responsabilidad, sino también al caudal del culpable), por lo que estos casos podrían ser: que concurren varias atenuantes; que concorra una muy calificada o que el caudal del condenado haga aconsejable la imposición de una multa inferior, aun cuando no concurren atenuantes.

En cuanto al caudal o facultades del culpable, éste comprende tanto la situación patrimonial actual del hechor, como también su capacidad de rendimiento económico futuro. La importancia de permitir al juez tomar en consideración este elemento es que, de esta forma, se puede establecer una multa cuya cuantía no imponga al condenado la obligación de recurrir a la conversión en reclusión, porque se encuentra desde un principio en la imposibilidad económica de cumplir con lo impuesto por el tribunal.

Por último, el inciso final de este artículo señala que atendidas la circunstancia el juez puede autorizar el pago por parcialidades, con un límite máximo de un año. Además, se establece una cláusula de aceleración para el caso de incumplimiento siendo discutible si ésta opera de pleno derecho o requiere un pronunciamiento del tribunal.

## **2. Ausencia de los requisitos de la eximente N° 8 del artículo 10**

### ***Art. 71***

*Cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el caso del número 8° del artículo 10 para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el artículo 490.*

Esta norma regula los casos en que, por faltar alguno de los requisitos contemplados en el N° 8 del artículo 10, no puede el hechor eximirse de responsabilidad, observándose lo dispuesto en el artículo 490 (que contiene la regulación de los cuasidelitos).

El artículo 10 N° 8 señala que está exento de responsabilidad criminal el que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente. Por lo tanto, tres son los supuestos en que puede faltar alguno de sus requisitos: ejecutar un acto ilícito sin la debida diligencia, ejecutar un acto ilícito con la debida diligencia o ejecutar un acto lícito sin la debida diligencia. En el primer caso, existe un concurso ideal entre el acto ilícito que ejecuta el hechor y el resultado culposo no querido por éste, siendo

aplicable el artículo 75 si el resultado culposo está sancionado o, castigándose al responsable sólo por el acto ilícito, si el resultado culposo no está tipificado. En el caso de ejecutar un acto ilícito con la debida diligencia, falta la culpa del agente (existiendo sólo dolo de parte de él), por lo que no resulta aplicable la remisión que hace el artículo 71 al 490, ya que este último trabaja sobre la base de la culpa del hechor, sancionándose al responsable sólo por el acto ilícito. Por último, para el caso que una persona ejecute un acto lícito sin la debida diligencia, es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 71.

En cuanto a la remisión que hace esta norma al artículo 490, ésta no tiene efecto directo y, por tanto, para hacerla aplicable, debe probarse el cumplimiento de los requisitos que esta disposición establece: la imprudencia temeraria y que el hecho constituya un crimen o simple delito contra las personas de haberse cometido dolosamente.

### **3. Situación de los menores de edad**

#### **Art. 72**

*Al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal respectivo que obró con discernimiento, se le impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable.*

*En los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin*

*esta circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez.*

El inciso 1 de este artículo señalaba el régimen penal del menor de 18 años y mayor de 16 imputable por haber sido declarado con discernimiento. Actualmente, esta disposición se encuentra derogada por la Ley 20.084 de 7 de diciembre de 2005 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, excediendo los límites de nuestra investigación el análisis de esta nueva normativa.

El inciso 2 se refiere al régimen penal del que se prevale de un menor en la comisión del delito. En este caso, la ley establece la aplicación de la pena superior en un grado respecto de la que le hubiere correspondido sin esta circunstancia. Esta agravación sólo se aplica después de determinada la pena conforme a las reglas antes vistas. En relación al carácter imputable o inimputable del menor, la doctrina ha señalado que para que el juez pueda agravar la pena, conforme a lo señalado por este artículo, es necesario que el menor sea inimputable.

#### **4. Eximentes incompletas**

##### ***Art. 73***

*Se aplicará asimismo la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, cuando el hecho no fuere del*



*todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el artículo 10, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten o concurran.*

*Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el artículo 71.*

Este artículo se refiere a los casos en que concurre una circunstancia eximente de responsabilidad del artículo 10 a la que falta alguno de los requisitos establecidos en la ley, debiendo el juez rebajar la pena en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados. La rebaja es obligatoria y no cabe duda de ello, ya que la disposición establece que el juez “aplicará” la pena inferior. Lo que resulta facultativo es determinar la extensión de la disminución, pudiendo decidir entre reducir la pena uno, dos o tres grados del mínimo legal, atendiendo al número y entidad de los requisitos que falten o concurran.

En cuanto a las circunstancias del artículo 10 que pueden ser aplicables en este caso, la mayoría de los autores nacionales estima que la ley al hablar de “falta de alguno de los requisitos que se exigen”, se refiere exclusivamente a aquellas eximentes que tienen enumerados expresamente sus elementos (como ocurre en los N° 4, 5, 6 y 7 del artículo 10). Sin embargo, esta interpretación es contraria a la que realiza la misma doctrina unánimemente en relación al artículo 11 N° 1, que establece que son circunstancias atenuantes las del artículo 10 cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad. En ese sentido, los

autores estiman que esta disposición engloba no sólo las eximentes que enumeran sus requisitos, si no también aquéllas moralmente divisibles (Nº 1, 9, 10 y 12 del artículo 10), siendo ambos artículos (73 y 11 Nº 1) muy similares en su redacción, resultando poco comprensible esta diversa interpretación.

## **5. Artículo 103 del Código Penal**

*Si el responsable 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.*

Este artículo se encuentra dentro de las normas referidas a la prescripción de la acción penal y de la pena, en relación con la extinción de la Responsabilidad Penal. Esta disposición reviste importancia por cuanto permite disminuir la pena aplicable, en el caso que nos encontremos frente a la prescripción de la acción penal, o disminuir la ya impuesta, cuando se trata de la prescripción de la pena, por el solo hecho de haber transcurrido la mitad del tiempo exigido para que opere la prescripción.

Esta disposición es una manifestación de un principio necesario

en toda legislación, como es el de la certeza jurídica. Es de toda lógica que, si tras el transcurso de una determinada cantidad de años, la responsabilidad penal se extingue por la prescripción, y por ende el individuo no recibirá sanción alguna, deba disminuirse la sanción aplicable si ha transcurrido la mitad del tiempo necesario para que opere la prescripción.

El legislador señala que el hecho debe considerarse revestido de dos o más atenuantes muy calificadas, y de ninguna agravante, para luego aplicar las reglas de los artículos 65 a 68. Surge, sin embargo, la problemática de determinar, en primer lugar, qué debe entenderse por atenuantes "muy calificadas", y, en segundo lugar, de cuántos grados habrá de disminuirse la pena. El primer problema se analiza en el apartado 2.1.7 del Capítulo IV, mientras que el segundo es analizado en el apartado 2.1.15 del mismo.

## **6. Artículo 509 del Código de Procedimiento Penal y artículo 351 del Código Procesal Penal**

### **Art. 509 CPP**

*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, aumentándola 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 aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada la 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 Código Penal, 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 Código Penal o ley que los castiga.*

#### **Art. 351 NCPP**

##### **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 delito, aumentándola 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.*

Ambos artículos, el 509 del Código de Procedimiento Penal, que aún rige respecto de los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo proceso penal, y el 351 del Código Procesal Penal, indican al juez cómo debe realizar la determinación de la pena cuando un individuo ha cometido diversos delitos. Si éstos son de una misma especie, deberá sancionarlo con la pena correspondiente a los diversos delitos, considerándolos como uno solo, aumentado en uno, dos o tres grados, en el caso del artículo 509, o en uno o dos grados, en el caso del artículo 351.

Si los diversos delitos no pueden ser estimados como uno solo, deberán ser sancionados con la pena mayor asignada al delito más grave según las circunstancias del caso, aumentándola en uno, dos o tres grados, en el caso del artículo 509, o en uno o dos grados, en el caso del artículo 351.

Para determinar si los delitos son o no de la misma especie, el artículo 509 del CPP considera que son tales los que se encuentran comprendidos en un mismo título, en cambio el artículo 351 del NCPP utiliza como criterio que éstos atenten contra el mismo bien jurídico.

Ambas disposiciones son una manifestación del principio pro reo, en el sentido de permitir que un individuo que ha cometido diversos delitos sea sancionado con la pena más benigna, dentro de las posibilidades que le otorga el ordenamiento jurídico.

## 7. Artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales

*Cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dictaren los fallos posteriores al primero no podrán considerar circunstancias modificatorias que de haberse acumulado los procesos no se hubieren podido tomar en cuenta. Deberán, asimismo, regular la pena de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos.*

*En los casos del inciso anterior, el tribunal que dictare el fallo posterior deberá modificarlo, de oficio o a petición del afectado, a objeto de adecuarlo a lo allí dispuesto*

Esta disposición establece que cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, el juez no podrá tomar en cuenta agravantes que, de haber sido acumulados los procesos, no hayan podido considerarse al momento de determinar la pena. En segundo lugar, este artículo señala que el juez deberá regular la pena de tal forma que el conjunto de penas correspondiente a los distintos delitos no exceda la pena que le hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente. En este último punto, esta norma contempla la posibilidad de que el juez unifique distintas condenadas dictadas contra un mismo imputado.

Es importante destacar que el artículo 164 del COT en ninguna de sus partes exige que efectivamente los distintos procesos hayan

podido, en el hecho, acumularse o fallarse conjuntamente, sino que sólo hace referencia a la acumulación para los efectos de dejar en claro que no puede verse perjudicado el condenado por la aplicación de circunstancias modificatorias de responsabilidad ni por una pena excesiva, problemática que será analizada en el apartado 2.1.16 del capítulo IV.

**CAPÍTULO IV**  
**RELACIÓN DEL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CHILE**  
**CON UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

Una vez analizados los fines de la pena, los principios de un Estado Democrático de Derecho, los sistemas de determinación de pena y el sistema chileno, corresponde analizar en qué medida éste es coherente con un Estado Democrático de Derecho. Para ello se realizará un estudio desde lo general a lo particular, planteando en primer lugar, como posible causa de la vulneración a los principios estudiados, la inobservancia de los fines de la pena, que a nuestro entender sería el principal factor de la incongruencia del sistema, que conlleva la infracción de los principios de un Estado Democrático de Derecho. En segundo lugar, se procederá a describir algunos problemas del sistema en sus aspectos generales, los cuales reflejan la existencia de una trasgresión al Estado Democrático de Derecho, además de examinar las incoherencias que se presentan en algunos de los artículos del sistema de determinación de pena chileno. Por último, verificaremos la hipótesis de nuestra investigación.



## **§ 1. ESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA E INOBSERVANCIA DE LOS FINES DE LA PENA**

### **1. Falta de coherencia en el ordenamiento jurídico**

El ordenamiento jurídico es un todo, en el que cada una de sus partes debe ser coherente y armónica con las demás. De esta manera, se entiende que, si un área como el Derecho Penal se encarga de imponer sanciones para ciertas infracciones, no es necesario que otra área del Derecho sancione las mismas conductas. Esta independencia y coherencia puede apreciarse en la mayoría de las áreas de nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo existen algunos supuestos de identidad entre infracciones de carácter administrativo y tipos penales. Esto ocurre, por ejemplo, en la Ley de Mercado de Valores, en la Ley de Sociedades Anónimas y en las leyes que rigen el mercado de los seguros.

Así, el DL 3.538 que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, señala en su artículo 4 letra g que será facultad de este organismo público *“requerir de las personas o entidades fiscalizadas que proporcionen, por las vías que la Superintendencia señale, veraz, suficiente y oportuna información al público sobre su situación jurídica, económica y financiera”*. El artículo 28 N° 2 añade que *“Las sanciones por infringir esta norma pueden consistir en multa de hasta 1.000 UF y si se trata de infracciones reiteradas hasta 5 veces el monto máximo expresado”*. Luego, el artículo 25 señala que *“Las personas que rindan informaciones falsas ante la Superintendencia incurrirán en las penas que establece el artículo 210 del Código Penal”*.

*“Es decir, se trata de una situación en la cual podría producirse un cúmulo de responsabilidades administrativas y penal, cuando se impone la obligación de entregar esta clase de información y, en definitiva, esta sea falsa, en el caso que se trate de información dirigida al público.”<sup>82</sup>*

Es decir, en este caso nos podríamos encontrar con personas que estando sujetas a la fiscalización de la Superintendencia, sean compelidas a presentar información, y la que entreguen sea falsa. De esta manera, podrían concurrir simultáneamente la sanción administrativa por el incumplimiento de su deber, pero también podría aplicarse una sanción de carácter penal.

La falta de coherencia existente en el ordenamiento jurídico, trae como consecuencia la infracción de algunos principios. En primer lugar, se ve infringida una de las expresiones del principio de ne bis in idem, toda vez que un mismo hecho no se puede castigar al mismo tiempo con pena criminal y sanción administrativa. En segundo lugar, se infringe el principio de subsidiaridad y carácter fragmentario del Derecho Penal, según el cual el Derecho Penal debe ser la última ratio, el último recurso al que se acude cuando todas las otras formas de reacción, sean jurídicas o extrajurídicas, hayan resultado ineficaces o insuficientes, ya que un mismo hecho ha recibido tanto una sanción administrativa como penal.

Por otra parte, a nuestro juicio se infringe la disposición constitucional prevista en el inciso penúltimo del numeral 3º del art. 19 que

---

<sup>82</sup> LMO Abogados. Aplicación del principio del non bis in idem en un proceso penal respecto de hechos por los que se ha impuesto previamente una sanción administrativa [en línea] < <http://www.lmo.cl/content/view/254/27/> > [consulta: 05 octubre 2008]

señala que 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. La ley permite castigar el delito sólo con una ley y no con dos (la penal y la administrativa); además debe tenerse en cuenta que la expresión “delito” que emplea la Constitución debe entenderse comprensiva tanto del ilícito penal puro, como del penal administrativo.

De existir claridad en relación con los fines de la pena esta problemática sería enmendada. El legislador sabría de antemano el tipo de sanción aplicable a cada infracción si efectivamente estuviera establecido bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena (penal) y, por lo tanto, no establecería sanciones administrativas cuando sea legítimo imponer una sanción penal.

## **2. Utilidad de la pena**

En el Capítulo I de esta investigación, analizamos los Principios de un Estado Democrático de Derecho y señalamos que una de las perspectivas de la Política Criminal, es la determinación de los límites bajo los cuales puede el Estado ejercer el ius puniendi. El fundamento del ejercicio de la potestad punitiva es el concepto de Estado Social Democrático de Derecho.

En nuestra opinión el carácter social del Estado chileno puede desprenderse de lo señalado en el artículo 1º inciso 4 de la Constitución Política de la República, el que establece que *“El Estado está al servicio de la persona y*

*su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”* En efecto, señalar que el Estado está al servicio de la persona humana y que promueve el bien común implica no sólo la protección de la persona individualmente considerada, sino además de la sociedad en su conjunto, lo cual refleja el carácter social de un Estado.

Uno de los límites de derivados de un Estado Social es el principio de utilidad de la intervención penal. Definimos este principio señalando que se entiende que la intervención penal es útil en la medida que la pena sirva para el cumplimiento de los fines que dicha intervención penal propone, tales como la retribución, prevención general positiva, resocialización, etc.

El Derecho Penal encuentra legitimación dentro de un Estado Social sólo en cuanto protege a la sociedad. Cada sociedad de acuerdo al modelo de Estado determinará cuáles son los fines que la intervención penal debe tener para lograr su protección. Por lo tanto si una reacción penal no es capaz de dar cumplimiento a los fines de la intervención penal deberá desaparecer, puesto que ya no se justificaría su existencia.

Este principio es claramente vulnerado en nuestro sistema penal, ya que ni a nivel legal, doctrinario ni jurisprudencial, existe una consagración de los fines de la pena que permita dar cumplimiento a este imperativo. Si se

considerara que la intervención penal debe servir a cualquiera de los fines de la pena propuestos por la doctrina, consideramos que el principio puede volver a ser infringido, ya que las penas que en definitiva son aplicadas en Chile, rara vez logran obtener la resocialización de un individuo (por lo que no satisfacen fines de prevención especial) o mantener la norma como criterio de orientación frente a la sociedad (por lo que no satisfacen fines de prevención general positiva) o cumplir una finalidad de retribución exigida por la justicia (por lo que no satisfacen los fines de retribución).

### **3. Multiplicidad de penas**

Nuestro actual sistema contempla cinco clases de penas principales, es decir, que pueden aplicarse autónomamente y, además, establece penas accesorias (como el comiso o el encierro en celda solitaria), cuya aplicación acompaña necesariamente la imposición de una pena principal. Fuera del Código Penal, también existen otras penas, contempladas en leyes especiales, como la de degradación en el Código de Justicia Militar o la de clausura de un establecimiento en la ley 19.366. Sin embargo, las penas que mayoritariamente se imponen como principales son las privativas de libertad. Estas penas han sido criticadas por la doctrina, principalmente por resultar inútil la diferenciación entre presidio y reclusión y porque las penas privativas de libertad excesivamente prolongadas<sup>83</sup>, “*son absolutamente inútiles a los fines*

---

<sup>83</sup> Matus, Jean Pierre. El sistema de penas vigente a la luz del borrador para una propuesta sobre un posible sistema de penas en una futura reforma penal, sobre la base de acuerdos adoptados entre la 8ª y la 17ª sesión del Foro Penal, en Problemas actuales de Derecho Penal. Universidad Católica de Temuco, Mayo 2003, páginas 269 a 271

*de prevención especial y un castigo que podría llegar a considerarse, atendidas las reales condiciones carcelarias, <<tanto o más cruel que morir>>.”<sup>84</sup>*

Ocurre que en la mayoría de los casos, un mismo delito tiene como sanción penas contempladas en diversas escalas, situación que a lo menos es cuestionable y hace surgir la interrogante en torno a qué es lo que realmente se busca al momento de imponer y determinar una pena. En este orden de ideas, y sólo por dar un ejemplo, diremos que resulta un tanto confuso, que el delito de calumnia, comprendido dentro del título VIII del Libro Segundo del Código Penal, referido a los crímenes y simples delitos contra las personas, sea sancionado con penas de reclusión y multa. Señalamos que esta situación es confusa, por cuanto el bien jurídico protegido en este título, es la vida, integridad física y psíquica de la persona, por lo que sancionar dicho delito con una pena de multa pareciera no tener sentido. La pena de presidio es suficiente si se busca sancionar de alguna manera la acción típica; discusión aparte merece el hecho de si las penas de nuestra legislación cumplen los objetivos (difusos) propuestos por la doctrina. Pero incluir una pena de multa, además de la de presidio, en la sanción de un delito que atenta contra la honra de una persona es un hecho que merece ser analizado.

Finalmente, la multiplicidad de penas existente en nuestro derecho penal no hace sino reflejar la problemática de la inobservancia de los fines de la pena, ya que, si existiera claridad y una racional aplicación de éstos, no sería necesario tener un complejo catálogo de penas para cada delito.

---

<sup>84</sup> Op. Cit., página 272

## **§ 2. APLICACIÓN DEL SISTEMA E INFRACCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

### **1. Problemas generales del sistema**

Consideramos que todas las situaciones que serán analizadas en el presente apartado, son una manifestación de la inobservancia de los fines de la pena, pero no constituyen la base del problema en sí. Asimismo, los problemas en la aplicación del sistema son la vía para que se manifiesten las transgresiones a los principios de un Estado Democrático de Derecho, transgresiones que son analizadas en el apartado 2 de este capítulo.

#### **1.1 Jurisprudencia**

##### **1.1.1 Falta de motivación de la sentencia**

Quizá muchas de las falencias derivadas de las omisiones del legislador, pudieran ser subsanadas con una correcta motivación de las sentencias. Motivar o fundar una decisión, desde nuestro punto de vista, no sólo dice relación con señalar cuáles son las normas que se han aplicado, sino que significa tomar cada uno de los elementos y factores que dicen relación con el caso concreto, y plasmarlos en la sentencia, estableciendo de qué manera han influido, ya sea para calificar el delito, para aumentar una pena o para disminuirla. Así por ejemplo, no basta con señalar que la pena ha sido rebajada

porque ha concurrido una circunstancia atenuante de responsabilidad, sino que es necesario señalar porqué esa circunstancia reviste las características suficientes para configurar o no una atenuante de responsabilidad; o si es posible considerarla como una muy calificada, y de ser así, porqué se disminuye la pena en uno, dos o tres grados.

Este no es un problema que sólo pueda apreciarse en Chile. Es así como Patricia Ziffer se refiere a esta situación, señalando que *“la discusión en torno de la libre discrecionalidad del juez tiene una estrecha relación con los fundamentos ocultos de la selección de la pena, es decir, con la posibilidad del juez de tomar una decisión sin expresar sus motivos, o de hacerlo por razones distintas a las manifestadas. La primera condición para que una decisión pueda merecer el calificativo de racional es que sea explícita y controlable en sus argumentos.”*<sup>85</sup>

Señala además que *“no puede medirse la gravedad de un homicidio en años. Sólo es posible valorar los hechos y argumentar a favor de reaccionar con determinada indemnización o cierta pena.”*<sup>86</sup>

Existen casos en que la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia grafica muy bien los problemas que pueden producirse debido a la falta de motivación de la sentencia. Así por ejemplo, una sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 20 de Agosto de 2008, de la causa RIC 3065-2006, confirma una resolución del Tribunal de primera

---

<sup>85</sup> Ziffer, Patricia. Lineamientos De La Determinación De La Pena. Segunda Edición Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina, 1999., página 30

<sup>86</sup> Op.Cit., página 32



instancia, con declaración de aumentar la pena para tres de los sentenciados. Sin embargo, no se señala en la sentencia fundamento alguno respecto de porqué se ha realizado tal aumento de condena. Un análisis de la sentencia del tribunal de primera instancia, hace concluir que éste tuvo en cuenta la concurrencia de la atenuante de responsabilidad de irreprochable conducta anterior, considerándola como muy calificada, por lo que se disminuyó la pena en un grado, imponiendo una pena de de tres años y 1 día de presidio menor en su grado máximo. Luego, quien analice la sentencia de la ltma. Corte, no hace sino suponer o "adivinar" que el criterio que tuvo la Corte para aumentar la pena impuesta, fue no considerar dicha atenuante como muy calificada, por lo que se impone una pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo. El problema radica por una parte, en no señalar cuál es el fundamento para realizar el aumento de pena (ya que sólo estamos suponiendo que no se consideró la atenuante como muy calificada). Por otra parte, si efectivamente la razón de haber aumentado la pena fue el no haber considerado la atenuante como muy calificada, a lo menos la ltma. Corte debió señalar cuáles son los requisitos que deben concurrir para calificar o no una atenuante, y porqué en este caso particular no se le consideró como tal.<sup>87</sup>

### **1.1.2 Falta de uniformidad de criterios**

La falta de motivación de las sentencias, obviamente genera una falta de uniformidad de los criterios que son tenidos en cuenta por el sentenciador al momento de determinar la pena.

---

<sup>87</sup>Poder Judicial de la República de Chile [en línea]  
< [http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados\\_causas.php](http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados_causas.php) > [consulta: 06 octubre 2008]

Como veremos en la tercera parte de este Capítulo, la falta de uniformidad de criterios al momento de dar aplicación a las normas del sistema de determinación de penas, es relevante a la hora de realizar el análisis del porqué dichas normas pueden vulnerar los principios de un Estado Democrático de Derecho.

Sin duda la uniformidad de criterios no dice relación con una aplicación "plana" de las normas de determinación de la pena. No se trata de aplicar las normas de una manera exactamente igual en cada caso; la justicia en el caso concreto va a depender de los factores que rodeen cada caso, por lo que nuestra propuesta sólo apunta a evitar grandes contradicciones e "injusticias" en la determinación de la pena.

Debe tenerse en cuenta que es importante motivar todas y cada una de las sentencias; sin embargo, existen casos dentro de nuestra legislación penal, que requieren con mayor ahínco una fundamentación, para efectos de uniformar criterios, y de esa forma evitar infringir determinados principios. Así por ejemplo, resulta imperioso precisar qué debe entenderse por "atenuante muy calificada", qué significa que atenuantes y agravantes deban "compensarse racionalmente", cómo debe aumentarse en grados una pena que se compone de una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, etc.

## 1.2 Aplicación matemática

Las disposiciones relativas a la determinación de la pena de nuestro Código Penal, están diseñadas de manera tal que, cualquier persona, teniendo a la vista los antecedentes de hecho y de derecho y conociendo las circunstancias modificatorias de responsabilidad tenidas en cuenta para determinar la pena, puede llegar a la misma conclusión que el juez, sin haber participado del proceso ni haber tenido mayor conocimiento de la causa.

De acuerdo a las normas del nuevo Proceso Penal, inmediatamente después de clausurado el debate, los jueces pasan a deliberar en privado la decisión sobre absolución o condena. Una vez concluida esta deliberación, comunican su decisión indicando los fundamentos principales para llegar a dicha conclusión. En el caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en esta misma oportunidad (salvo que se trate de circunstancias ajenas al hecho punible y de otros factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena). Es así como cualquier persona que ha podido acceder a la información generada en este momento procesal, está en condiciones de conocer las circunstancias modificatorias de responsabilidad y por ende, tomando en cuenta el marco legal abstracto y aplicando las normas de determinación de la pena, puede llegar a establecer una pena idéntica, o similar, a la que determinará el juez al momento de redactar el fallo.

Si un ciudadano común, con mínimos conocimientos de la ley, puede llegar a la misma conclusión que el sentenciador, con una precisión casi

milimétrica, podemos señalar que existe un espacio casi nulo para que el juez realice la determinación de la pena, siendo ésta realizada de antemano por el legislador, lo que infringe el principio de separación de los poderes del Estado y la consecuente independencia que entre ellos debe existir. El juez sólo estaría realizando una interpretación de la ley en las instancias previas a la determinación de la pena, como por ejemplo al momento de calificar los hechos, analizar la participación del individuo, etc.; sin embargo al momento de determinar la pena sólo realiza una aplicación de la ley, ya que el legislador al momento de diseñar las normas de determinación de pena ha sido tajante, dando lugar a un reducido espacio para que el juez realice una interpretación.

Una forma de evitar que, tanto el ciudadano común como el juez lleguen a determinar una pena exactamente igual, es realizar un análisis y ponderación de cada uno de los factores que han de tenerse en cuenta para determinar la pena, otorgando mayor valor a unos u otros, de tal manera que la decisión sea racional, y no se transforme en una operación matemática. Surge entonces la problemática de establecer la forma en que el juez debe valorar, ponderar o relacionar cada uno de los factores referidos.

En este sentido, Patricia Ziffer señala que *“queda sin respuesta la pregunta acerca de cómo se relacionan los factores entre sí, cómo deben ser ponderados y a cuáles debe darse mayor o menor peso en la decisión final. Subsiste también sin resolución la temática de la expresión en cifras de la pena. A este respecto se ha dicho que la principal barrera la constituye la imposibilidad de transformar en cantidades numéricas los juicios de valor.”*<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> Ziffer, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena. Segunda Edición Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina, 1999, página 29

*La previsibilidad de la decisión en materia de determinación de la pena, como se ve, sólo puede ser alcanzada a costa de una dosis de injusticia, reduciendo al máximo las circunstancias a tener en cuenta. En todo caso el problema debe plantearse no en términos de lograr que la pena sea predecible en su monto exacto, sino en cómo lograr que la decisión sea racional, entendiendo por tal aquella que se toma siguiendo criterios conocidos y fundamentables a partir de argumentos normativos; en otras palabras, cómo manejarse dentro de la imprevisibilidad.<sup>89</sup>*

### **1.3 Rigidez del sistema**

Tanto la aplicación matemática de las reglas de determinación de la pena, así como la escasa discrecionalidad otorgada al juez para realizar esta labor, tienen como consecuencia una excesiva rigidez del sistema chileno, lo cual no permite satisfacer la “necesidad de justicia”, imprescindible en la vida en sociedad.

*“La historia de la determinación de la pena se ha debatido siempre entre dos valores, el de la seguridad jurídica-que conduciría a penas absolutamente predeterminadas- y la idea de “justicia”, traducida en el principio de la individualización de la pena: una pena justa sólo es aquella que se adecua a las particularidades del caso concreto. Esta preeminencia de lo “individual” puede vincularse con el respeto en la cultura occidental frente al carácter único e irrepetible del individuo”.<sup>90</sup>*

---

<sup>89</sup> Op. Cit., página 36

<sup>90</sup> Op. Cit., página 27

Como se señaló en los Capítulos II y III de esta investigación, el sistema de determinación de penas chileno, por su estructura, se enmarca dentro de los denominados sistemas de determinación relativa, caracterizado por tener una pena abstracta establecida en la ley para cada tipo y por permitir al juez cierto grado de discrecionalidad. Llama la atención que otros sistemas pertenecientes a este grupo, como el alemán y el español (siendo estos diferentes en su estructura), no den lugar a muchas de las problemáticas existentes en nuestro sistema de determinación de penas. Lo anterior no hace sino indicar que, con las mismas herramientas existentes, derivadas de un sistema de determinación relativa de la pena, es posible lograr un sistema que en el hecho no vulnere los principios de un Estado Democrático de Derecho.

En base a lo anteriormente señalado, consideramos que la rigidez del sistema chileno no es un problema que derive de los elementos de un sistema relativo de determinación de la pena, porque si así fuese todos los sistemas enmarcados dentro de esta teoría serían igualmente rígidos, situación que en la práctica no ocurre.

## **2. Problemas específicos del sistema**

### **2.1 Planteamiento**

#### **2.1.1 Desequilibrio en las escalas graduales**

El artículo 59 agrupa las distintas penas atendiendo en principio a la naturaleza de cada una de ellas, no siendo su ordenación del todo estricta. Esta disposición tiene una aplicación de carácter general, en todos los casos en que la ley señala aumentos o rebajas en la penas. Al existir penas de distinta naturaleza en las escalas graduales, puede ocurrir la paradoja de que al rebajar una pena en un grado en la escala, la extensión temporal de la pena supuestamente más benigna sea más gravosa para el reo que la pena original. Así, por ejemplo, si se baja en la escala N° 2 del grado 7 (relegación menor en su grado mínimo) a su grado N° 8 (destierro en su grado máximo), la pena aplicable sería de 3 años y un día a 5 años de destierro, siendo esta sanción de una mayor extensión temporal que los 61 a 540 días de relegación en que consistía la pena original. Cuando esto ocurre, se ha recomendado por la doctrina que el juez no realice rebaja alguna o que disminuya la pena en más de un grado cuando ello sea posible, para evitar de esta manera un perjuicio al hechor.

En este caso es posible apreciar una vulneración al principio de proporcionalidad, entendido como “la gravedad de la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho”. En este sentido, al existir

circunstancias atenuantes (que permitan descender en la escala gradual) la gravedad del hecho es menor, por lo que la gravedad de la pena debiera ser menor, situación que no ocurriría cuando se produce un desequilibrio en las escalas graduales, como se explicó en el párrafo anterior.

Además, a nuestro entender, se vulnera la medida de culpabilidad. Según Bacigalupo<sup>91</sup>, el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: por una parte determina los presupuestos de la pena y por otra, interviene en la individualización de ésta. En cuanto a individualización de la pena, la culpabilidad determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable, debiendo existir proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche. Las atenuantes de responsabilidad disminuyen el reproche y, por lo tanto, de existir estas circunstancias y permitiendo éstas descender en la escala gradual, la pena no puede ser más gravosa; lo que podría ocurrir en los casos de desequilibrio en las escalas.

Cabe sin embargo hacer presente que, desde el punto de vista práctico, esa situación no se produce dado que la pena de destierro estaba consagrada en nuestra ley solamente en el caso del delito de amancebamiento que desapareció del Código Penal años atrás.

---

<sup>91</sup> Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal y el Estado de Derecho. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Marzo, 2005, página 144



### **2.1.2 Penas no comprendidas en las escalas graduales**

Se plantea el problema en la regulación de las penas no comprendidas en las escalas graduales (como la cancelación de la nacionalización, la privación temporal o definitiva de la licencia de conducir, el trabajo sin remuneración, etc), ya que no está establecida la forma en que se deben hacer los aumentos y rebajas que pudieran corresponder. La doctrina ha señalado que, a falta de reglas especiales, la rebaja que pueda corresponder deberá hacerse a la pena de multa (aplicando la regla del artículo 60 N° 1), pero no podrá procederse a aumento alguno que no esté expresamente regulado.

Esta situación puede generar una infracción a los principios de proporcionalidad y culpabilidad en los mismos términos que el problema del desequilibrio en las escalas graduales, en el sentido de que la gravedad de la pena debe ser proporcionada tanto a la gravedad del hecho como a la gravedad del reproche y, no existiendo en la ley pena superior ni inferior, no hay posibilidad de adecuar la sanción a las circunstancias del caso concreto y, por ende, la pena puede resultar desproporcionada o no adecuarse a la medida de culpabilidad.

En cuanto a la legalidad, consideramos que este principio también es vulnerado en estos casos, ya que sólo existe un marco penal abstracto incompleto, que no contempla sanción específica para el caso de aumento o rebaja de pena, por lo que, en el hecho, está tipificado el delito, pero no está completamente establecida la pena correspondiente a él.

### **2.1.3 División penas mínimo, medio, máximo**

Actualmente el Código Penal chileno, en un intento del legislador de 1874 por realizar una exhaustiva regulación de los marcos penales, divide cada una de las penas en tres grados: grado mínimo, grado medio y grado máximo. El artículo 59 establece la extensión de cada uno de estos grados, dependiendo del tipo de pena. Así por ejemplo, el presidio menor se divide en tres grados: el grado mínimo, que tiene una duración entre sesenta y uno a quinientos cuarenta y un días; el grado medio, entre quinientos cuarenta y un días y tres años; y el grado máximo, que dura entre tres años y un día y cinco años.

Consideramos que esta división en tres grados dificulta la ya compleja labor de determinar la pena exacta para el caso concreto, limitando aún más la discrecionalidad del juez.

El Código Español de 1848 realizaba la misma división en tres grados; sin embargo, en un intento por simplificar la determinación de la pena exacta, el Código de 1995 en su artículo 70 reduce la cantidad de grados sólo a dos: mitad inferior y mitad superior de la pena señalada en abstracto. El Código Alemán, por su parte, no realiza ninguna división.

Desde nuestra perspectiva, la complejidad de dividir las penas en tres grados, combinada, por una parte, con la multiplicidad de factores que el juez debe tener en cuenta para la determinación de ésta y la aplicación rígida y

matemática del sistema de determinación de penas, por otra, podría traer consigo una eventual transgresión al principio de proporcionalidad, toda vez que el juez finalmente debe preocuparse más de hacer coincidir la pena dentro del marco y el grado establecido por el legislador, que de adaptar la gravedad de la pena a la gravedad del hecho.

#### **2.1.4 Numerus Clausus**

Generalmente se ha señalado por la doctrina que la existencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad responde a una necesidad de justicia, la cual se lograría a través de una valoración jurídica más completa de los hechos que rodean un delito determinado. El Código Penal chileno en sus artículos 11 y 12 establece cuáles son las circunstancias modificatorias de responsabilidad que deben ser consideradas por el juez al momento de determinar la pena. La enumeración realizada es taxativa, conocida en doctrina como “*numerus clausus*”. Consideramos que existe un intento de la legislación chilena por satisfacer la “necesidad de justicia” desde el momento que se reconoce que pueden concurrir circunstancias particulares en cada delito, las cuales modifican la responsabilidad y por ende la pena; sin embargo, la enumeración taxativa de dichas circunstancias resulta un tanto ilógica, ya que por una parte se reconoce que éstas pueden existir, pero por otra, se las limita a una cierta cantidad determinada por el legislador en abstracto, lo cual no permite satisfacer plenamente la “necesidad de justicia” en el caso concreto.

En derecho comparado, la tendencia moderna en esta materia es optar por fórmulas amplias para el reconocimiento de las circunstancias

modificadorias de responsabilidad, sea estableciendo indicaciones genéricas por parte del legislador, las cuales orientan al tribunal, o bien, otorgando amplia libertad al juez para fijar las circunstancias. Así por ejemplo, el sistema alemán no establece un catálogo taxativo de circunstancias modificadorias de responsabilidad. El Código Penal de 1975, en su artículo 46 titulado "Principios de determinación judicial de la pena", señala en su apartado segundo que el juez ponderará entre sí las circunstancias favorables o contrarias al reo. En seguida, esta disposición prevé que en particular se tendrán en cuenta algunas situaciones como los móviles y objetivos del autor, su vida anterior, su comportamiento posterior al delito, entre otras. Estas circunstancias deben ser consideradas por el juez al momento de determinar la pena, pero los factores enumerados en este artículo no tienen un carácter taxativo, sólo son ejemplos que el legislador formula al juez de manera ambivalente, ya que, dependiendo del caso concreto, tendrán el valor de agravantes o atenuantes.

El hecho de tener un sistema taxativo de circunstancias modificadorias de responsabilidad puede transgredir tanto el principio de la proporcionalidad como el de culpabilidad, por cuanto, y como ya se dijo en el apartado 2.1 y 2.2, la gravedad de la pena debe ser proporcionada tanto a la gravedad del hecho como a la gravedad del reproche y, en el caso concreto, pueden existir circunstancias que, según un criterio razonable, debieran estimarse para aumentar o disminuir la gravedad del hecho y del reproche y, consecuentemente, la medida concreta de la pena; pero, si estas circunstancias no están contempladas dentro del catálogo taxativo de modificadorias de responsabilidad establecido por el legislador, no es posible aplicarlas. Debemos recordar que nuestro Código Penal data del año 1874 y no han existido cambios sustanciales en materia de circunstancias modificadorias de responsabilidad. Tanto la gravedad del hecho como la gravedad del reproche, han sufrido

modificaciones a lo largo de este siglo y medio, al igual que el resto de las normas sociales, por eso es necesario que la normativa sea lo suficientemente flexible para adaptarse a los cambios sociales y es por ello que consideramos que otorgar flexibilidad al juez en esta materia es de suma importancia.

### **2.1.5 Agravante alevosía, en relación con el artículo 63**

Este artículo contempla tres hipótesis distintas en que una agravante no producirá el efecto de incrementar la pena. En primer lugar, cuando la agravante constituye por sí misma un delito especialmente penado por la ley, casos en los cuales existirá un concurso real o aparente de delitos o, eventualmente un concurso aparente de leyes penales. En segundo lugar, cuando la ley ha expresado la circunstancia agravante al describir y penar un delito, como los casos de figuras calificadas y los delitos que contemplan agravantes especiales. Por último, cuando la circunstancia es de tal manera inherente al delito, que sin su concurrencia éste no puede cometerse. La mayoría de la doctrina sostiene que esta hipótesis comprende dos situaciones. En primer lugar, que la inherencia de la agravante se encuentre implícita en el tipo penal, situación que ocurriría, por ejemplo, en la apropiación indebida que contiene implícitamente el abuso de confianza y, por tanto, ella no generará el efecto de aumentar la pena. En segundo lugar, que la inherencia de la agravante derive de las circunstancias concretas en que se comete el delito, de este modo el autor que da muerte a un niño de pocos meses de vida, no puede hacerlo sino con alevosía, por lo que, la alevosía no tendría el efecto de agravar la pena por aplicación del artículo 63.

En lo relativo a esta segunda hipótesis, podría producirse, excepcionalmente, la siguiente contradicción: si la doctrina en general estima que la alevosía es una agravante que deriva de las circunstancias concretas en que se comete el delito y, que es de tal manera inherente a él que sin su concurrencia no puede cometerse, estaría señalando que esta circunstancia modificatoria de responsabilidad jamás podría aplicarse, puesto que según lo dispuesto en el artículo 63, no tendría el efecto de agravar la pena. Entonces, cabe preguntarse cuál es la razón para que el legislador estableciera la alevosía como una circunstancia agravante de responsabilidad en el artículo 12 N° 3, si posteriormente en el artículo 63, según la interpretación doctrinaria, le quita el efecto de agravar la pena.

En ese sentido, consideramos que puede existir una vulneración hipotética del *ne bis in idem* por parte del legislador, por cuanto éste habría establecido una circunstancia modificatoria de responsabilidad que en el hecho no puede aplicarse. Si la alevosía se estima parte del delito y, por tanto, según el artículo 63 no puede considerarse para agravar la pena, el hecho de que el legislador la contemple dentro del artículo 12 del Código Penal, otorgándole la calidad de agravante de responsabilidad no hace sino vulnerar una de las tres expresiones del principio de *ne bis in idem*, ya analizadas en el Capítulo I § 2 apartado 1.2 de esta investigación, que señala que una misma agravante no puede ser apreciada más de una vez.

### 2.1.6 Agravante reincidencia

El artículo 12 establece como circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, las siguientes: 15.<sup>a</sup> *Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena;* y 16.<sup>a</sup> *Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie.*

Desde nuestra perspectiva, resulta discutible que la reincidencia pueda ser tenida en cuenta como una circunstancia agravante, en primer lugar porque las circunstancias modificatorias de responsabilidad deben concurrir respecto de un suceso determinado, es decir, respecto del delito para el cual se busca determinar la pena. El hecho de cometer un delito de la misma naturaleza, o uno de igual o mayor pena, no tiene ninguna relación directa con la situación que se está juzgando, sino que sólo se trata de una nueva infracción. Además, del tenor literal de los numerandos en cuestión, se desprende que la agravante se origina cuando ha existido una condena anterior por delitos de la misma naturaleza o de igual o mayor pena. En este sentido, es necesario tener en cuenta que a nivel internacional el principio de *ne bis in idem* implica que *nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*. El hecho de crear una agravante que se base en condenas anteriores, si bien no significa iniciar un nuevo proceso por el mismo delito, implica por lo menos volver a juzgar un delito por el cual el individuo ya fue condenado, situación que claramente infringe el principio de *ne bis in idem*.

No deja de llamarnos la atención que esta misma circunstancia sea tenida en cuenta no sólo para aumentar la pena del delito, sino también para negar la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento, establecida en el artículo 237 del Código Procesal Penal y la aplicación de las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, establecidas en la Ley 18.216.

En derecho comparado la situación varía en el sistema español, pero sólo en cuanto se exige una mayor cantidad de requisitos para que opere esta agravante, como por ejemplo el que se hayan producido tres condenas anteriores y no sólo dos, como ocurría en el Código anterior, por lo que el problema de fondo (la infracción al principio de ne bis in idem) también subsiste en este sistema.

En Alemania, en cambio, el artículo 48 regulaba la reincidencia. En primer lugar, esta disposición exigía que el reo hubiese sido condenado, antes de la comisión del actual delito, como mínimo dos veces por un delito doloso. En segundo lugar, el reo debía haber cumplido, antes de la comisión del nuevo delito, penas privativas de libertad de 3 meses de duración como mínimo por uno o varios de los delitos anteriores. En tercer lugar, este artículo establecía que en el caso que el máximo de la pena privativa de libertad conminada para el nuevo delito fuera inferior a un año, no se aplicaría esa norma. Por último, se establecía que la reincidencia prescribía si transcurrían 5 años, señalando que no se tendría en cuenta un delito anterior cuando entre su comisión y la del hecho subsiguiente hayan pasado más de cinco años. En la actualidad esta disposición se encuentra derogada.



Estimamos que, asimismo, se violenta el “Derecho Penal del hecho”, que apunta a enfatizar la necesidad de analizar la responsabilidad y aplicar la sanción en función de los hechos debidamente acreditados en la investigación y no por las características del autor. Con él se pretende excluir un “Derecho Penal de autor”, a cuyos argumentos adhirió el fascismo italiano y el nazismo alemán en diversas expresiones jurídico penales. Aquí no se está castigando con el plus de pena por un hecho, sino por ser reincidente.

### **2.1.7 Atenuante muy calificada**

El artículo 68 bis hace referencia a la concurrencia de una atenuante muy calificada, situación que permite imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito. Resulta interesante analizar esta expresión, ya que la ley no ha clasificado las atenuantes atendiendo a su importancia, siendo imperativo recurrir a la vía interpretativa para comprender qué es una atenuante muy calificada.

Tanto para Labatut como para la jurisprudencia, esta materia queda al arbitrio del juez, mientras que Fuensalida estima que son calificadas las atenuantes pasionales. Etcheberry estima que, *“no existiendo en el texto base alguna para clasificar las atenuantes en sí mismas, por su naturaleza intrínseca, debemos concluir que las categorías de “muy calificada” y de “gran entidad” pueden concurrir en todas las circunstancias atenuantes, cualquiera*

*que sea su naturaleza, atendiendo solamente a la calidad de los hechos que las constituyen*".<sup>92</sup>

La existencia de esta disposición en sí no plantea ninguna infracción a los principios de un Estado democrático de Derecho; sin embargo la aplicación jurisprudencial de este artículo podría llegar a vulnerar tanto el principio de proporcionalidad, como el de igualdad ante la ley.

En cuanto al principio de igualdad ante la ley, una infracción podría presentarse desde el momento que la ley no regula qué debe entenderse por "atenuante muy calificada", situación a partir de la cual un juez puede estimar, por ejemplo, que la atenuante de irreprochable conducta anterior debe estimarse como muy calificada, con el solo mérito del extracto de filiación de un individuo, mientras que otro juez con esos mismos antecedentes, puede estimar que además es necesario acreditar otras calidades o características del individuo para poder considerar que la atenuante es muy calificada. Luego, el primer juez aplicará la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada por la ley al delito y el segundo juez no lo hará. La infracción al principio de igualdad ante la ley puede apreciarse ya sea en el primer caso, porque el juez ha aplicado la pena inferior en grado, estando en presencia de una atenuante que no es "muy calificada"; o bien, en el segundo caso, toda vez que el juez, a pesar de estar frente a una atenuante muy calificada, no ha disminuido la pena de la forma que la ley establece, haciendo depender dicha disminución de pena de una calificación de la atenuante basada en requisitos que el legislador no ha establecido.

---

<sup>92</sup> Etcheberry Alfredo. Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Marzo 1998, páginas 183 y 184

La infracción al principio de proporcionalidad podría presentarse si, por ejemplo, dos individuos que cometen el mismo delito, en condiciones exactamente iguales, pueden llegar a ser sancionados con penas absolutamente distintas, si en un caso se tiene por muy calificada una atenuante, y en el otro no.

Así por ejemplo, una sentencia del 13° Juzgado del Crimen de San Miguel, de fecha 13 de julio de 2006 condena a un autor de los delitos de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Asociación Ilícita, a dos penas de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, por cada uno de los delitos referidos. Para llegar a determinar dicha pena, el tribunal considera que ha concurrido una atenuante muy calificada, consistente en la irreprochable conducta anterior del sentenciado. Posteriormente, la sentencia de la II<sup>ta</sup>. Corte de Apelaciones de San Miguel, de 20 de Agosto de 2008, en causa RIC 3065-2006, confirma la sentencia consultada, pero condena al sentenciado a dos penas de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por cada uno de los delitos referidos, teniendo en consideración la concurrencia de la atenuante de irreprochable conducta anterior, pero sin considerarla como muy calificada, por lo que ya no puede disminuir la pena en un grado, sino que sólo puede imponerla en su mínimo.<sup>93</sup>

### **2.1.8 Compensación racional**

Los artículos 66, 67 y 68 establecen una regla para el caso que concurren circunstancias atenuantes y agravantes a la vez, estableciendo que

---

<sup>93</sup> Poder Judicial de la República de Chile [en línea]  
< [http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados\\_causas.php](http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados_causas.php) > [consulta: 06 octubre 2008]

el juez debe “compensarlas racionalmente, graduando el valor de unas y otras”. Es importante tener en cuenta que el legislador se refiere al valor de las circunstancias y no al número de ellas, razón por la cual la doctrina estima que el criterio de compensación no es aritmético, sino valorativo y por ello no se señalan reglas precisas para realizar la compensación. Sin embargo, no estamos frente a una facultad arbitral, y resulta necesario que el juez exprese las razones que ha tenido en cuenta para fijar la pena en determinado punto, desarrollando en la sentencia los fundamentos para realizar la compensación de una u otra manera.

A partir de esta disposición, podrían verse infringidos los principios de legalidad y proporcionalidad, en los mismos términos señalados para el caso del artículo 68 bis, analizado en el apartado anterior, toda vez que no existe claridad, tanto dentro del Código Penal, así como a nivel doctrinario y jurisprudencial, respecto de qué es lo que debe entenderse por "compensación racional". Los criterios que cada juez puede tener en cuenta para compensar las circunstancias atenuantes y agravantes, pueden ser dispares o contradictorios, y llegar a generar eventuales vulneraciones a los principios ya señalados.

### **2.1.9 Aumento y rebaja de pena**

Como hemos visto, los artículos 65 a 68 bis entregan las reglas para el aumento o rebaja de la pena cuando concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad. Estos artículos dejan en claro que, de concurrir circunstancias atenuantes y siendo pertinente realizar una rebaja de la

pena, ésta debe hacerse a partir del mínimo de la pena señalada por la ley al delito. Sin embargo, no resulta igual de claro cómo debe realizarse el aumento de la pena cuando ello sea procedente. Si la pena es indivisible no existe problema en realizar el aumento, ya que sólo es posible realizarlo a partir de dicha pena, pero ¿desde dónde se aumenta la pena cuando ésta se compone de una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles?

Por ejemplo, frente a una pena de presidio menor en su grado mínimo a máximo que debe aumentarse en un grado, las posibilidades son: aumentar la pena desde el máximo, manteniendo los grados de la pena y sumándole un grado, es decir, presidio menor en cualquiera de sus grados a presidio mayor en su grado mínimo; o aumentar la pena desde el máximo, eliminando los grados de la pena, dando cabida sólo a este nuevo grado de pena, por lo que la sanción aplicable sería la de presidio mayor en su grado mínimo; o aumentar la pena desde el mínimo, trasladando todo el marco penal un grado hacia arriba, es decir, la pena aplicable se encuentra dentro del presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo.

Por ejemplo, frente a una pena de presidio menor en su grado mínimo a máximo que debe aumentarse en un grado, las posibilidades son:

- Aumentar la pena desde el máximo, manteniendo los grados de la pena y sumándole un grado, es decir, presidio menor en cualquiera de sus grados a presidio mayor en su grado mínimo;

- Aumentar la pena desde el máximo, eliminando los grados de la pena, dando cabida sólo a este nuevo grado de pena, por lo que la sanción aplicable sería la de presidio mayor en su grado mínimo;

- Aumentar la pena desde el mínimo, trasladando todo el marco penal un grado hacia arriba, es decir, la pena aplicable se encuentra dentro del presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo.

Es evidente que estas disposiciones pueden dar origen a una vulneración al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta las diversas interpretaciones doctrinarias o jurisprudenciales existentes. Es así como dos sujetos que han cometido el mismo delito, bajo las mismas circunstancias, pueden llegar a recibir una condena absolutamente diferente, dependiendo de la interpretación que se acoja. Así, un sujeto A, siguiendo la primera interpretación, podría ser condenado a una pena de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días), mientras que un sujeto B, siguiendo la segunda interpretación, sería condenado a la pena de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años).

El principio de culpabilidad, al actuar como límite de la pena, también puede verse infringido, toda vez que se pasa a llevar la proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche, afectando así la legitimidad de la pena impuesta.

#### **2.1.10 Disminución facultativa u obligatoria**

Existe un problema de interpretación derivado de la terminología empleada por el legislador en los artículos 65, 66 y 67, los cuales establecen que cuando concurren varias atenuantes y ninguna agravante, el juez “podrá”

aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley para el delito, mientras que el artículo 68 permite realizar una rebaja de hasta tres grados. El problema que en estos casos se presenta, es determinar si la expresión “podrá” implica que la rebaja tiene un carácter facultativo, es decir, el juez decide si disminuye o no la pena; o si es obligatorio disminuirla, siendo facultativo para el juez escoger cuánto la disminuye (uno, dos o tres grados).

La doctrina nacional ha desarrollado argumentos favorables a ambas interpretaciones.

- Quienes afirman que la expresión “podrá” implica que la disminución es facultativa, sostienen que el alcance de la ley en estos casos, en su sentido natural y obvio, es de carácter facultativo. Para afirmar ello, sostienen que existen disposiciones en que la expresión “podrá” indica una obligación, siempre que así se desprenda del texto o contexto de la disposición respectiva, lo que aquí no ocurre. Añaden, además, que los artículos referidos a esta materia utilizan expresiones claramente imperativas, como “aplicará”, “impondrá”, “compensará”. Además agregan que en el caso del artículo 68 bis se emplea la expresión “podrá”, no siendo posible que el juez escoja cuántos grados descender, toda vez que sólo se le otorga la posibilidad de disminuir la pena en un grado, por lo que resulta evidente que lo que el legislador quiso era que el juez optara por disminuir o no la pena.

- Quienes afirman que la expresión “podrá” implica que la disminución es obligatoria, sostienen que el tribunal “puede” rebajar la pena en un grado, en dos grados o en tres grados, pero en ningún caso podría no

rebajar ninguno. Así la expresión conserva su carácter facultativo, siendo la rebaja obligatoria. Esta parte de la doctrina se basa en que existen otras disposiciones donde dicha expresión es tomada en un claro sentido obligatorio. Además, señalan que el imputado se encontraría en peores condiciones si concurren varias atenuantes, que si concurre una atenuante sin agravantes, ya que en tal caso por lo menos se prohíbe imponerle el máximo de la pena, mientras que si la rebaja es facultativa, podría imponérsele la pena en toda su extensión.

El hecho de que la concurrencia de circunstancias agravantes, en el caso de un delito sancionado con una pena indivisible, no permita aumentar la pena, mientras que la presencia de atenuantes sí permita la disminución de ésta, ha sido considerado por la doctrina como un fundamento para sostener que en nuestra legislación poseen más fuerza las circunstancias atenuantes que las agravantes.

Al igual que en el apartado anterior, los principios que pueden verse vulnerados son el de proporcionalidad y el de culpabilidad, en el sentido que resultará complejo adaptar la gravedad de la pena a la gravedad del hecho y establecer los límites legítimos de la pena.

### **2.1.11 Artículo 67**

El artículo 67 regula la situación que se produce cuando concurren atenuantes o agravantes en un delito sancionado con un grado de una pena



divisible, estableciendo que si sólo concurre una atenuante, la pena se aplica en su mínimo, mientras que si sólo concurre una agravante, la pena se aplica en su máximo. Se origina aquí un problema cada vez que estamos frente a un delito sancionado con penas cuyos límites se encuentran entre cierto número de días y cierto número de años, como por ejemplo el presidio menor en su grado medio, cuya duración fluctúa entre 541 días y 3 años. Para determinar la duración de la pena en este caso, es preciso que a los 3 años (cifra expresada en días) se le resten 540 días, obteniendo una cifra que debe dividirse en dos para obtener el mínimo y el máximo de la pena. De esta manera la operación matemática es la siguiente:  $(365 \times 3 - 540) / 2 = 277.5$ . Luego, el mínimo de la pena se inicia en el día 541 y finaliza el día 818 al medio día (818.5), momento en el que se inicia el máximo de la pena. Sin embargo no es simple precisar en qué momento finaliza el mínimo y comienza el máximo, ya que nuestro sistema penal no admite el fraccionamiento de las penas en unidades inferiores a un día. Por otra parte, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 48 del Código Civil, que establece que los plazos han de ser completos, y que correrán hasta la medianoche del último día del plazo. En este caso, si a un individuo corresponde recibir la pena máxima dentro del mínimo (818.5 días) y el plazo se cuenta hasta la medianoche del último día, estaríamos aplicando ya el máximo de la pena, lo que no parece coherente ni proporcionado.

Por el contrario, si sólo se sancionara con 818 días de presidio, se estaría infringiendo una disposición expresa en relación con el cómputo de los plazos. En cualquiera de las dos situaciones se estaría vulnerando el principio de legalidad; mientras que el principio de proporcionalidad se vería infringido en la primera situación.

### 2.1.12 Artículo 69

Una vez que el juez ha llegado a determinar la pena aplicable, es necesario que fije con precisión cuál será en definitiva la cuantía exacta para el caso concreto. Para ello, el artículo 69 proporciona dos criterios, en primer lugar tiene en cuenta el número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, respecto de las cuales el juez debe realizar una segunda apreciación, ahora en su conjunto, en forma global. En segundo lugar, además permite que en la determinación de la pena se tome en cuenta el daño o lesión causado al bien jurídico protegido y, en general, todas las repercusiones del hecho que sean a lo menos objetivamente imputables a la conducta típica.

Según Labatut este artículo considera en último término la situación de la víctima para fijar la sanción definitiva.<sup>94</sup> *“Por su parte, y desde el punto de vista de los fines de la pena, Van Weezel propone introducir en la aplicación de este artículo 69 criterios preventivos”*.<sup>95</sup> Los criterios de individualización del artículo 69 no pueden interpretarse en clave retributiva. Si así lo hiciera el juez, estaría vulnerando el principio del *ne bis in idem*, pues estas circunstancias ya fueron consideradas previamente por él, desde el punto de vista de la culpabilidad del hechor, al momento de determinar la pena por aplicación de los artículos 62 a 68 bis. Es por ello que Van Weezel<sup>96</sup> propone una interpretación preventiva de esta disposición, señalando que la determinación del grado de pena aplicable debe hacerse en base a la medida

---

<sup>94</sup> Labatut Glenda, Gustavo. Derecho Penal. Tomo I. Novena Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Abril 1990, página 277

<sup>95</sup> Politoff Lifschitz, Sergio. Ortiz Quiroga, Luis. Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro I. Parte General. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Abril, 2002, página 375

<sup>96</sup> Van Weezel, Alex. Determinación de la pena exacta: el artículo 69 del Código Penal, en Universidad de Talca. *Ius et Praxis. Derecho en la Región*. Año 7 N° 2, 2001, páginas 401 a 407

de la culpabilidad, en cambio la determinación de la cuantía exacta de la pena debe hacerse, según lo señalado por el artículo 69, en base a criterios preventivos, resolviéndose de esta manera el problema de la vulneración al principio del ne bis in idem, que se generaría si el tribunal vuelve a tomar en consideración en clave culpabilista, las mismas circunstancias modificatorias de responsabilidad que ya le sirvieron para aumentar o rebajar la pena en una primera apreciación.

La jurisprudencia en su mayoría ha estimado que este artículo contiene una regla general que los jueces deben tener en cuenta, aunque no establezca una pauta rígida para la determinación de la pena. Es necesario agregar que, para salvaguardar el respeto al principio del ne bis in idem, el juez debe fundamentar en su sentencia el porqué de la aplicación de una cuantía determinada de pena y, para impedir la violación del antedicho principio, esta fundamentación debe basarse en criterios preventivos.

### **2.1.13 Multa**

El inciso segundo del artículo 60 se refiere a la determinación de la cuantía de la multa, señalando que ésta se fija, en cada caso, dentro de los límites que señala el artículo 25 de acuerdo al tipo de infracción, la cual a su vez se establece atendiendo a la naturaleza de la pena señalada por la ley al delito. De este modo, si la pena señalada al delito es una pena de crimen, la multa no excederá de 30 UTM; si es una de simple delito, no excederá de 20 UTM; si es una de falta, no excederá de 4 UTM. Este amplio margen que se le otorga al juez para la determinación de la cuantía de la multa eventualmente

permitiría imponer una pena más gravosa que la última pena de la escala respectiva, aplicando la conversión de la multa a días de reclusión según las reglas del artículo 49. Este artículo establece que si el condenado no tiene bienes para satisfacer la multa, se le sustituirá ésta por la pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda exceder nunca de seis meses. Así, por ejemplo, el artículo 222 sanciona al empleado del orden judicial que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas con una pena de suspensión en su grado medio. Al encubridor de este simple delito consumado se le debe imponer la pena inferior en dos grados, según lo señalado por el artículo 52, pero por efecto de la rebaja en la escala gradual número 3, no existe pena que aplicar, por lo que en virtud de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 60, la sanción que corresponde en este caso es la pena de multa. De acuerdo al artículo 25, la cuantía de la multa aplicable no excederá de 20 UTM (ya que la pena señalada al delito es una de simple delito) que, convertidas según las reglas del artículo 49, darían lugar a 100 días de reclusión, pena más gravosa que la de suspensión en su grado mínimo (de sesenta y un día a un año), que corresponde a la última de la escala gradual.

En ese sentido, estas disposiciones relativas a la multa, en nuestra opinión, infringen el principio de proporcionalidad. La pena inferior, es decir, la pena de multa, debiera ser menos gravosa que la pena establecida en el marco penal abstracto, esto porque, si la gravedad del hecho es menor la pena debiera ser menor, lo que no ocurre en aquellas hipótesis en que el condenado a la multa no puede pagarla, convirtiéndose ésta en días de reclusión. En estos casos, la pena inferior resulta ser más gravosa y, por lo tanto, no existe proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena.

### 2.1.14 Presidio perpetuo

No corresponde en esta investigación criticar la existencia o regulación de un tipo de pena específico (como el presidio perpetuo calificado o la prisión), ya que escapa del ámbito de estudio propuesto. Sin embargo, si por medio de la aplicación del Sistema de Determinación de Penas existente en nuestro Código Penal es posible llegar a establecer que para el caso concreto la pena correspondiente es el presidio perpetuo, consideramos pertinente referirnos a este tema, ya que uno de los principios que inspiran un Estado Democrático de Derecho, como es el de humanidad de las penas, podría verse vulnerado. En este sentido, si un sistema permite que, al no aplicar correctamente sus reglas, o peor aún, siguiéndolas una a una, el resultado sea determinar *“penas que implican la supresión social absoluta del individuo y que cierran toda puerta posible a su reincorporación a la vida social”*<sup>97</sup>, dicho principio, en los términos en que fue expuesto en el Capítulo I de la presente investigación, se vería infringido. Ya hemos señalado que no nos compete analizar el tipo de penas que nuestro sistema contempla, pero obviamente merece atención el hecho de que nuestro sistema de determinación de penas permita aplicar una sanción que evidentemente infringe el principio de humanidad, principio que va un paso más allá de lo teórico y que afecta directamente a las personas que deben cumplir una pena.

---

<sup>97</sup> Ziffer, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena. Segunda Edición. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina, 1999, página 35

### **2.1.15 Prescripción gradual de la pena o de la acción penal**

El legislador en el artículo 103 del Código Penal, señala que si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, deberá el juez considerar el hecho como revestido de dos o más atenuantes muy calificadas, y de ninguna agravante, para luego aplicar las reglas de los artículos 65 a 68. Surge aquí la problemática de determinar, en primer lugar, qué debe entenderse por atenuantes "muy calificadas", situación que fue analizada en el apartado 2.1.7 de este capítulo, y en segundo lugar, de cuántos grados habrá de disminuirse la pena, toda vez que el artículo 68 bis, que es el único que se refiere a las atenuantes muy calificadas, permite imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados, al mínimo de la pena señalada por ley, cuando concurre UNA atenuante muy calificada. Sin embargo, no hay ninguna norma que indique cuántos grados debe rebajarse la pena cuando concurren dos o tres atenuantes muy calificadas, de manera tal que podemos llegar a la paradoja de disminuir la pena en tres grados, si concurre una circunstancia atenuante muy calificada, y disminuirla en un grado, si tras aplicar el artículo 103, el juez considera que el hecho se encuentra revestido de tres circunstancias atenuantes muy calificadas; o bien, disminuir la pena en tres grados ya sea si concurre una atenuante muy calificada, ya sea si se considera el hecho como revestido de tres atenuantes muy calificadas.

Con la aplicación de este artículo podrían verse vulnerados los principios de legalidad y proporcionalidad, de la misma manera que se ha explicado en el apartado 2.7

### 2.1.16 Unificación de pena

El artículo 164 del COT regula aquellos casos en que es posible unificar distintas condenas en contra de un mismo imputado. El problema que surge en torno a esta disposición es que algunos tribunales han entendido que su aplicación se limita a aquellas situaciones en que las causas hayan podido, en el hecho, acumularse o fallarse conjuntamente. Consideramos que esta norma en ninguna de sus partes exige que efectivamente los distintos procesos hayan podido, en el hecho, acumularse o fallarse conjuntamente, sino que sólo hace referencia a la acumulación para los efectos de dejar en claro que no puede verse perjudicado el condenado por la aplicación de circunstancias modificatorias de responsabilidad ni por una pena excesiva.

En innumerables fallos los tribunales han unificado condenas basándose en el artículo 160 del COT. Este artículo dispone que *“El culpable de diversos delitos será juzgado por todos ellos en un solo proceso, para lo cual se acumularán las causas iniciadas o por iniciarse en su contra; y las personas que en ella figuren como procesados quedarán sometidos a la jurisdicción del tribunal a quien corresponda conocer de los procesos acumulados.”* En nuestra opinión, esta disposición se refiere a aquellos casos en que los procesos pueden ser acumulados y, por tanto, el artículo 164 COT no puede tener aplicación en los mismos casos ya regulados en el artículo 160. De ser así, y exigir que las causas hayan podido en el hecho ser acumuladas, para dar aplicación al artículo 164, estaríamos señalando que esta disposición es una reiteración del artículo 160, ya que ambas regularían las mismas hipótesis, lo que es contrario a uno de los principios básicos de la interpretación de la ley que señala que frente a dos posibles interpretaciones de una disposición, debe

preferirse aquella que produce efectos. De interpretar el artículo 164 en el sentido de que exija la posibilidad haber acumulado los distintos procesos, estaríamos diciendo que esta norma no produce mayores efectos, ya que por aplicación del artículo 160, se llegaría a la misma conclusión. En la actualidad, el artículo 160 del COT se encuentra derogado, lo que no implica que el artículo 164 exija la acumulación. Esto porque la derogación del artículo 160 sólo amplía la aplicación del artículo 164, de manera tal que regula aquellos casos en que es posible la acumulación y aquellos en que no.

Consideramos que interpretar de otra forma esta disposición vulneraría el principio de humanidad de las penas. Este principio establece que un Estado Democrático debe asegurar el respeto a la dignidad de todos sus habitantes. Es la dignidad de la persona el límite de la crueldad de las penas. El Estado está al servicio de las personas, es por ello que aunque sean convenientes para la autoconfirmación de éstas penas excesivas y crueles, éstas deben ser descartadas puesto que vulneran la dignidad del individuo utilizándolo como un medio.

## **2.2 Infracciones**

A partir del análisis efectuado en la presente investigación, podemos afirmar que los principios que se ven infringidos son:



### **2.2.1 Legalidad**

El principio de legalidad es vulnerado con la aplicación de las reglas del sistema de determinación de penas, en cuanto no se encuentra especificado qué es lo que debe entenderse por "compensación racional" en los artículos 65,66,67 y 68. También se ve infringida la legalidad con la aplicación del artículo 67 del Código Penal, cuando no sea posible precisar en qué momento finaliza el mínimo y comienza el máximo de una pena, ya que nuestro sistema penal no admite el fraccionamiento de las penas en unidades inferiores a un día.

### **2.2.2 Proporcionalidad**

Este es sin duda uno de los principios más vulnerados por las irregularidades de la estructura y aplicación del sistema de determinación de penas chileno. Es infringido con el desequilibrio patente que se presenta en las escalas graduales, así como también con la existencia de penas que no se encuentran comprendidas en dichas escalas. La división de las penas en tres grados (mínimo, medio y máximo) también da lugar a la infracción de la proporcionalidad, al igual que la existencia de un número cerrado de circunstancias modificatorias de responsabilidad. La falta de precisión en torno a los conceptos de "atenuante muy calificada" o "compensación racional" también pasa a llevar este principio, al igual que ocurre con la imprecisión existente en cuanto a cómo se debe aumentar o disminuir los grados de una pena, o si resulta facultativo u obligatorio realizar la disminución de ésta en ciertos casos. Otras infracciones se presentan con la aplicación del artículo 67,

en cuanto no sea posible precisar en qué momento finaliza el mínimo y comienza el máximo de una pena; o cuando se imponga una multa, la cual convertida según las reglas del artículo 49, de lugar a una pena más gravosa que la que corresponda a la última de la escala gradual.

### **2.2.3 Culpabilidad**

La culpabilidad se ve infringida con la existencia del desequilibrio en las escalas graduales, ya que si las atenuantes de responsabilidad disminuyen el reproche y debe descenderse en la escala gradual respectiva, la pena no puede ser más gravosa, situación que podría acontecer en los casos de desequilibrio en las escalas. También se infringe con la existencia de penas que no se encuentran comprendidas en las escalas graduales, en el mismo sentido anterior. La existencia de un número cerrado de circunstancias modificatorias de responsabilidad también vulnera este principio, del mismo modo que vulnera el principio de proporcionalidad, pero referido a que la gravedad de la pena debe ser acorde a la gravedad del reproche. Otra infracción puede presentarse cuando no resulta claro desde dónde debe aumentarse la pena cuando ésta se compone de una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, ya que puede verse afectada la proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche. Por último, la imprecisión existente en cuanto a si resulta facultativo u obligatorio realizar la disminución de una pena en ciertos casos, también puede originar una eventual vulneración a este principio.

#### **2.2.4 Ne bis in idem**

La infracción a este principio se presenta desde que nuestro sistema contempla como circunstancia agravante de responsabilidad penal a la reincidencia, toda vez que se está juzgando a un individuo por un delito por el cual ya fue condenado. También puede existir una vulneración, si el juez aplica el artículo 69 del Código Penal con fines retributivos, olvidándose que ciertas circunstancias ya fueron consideradas previamente por él, desde el punto de vista de la culpabilidad del hechor, al momento de determinar la pena por aplicación de los artículos 62 a 68 bis. Finalmente, respecto a la agravante alevosía, en relación con el artículo 63, puede existir una vulneración hipotética del ne bis in idem por parte del legislador, ya que, si la alevosía se estima parte del delito y, por tanto, según el artículo 63 no puede considerarse para agravar la pena, el hecho de que el legislador la contemple dentro del artículo 12 del Código Penal, como una agravante de responsabilidad, vulnera una de las tres expresiones del principio de ne bis in idem, que señala que una misma agravante no puede ser apreciada más de una vez.

#### **2.2.5 Humanidad de las penas**

Este principio se ve infringido desde el momento que nuestro Código Penal sanciona directamente algunas conductas típicas, como el homicidio calificado o el parricidio, con la pena de presidio perpetuo; o sólo con el hecho de contemplar dicha sanción dentro de las escalas de penas, ya que con la aplicación de las reglas de determinación de la pena es posible llegar a sancionar algunos delitos con presidio perpetuo, simple o calificado.

Por otra parte, una errónea interpretación del artículo 164 del COT, igualmente vulneraría este principio, ya que éste establece que un Estado Democrático debe asegurar el respeto a la dignidad de todos sus habitantes, siendo la dignidad de la persona el límite de la crueldad de las penas. El Estado está al servicio de las personas, es por ello que aunque sean convenientes para la autoconfirmación de éstas penas excesivas y crueles, éstas deben ser descartadas puesto que vulneran la dignidad del individuo utilizándolo como un medio.

### **2.2.6 Utilidad de la intervención penal**

En el estudio de los problemas específicos del sistema de determinación de penas chileno no se hizo referencia a la vulneración de este principio. Sin embargo, consideramos que este imperativo, situado dentro de los límites que surgen de un Estado Social, se ve claramente infringido a nivel general, y no necesariamente en cada uno de los problemas del sistema de determinación de pena.

Se entiende que la intervención penal es útil en la medida que la pena sirva para el cumplimiento de los fines que dicha intervención penal propone. Si una reacción penal no es capaz de dar cumplimiento a los fines de la intervención penal deberá desaparecer, puesto que ya no se justificaría su existencia. Este principio es claramente vulnerado en nuestro sistema penal, ya

que ni a nivel legal, doctrinario ni jurisprudencial, existe una consagración de los fines de la pena que permita dar cumplimiento a este imperativo.

### **2.2.7 Igualdad ante la ley**

Al igual que en el caso anterior, no es necesario analizar cada uno de los problemas del sistema de determinación de pena para apreciar la infracción de este imperativo, fiel reflejo del Estado Democrático. La existencia de transgresiones a varios de los principios de un Estado democrático de Derecho puede darse en ciertas situaciones, lo que implica que muchas veces no existirá vulneración alguna, con lo que claramente se está colocando a unos individuos en una situación perjudicial respecto de otros, por lo que no siempre estaría asegurada la igualdad ante la ley.

## **§ 3 DETERMINACIÓN DE LA PENA Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.**

### **1. Verificación de la Hipótesis**

Las infracciones anteriormente descritas, tan específicas y circunscritas a algunos artículos del sistema de determinación de penas de nuestro Código, tienen su origen, desde nuestra perspectiva, en la inobservancia de los fines de la pena. El Capítulo I de esta investigación, realizó una descripción de las diversas teorías existentes en relación con los fines de la

pena. Entendemos que en la mayoría de las legislaciones la discusión en torno a cuál es el fin de la pena no es un tema pacífico y, por ende, aún no se encuentra zanjado. Nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra ajeno a esta problemática; sin embargo consideramos que a lo menos nuestra legislación debería tener cierta claridad al momento de regular el tipo de penas, al establecer su duración dentro del marco abstracto, y obviamente al momento de establecer las reglas para realizar la determinación concreta de ésta.

En este sentido, no insinuamos que sea sólo uno de los fines de la pena el que deba primar, sino que más bien la idea es que las diversas teorías se conjuguen de manera tal que el sistema sea armónico. Muchas veces una determinada teoría no nos permitirá explicar situaciones particulares, y en esos casos deberá recurrirse a otra.

A este respecto, nos parece pertinente tener en cuenta la opinión de Patricia Ziffer quien expresa que *“todo sistema de sanciones prevé, explícita o tácitamente, criterios que orienten la decisión acerca de cuál es la pena más adecuada para cada caso. Pero estos criterios, en general, nunca resultan unívocos, sino que su aplicación plantea siempre problemas de interpretación. Las reglas destinadas a la determinación de la pena suelen ser demasiado amplias y difíciles de conciliar entre sí. Esto se relaciona con la necesidad de que la pena satisfaga intereses que no siempre se orientan en la misma dirección.”*<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup>Ziffer, Patricia. Lineamientos De La Determinación De La Pena. Segunda Edición Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina, 1999, página 23

*“La principal tarea de la determinación de la pena es la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y la fijación de cuáles son las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles pueden ser descartadas en el caso. La delimitación de estos factores y su influencia sobre la pena concreta dependen en gran medida de la decisión previa acerca de cuál es la finalidad de la pena dentro del sistema. Sin embargo, si se exigiera que esta decisión fuera tomada en forma categórica, ello frustraría de antemano este trabajo. La necesidad de resolver cuál es el fin de la pena alcanza, por sí misma, para desalentar cualquier intento teórico en cualquier materia. Aun cuando se lograra un acuerdo absoluto a favor de una u otra teoría de la pena, la complejidad de los problemas que plantea la determinación de la pena sólo se habría reducido parcialmente.”<sup>99</sup>*

Consideramos que en Chile, dentro de nuestro ordenamiento jurídico y específicamente en la legislación penal, existe una inobservancia de los fines de la pena, tanto a nivel legal, como doctrinario y jurisprudencial.

- A nivel legal, puede señalarse que nuestro Código Penal se limita sólo a establecer diversas escalas de penas, y a consagrar una serie de reglas para la determinación de ésta, sin hacer referencia a los fines de la pena tenidos en cuenta para sancionar cada delito, ni a los que deben observarse al momento de realizar la determinación concreta de la pena. Además, la inobservancia a nivel legal es tal que existe una clara incoherencia en el ordenamiento jurídico, una falta de armonía entre algunas ramas del derecho toda vez que existen conductas sancionadas tanto por el derecho penal así como por el derecho administrativo, a pesar que el derecho penal debe ser la

---

<sup>99</sup> Op. Cit., página 24

última ratio. Por otra parte, la inobservancia de los fines de la pena hace compleja la labor de poder identificar cuál es la utilidad de la pena dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, la multiplicidad de penas existente en nuestro derecho penal no hace sino reflejar la problemática a la que nos hemos venido refiriendo, toda vez que, si existiera claridad y una racional aplicación de los fines de la pena, no sería necesario tener un complejo catálogo de penas para cada delito.

- A nivel doctrinario, la mayoría de los textos referidos a la pena, se limitan a hacer una reseña de las principales teorías existentes en relación a los fines de ésta, pero no realizan un análisis de cada teoría en relación a nuestro sistema penal, no se señalan en qué disposiciones se ve reflejada determinada teoría, cuál es el fin de la pena propicio según el tipo de delito, etc.

- A nivel jurisprudencial, puede señalarse que los jueces en los considerandos de las sentencias sólo se limitan a determinar las penas, y en las escasas situaciones en que exponen los fundamentos de su decisión, sólo se limitan a señalar los argumentos fácticos que los llevan a imponer un determinado quantum. Si son pocos los casos en que una sentencia es motivada, menores o nulos son los casos en que una sentencia se refiere a los fines de la pena que se han tenido en cuenta para determinar una pena en el caso concreto. Más allá de la sentencia misma, en la labor de determinación de la pena, pudimos analizar en este capítulo cómo la inobservancia de los fines de la pena se ve reflejada en la actuación judicial. Si existiera claridad en torno a los fines de la pena, y éstos fuesen aplicados correcta y racionalmente, consideramos que no tendría por qué existir una falta de uniformidad en los criterios de cada uno de los jueces; si bien es cierto cada juez podrá llegar a



una resolución diferente, finalmente la determinación de la pena debería enmarcarse dentro de los fines de ésta, y por ende sería una decisión racional. La aplicación matemática y la rigidez del sistema también quedarían excluidas, por cuanto existe un propósito claro para el sentenciador.

Una forma de ejemplificar la verificación de la hipótesis es la siguiente:

Si existiese una clara aplicación de los fines de la pena, no se vería vulnerado el principio de legalidad, que exige que tanto el delito como la pena se encuentren previamente establecidos en la ley. Si bien es cierto en nuestro sistema penal, delitos y penas se encuentran establecidos, la existencia de los problemas analizados en este capítulo hacen que el marco penal abstracto muchas veces se vea sobrepasado, con lo que se vuelve inoperante, y por lo tanto no existe un establecimiento previo de la pena aplicable. Si consagráramos el o los fines de la pena a los que optamos como Estado Democrático de Derecho, tendríamos certeza de que el marco penal abstracto se vería sobrepasado en ciertos y determinados casos, debidamente justificados en razón de esta elección política.

Por ejemplo, al no encontrarse especificado qué es lo que debe entenderse por "compensación racional" en los artículos 65, 66,67 y 68, es necesario efectuar una interpretación de dichas normas. Esta interpretación es la que vulnera el principio de legalidad, por cuanto no existe una directriz que señale cuál es el sentido que debe darse a cada una de estas expresiones. De optar por uno o varios de los fines de la pena, podemos orientar esta

interpretación, y por lo tanto ex ante saber cuál es el sentido que tendrán estos vocablos y consecuentemente cuál será el rango de pena aplicable, salvaguardando de esta forma el principio de legalidad.

Respecto a la proporcionalidad, debe tenerse en cuenta que la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho. En este sentido, si consideramos que cada uno de los fines de la pena propuestos por la doctrina apunta a objetivos diferentes, o casi contradictorios en algunos casos, la gravedad del hecho no va a ser la misma si se opta por uno u otro de ellos. Por lo tanto, al determinar cuál o cuáles de los fines de la pena debe aplicarse y de qué forma, tendremos certeza de cuál es la gravedad que se le asigna al hecho, y por ende cuál será la gravedad de la pena. De la misma forma, la culpabilidad, en cuanto a individualización de la pena, determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable. Para determinar el marco penal abstracto es necesario tomar en cuenta la gravedad del reproche, la cual será diversa si se tiene en consideración uno u otro de los fines de la pena.

El principio de ne bis in idem, tiene tres expresiones: a) un mismo delito no puede recibir más de una pena; b) una misma agravante no puede ser apreciada más de una vez; c) un mismo hecho no se puede castigar al mismo tiempo con pena criminal y sanción administrativa. De existir claridad en relación con los fines de la pena ninguna de estas manifestaciones se vería infringida ya que el legislador sabría de antemano bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena, pregunta que tendrá una respuesta distinta dependiendo del o los fines de la pena consagrados por nuestra legislación.

Así por ejemplo, para la infracción del ne bis in idem que presenta el artículo 69, se propone una interpretación preventiva de esta disposición, señalando que la determinación del grado de pena aplicable debe hacerse en base a la medida de la culpabilidad, en cambio la determinación de la cuantía exacta de la pena debe hacerse, según lo señalado por el artículo 69, en base a criterios preventivos, resolviéndose de esta manera el problema de la vulneración al principio del ne bis in idem, que se generaría si el tribunal vuelve a tomar en consideración en clave culpabilista, las mismas circunstancias modificatorias de responsabilidad que ya le sirvieron para aumentar o rebajar la pena en una primera apreciación.

En lo relativo al principio de humanidad de las penas podemos decir que su infracción sería evitada de existir una consagración de la retribución o de la prevención especial. De optar por la prevención general en esta materia seguiríamos permitiendo la vulneración de este principio, por cuanto este fin tiene como objetivo la autoconfirmación de Estado, aun a costa de la imposición de penas excesivas y crueles.

El principio de utilidad de la pena se ve vulnerado por el hecho mismo de no existir una consagración de uno o varios fines de la pena, por cuanto la utilidad del Derecho Penal requiere que la pena sirva para el cumplimiento de los fines que dicha intervención penal propone. Por lo tanto, la única manera de salvaguardar este imperativo es precisamente establecer los fines de la pena aplicables.

Los problemas señalados en este capítulo conllevan a una aplicación dispar y, a veces, contradictoria de las normas de determinación de la pena. De existir claridad en cuál o cuáles fines de la pena deben regir en esta materia, estableceríamos una importante directriz interpretativa que subsanaría la falta de uniformidad de criterios de la jurisprudencia y, de esta forma, se resguardaría el principio de igualdad ante la ley.

## **2. Soluciones en Derecho Comparado**

Como se ha señalado en nuestra hipótesis, la vulneración a los principios de un Estado democrático de derecho, y -como hemos podido apreciar en los apartados 1 y 2 de este Capítulo- gran parte de las irregularidades presentes en nuestro sistema de determinación de la pena derivan de la inobservancia de los fines de la pena. Consideramos que la incorporación de éstos de una manera clara y racional, permitirían solucionar las falencias de nuestro sistema.

La forma en que deben intervenir o ser considerados los fines de la pena, forma parte de la propuesta de nuestra investigación.

Antes debemos señalar que, la idea de incorporar los fines de la pena a los sistemas de determinación de ésta, ya ha sido tomada en cuenta por el sistema alemán, por lo que en primer lugar haremos referencia a la forma en que éste ha realizado tal incorporación. En segundo lugar, consideramos pertinente hacer referencia a algunas de las teorías denominadas " eclécticas " o

"mixtas", estudiadas en el Capítulo I de esta investigación, las cuales dan aplicación a diversos fines de la pena, dependiendo de la fase de determinación de ésta.

## **2.1 Sistema Alemán**

El proceso para determinar la pena dentro del sistema alemán se estructura en 3 fases. En primer lugar, debe determinarse los fines de la pena; en segundo lugar, los factores que influyen en la determinación de la pena y, por último, el examen de los considerandos de la sentencia en los que se basa la determinación de la pena.

El punto de partida es la determinación de los fines de la pena. La pena sirve, en primer término, como retribución, por lo que se atribuye a la culpabilidad una función fundamentadora y a la vez limitadora de la pena. Además debe tenerse en cuenta el fin preventivo especial, debiendo la pena contribuir a la resocialización del hechor. Finalmente, la prevención general también debe ser considerada al momento de determinar la pena, sirviendo al fortalecimiento de la conciencia jurídica de la comunidad.

En segundo lugar, deben fijarse los factores que influyen en la determinación de la pena y que, relacionadas con los fines de la pena, tendrán importancia para determinar el tipo de pena aplicable y su gravedad.

En último lugar, será necesario analizar los considerandos de la sentencia en que se fundamenta la determinación de la pena. En ellos el juez debe señalar cómo valoró y ponderó los factores y de qué manera los relacionó con los fines de la pena.

El apartado 1 del artículo 46 del Código Penal alemán dispone que el fundamento de la pena en este sistema es la culpa del autor, siendo ésta, además, la base para su individualización. La medida de la pena debe corresponder a la medida de la culpabilidad y, en ese sentido, el Código Alemán establece como fin primordial de la pena a la retribución. Pero, además esta misma disposición añade que deben tomarse en cuenta, para determinar la pena, fines de prevención especial, agregando que deben tomarse en consideración los efectos que pueda tener la pena en la vida futura del reo en sociedad. La prevención general no es citada por esta norma, pero no puede prescindirse de ella, pues constituye el fin de la pena que realiza de modo más directo la misión del Derecho Penal de proteger el orden jurídico.<sup>100</sup>

## 2.2 Teorías Mixtas

Dos son las grandes orientaciones dentro de estas teorías:

La **posición conservadora** establece que la protección de la sociedad debe realizarse a través de la retribución, y los fines de prevención sólo juegan un papel complementario en la determinación de la pena, en tanto

---

<sup>100</sup> Op. Cit., página 1200

que la **posición progresista** sostiene que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y la retribución opera únicamente como límite máximo de las exigencias de la prevención, con el fin de impedir que se imponga una pena superior a la merecida por el hecho cometido. Esto permite disminuir o incluso prescindir de la pena por debajo de lo que exigiría la retribución.

La **Teoría Dialéctica de la Unión** establece que en la conminación legal la ley penal no podría ser medio de retribución del delito ni de resocialización del autor, por lo que el fin de la pena es la protección de bienes jurídicos, la cual sólo podrá buscarse a través de la prevención general. La aplicación judicial sirve de complemento al fin de prevención general propio de la conminación legal. Sin embargo en la determinación de la pena el juez tiene un límite: que la pena no sobrepase la culpabilidad del autor. Éste es el único aspecto de la retribución aceptado por Roxin. Además Roxin reconoce la importancia de la prevención especial en el momento de la determinación judicial de la pena. Finalmente en la fase de ejecución, predomina la idea de la prevención especial, tendiente a la resocialización del autor del delito.

La **Teoría de la Diferenciación** establece que el legislador debe operar con miras de prevención general, mientras que el juez debe operar con criterios de justicia y de prevención especial. Por su parte los organismos penitenciarios deben operar ante todo con criterios de prevención especial.

Las **Teorías Alemanas**, por su parte, establecen lo siguiente:

- Teoría de la pena exacta o puntual (Punkstrafe)

El juez debe hallar la pena que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto. Esta teoría es esencialmente retribucionista. Algunos de sus partidarios consideran la posibilidad de que una vez determinada la “pena justa”, ésta pueda ser modificada por el juez en base a criterios preventivos, siempre que no se aleje excesivamente del punto adecuado a la culpabilidad.

- Teoría de la culpabilidad como límite máximo de la pena

A diferencia de la anterior teoría, la culpabilidad opera únicamente como límite máximo de la pena, por lo que la pena “no necesaria” desde el punto de vista preventivo debería dejar de imponerse.

- Teoría del espacio de juego (Spielraumtheorie)

La pena ajustada a la culpabilidad no es una pena exacta, sino que comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo. Dicho marco constituye para el juez un espacio de juego, dentro del cual puede moverse para graduar la pena según criterios preventivos, Esta teoría admite diversas variantes:

- considerar la culpabilidad como base de la pena exigida por la retribución

- considerar la culpabilidad como base de la pena exigida por la prevención general

- Teoría del valor posicional o de los niveles de incidencia (Stellungswerttheorie)

Asigna a la culpabilidad la determinación de la pena en sentido estricto, es decir, decidir por si sola la duración de la pena. Por su parte



la prevención especial decide, también por si sola, la determinación de la pena en sentido amplio, es decir, la decisión acerca de si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida.

## **CONCLUSIONES**

Al finalizar la presente investigación, es necesario precisar si la hipótesis planteada inicialmente ha sido verificada o desvirtuada. La hipótesis fue la siguiente:

**El sistema de determinación de penas del Código Penal chileno no es coherente con un Estado Democrático de Derecho, ya que con su aplicación algunos de sus principios se ven vulnerados, debido, principalmente, a la inobservancia de los fines de la pena.**

Cada uno de los capítulos de esta investigación ha tenido por objeto, por una parte, exponer y analizar diversos elementos que permitan comprender los orígenes, estructura y aplicación del sistema de determinación de penas chileno; mientras que por otra, buscan realizar un análisis de los factores necesarios para poder verificar o desvirtuar nuestra hipótesis de trabajo.

De esta manera, el Capítulo I titulado "Elementos de un Estado Democrático de Derecho atinentes al sistema de determinación de la pena", analiza cuáles son los elementos relevantes que se relacionan directamente con el sistema de determinación de la pena en Chile, elementos que son mencionados en la hipótesis de trabajo, desde que ella se refiere tanto a los fines de la pena, así como a los principios de un Estado Democrático de

Derecho.

Por su parte, el Capítulo II titulado "Análisis teórico de la determinación de la pena", recoge las distintas teorías que a lo largo del tiempo han surgido como respuesta a la problemática de la determinación de la pena. Este capítulo es el que permite enmarcar al sistema chileno dentro de alguna de las teorías que doctrinariamente se han elaborado en relación a la determinación de la pena, marco que permite explicar tanto la forma en que el sistema funciona, destacando sus fortalezas, pero por sobre todo, permite comprender cuáles son sus debilidades, y las posibles formas de solucionarlas, teniendo como parámetro el funcionamiento de otros sistemas que se encuentran dentro del mismo marco que el nuestro.

El Capítulo III titulado "Análisis de la determinación de la pena en Chile", realiza un estudio profundo de cada una de las disposiciones del Código Penal chileno, que conforman el sistema de determinación de penas. Este capítulo es fundamental para poder determinar si la hipótesis se verifica o no, ya que es necesario comprender cómo funciona nuestro sistema de determinación de penas, para posteriormente realizar las críticas pertinentes.

Finalmente, el Capítulo IV, titulado "Relación del sistema de determinación de la pena en Chile con un Estado Democrático de Derecho", analiza diversas situaciones en las cuales pudieran verse vulnerados algunos de los principios de un Estado Democrático de Derecho por parte del sistema de determinación de penas chileno, y cómo esto se encuentra directamente relacionado con los fines de la pena. Este es el capítulo que finalmente nos

permitió verificar la hipótesis de esta investigación toda vez que demostró que existe una vulneración a algunos de los principios de un Estado Democrático de Derecho, estudiados en el Capítulo I.

En este orden de ideas, cabe señalar que, como ha quedado demostrado en el Capítulo IV, los principios de un Estado Democrático de Derecho se ven vulnerados. En algunos casos la infracción se produce con la estructuración del sistema de determinación de penas; en otros, se observa al efectuar la determinación de la pena para cada caso concreto. Ha quedado demostrado que tales infracciones se verían atenuadas o no existirían si nuestro Sistema Penal tuviera claridad respecto a la opción de Política Criminal que, como Estado Democrático de Derecho, debe adoptar. En ese sentido, consideramos que una manifestación de dicha claridad debiera verse reflejada en la adopción de los fines de la pena que apunten a la satisfacción de dicha opción.

Si se diera aplicación a los fines de la pena en la estructuración del sistema, existiría una directriz, que permitiría, frente a problemas derivados de la interpretación de la ley penal, optar por la opción que sea más respetuosa de los principios de un Estado Democrático de Derecho. Las infracciones a dichos principios podrían desaparecer, o al menos verse atenuadas sin necesidad de incorporar normas casuísticas que, por lo demás, jamás serían suficientes para abarcar cada una de las situaciones particulares, ni tendrían la flexibilidad necesaria para adaptarse a los cambios que toda sociedad experimenta.

Si bien es cierto, la consagración de una directriz interpretativa no asegura que no se infrinjan los principios de un Estado Democrático de Derecho, por lo menos establece una posibilidad cierta de controlar la vulneración de ellos, mediante, por ejemplo, la interposición de un Recurso de Casación en el Fondo en el antiguo proceso penal, o un Recurso de Nulidad en el nuevo proceso penal, lo que permitiría garantizar a los ciudadanos el cumplimiento de los derechos que emanan de su calidad de ser humano.

Partiendo de la base que el sistema de determinación de pena chileno ya se encuentra estructurado, y por ende resulta complejo incorporar alguno de los fines de la pena, consideramos que una alternativa es incorporarlos al momento de realizar la determinación de ésta. De esta forma, pensamos que la retribución debe primar en la determinación abstracta de la pena, por estimar que es el fin que más se ajusta a Derecho, toda vez que sólo ve a la pena como un fin en sí misma y no como un instrumento para otro fin, asignándole un propósito de retribución exigido por la justicia, en donde el mal no debe quedar sin castigo. Es necesario señalar que en este sentido opinamos que la retribución no determina concretamente una pena exacta, sino sólo un rango de pena aplicable que satisface la medida de culpabilidad.

La prevención especial también debe ser considerada al momento de determinar concretamente la pena, una vez que ya se ha establecido el rango en base a criterios retribucionistas. Esto porque, no debemos olvidar que la pena se aplica a un individuo único e irrepetible, en un caso concreto, con características particulares, que hará que la pena justa varíe entre uno y otro extremo del rango de pena adecuado a la culpabilidad. Debemos tener en cuenta que el Derecho Penal se aplica a personas, lo cual no implica que

abogamos por el Derecho Penal de autor, es por ello que en algunos casos la prevención especial podría permitir la aplicación de una pena inferior al mínimo establecido de acuerdo a las exigencias de la retribución, o incluso permitir la no imposición de una pena, siempre y cuando esto se justifique en base a las particulares necesidades del individuo.

Estimamos que la prevención general debe ser descartada, ya que, considera que la pena es un medio para el cumplimiento de ciertos intereses sociales y cuando se castiga a un individuo para intimidar o disuadir a otros, se lo emplea como un medio y la persona debe ser siempre un fin en sí misma. Además, estimamos que la idea de la prevención general se ve satisfecha con la sola imposición de una condena justa, es decir, cuando la pena se adecua a la medida de culpabilidad. No debemos olvidar que la prevención general requiere de límites que no pueden extraerse de su propia lógica y que deben ser externos, como la culpabilidad o la proporcionalidad. Por otra parte, existe el riesgo de una progresiva exasperación de las penas con el objeto de aumentar la coacción psicológica y el correspondiente efecto disuasivo. Todas estas razones nos llevan a argumentar contra la aplicación de criterios preventivos generales.

Por último, tenemos la convicción que los problemas existentes en el sistema de determinación de la pena son sólo un reflejo de las debilidades de nuestro Derecho Penal, derivadas de una incoherencia entre la Política Criminal implementada por nuestro país y la consagración constitucional de Chile como un Estado Democrático de Derecho. Si bien la solución planteada por esta investigación sugiere establecer con claridad cuales deben ser los fines de la pena que orientan la determinación de ésta, estimamos que es necesaria una

reforma global y sustantiva, que abarque todos los aspectos del Derecho Penal, única vía para lograr el respeto a los principios de un Estado Democrático de Derecho.

## **BIBLIOGRAFÍA**

\*ALVAREZ UNDURRAGA, GABRIEL. Curso de Investigación Jurídica.  
Segunda Edición.

Editorial Lexis Nexos. Santiago, Chile, Marzo 2005

\*ANTÓN ONECA, JOSÉ. Derecho Penal.

Segunda Edición.

Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1986

\*ARBOLEDA RIPOLL, FERNANDO. Sistema Penal y Política Criminal.

Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional

\*BACIGALUPO, ENRIQUE. Derecho Penal y el Estado de Derecho.

Primera Edición.

Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Marzo, 2005

\* BACIGALUPO, ENRIQUE. Derecho Penal Parte General.

Segunda Edición.

Editorial Hammurabi SRL. Buenos Aires, Argentina, Agosto, 1999



\* BACIGALUPO, ENRIQUE. Principios de Derecho Penal.

Segunda Edición.

Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1990

\* BACIGALUPO, ENRIQUE. Principios Constitucionales de Derecho Penal.

Editorial Hammurabi SRL. Buenos Aires, Argentina, Febrero, 1999

\*BAIGÚN, DAVID

GARCÍA PABLOS, ANTONIO

PIERANGELI, JOSÉ

ZAFFARONI, EUGENIO

De las penas.

Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1997

\*BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO. Problemas actuales de Derecho Penal.

Primera Edición.

Ediciones Jurídicas de Santiago. Salamanca, España, 2006

\* BERISTAIN, ANTONIO. Derecho Penal y Criminología.

Editorial Temis, S.A. Bogotá, Colombia, 1986

\*BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. Curso de Política Criminal.

Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2003

\*BULLEMORE, VIVIAN. Curso de Derecho Penal. Tomo I. Parte General.  
Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile, 2005

\*BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. Control Social y Sistema Penal.  
Primera Edición.  
Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona, España, Octubre, 1987

\*BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. Manual de Derecho Penal. Parte General.  
Cuarta Edición.  
Editorial PPU. Barcelona, España, 1994

\*COBO DEL ROSAL, MANUEL. Derecho Penal. Parte General.  
Cuarta Edición.  
Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1996

\*CUELLO CALÓN, EUGENIO. Derecho Penal. Tomo I. Parte General.  
Decimoquinta Edición.  
Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1968

\*CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal. Parte General.  
Tomo I. Primera Edición.  
Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Agosto 1982

\*CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal. Parte General.  
Tomo I. Segunda Edición.  
Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Marzo 1992

\*CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal. Parte General.  
Tomo II. Segunda Edición.  
Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Abril 1997

\*DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. El Derecho Penal ante el sexo.  
Bosch Casa Editorial, S.A.

\*ETCHEBERRY, ALFREDO. Derecho Penal. Parte General.  
Tomos I y II. Tercera Edición.  
Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Marzo 1998.

\*GARRIDO MONTT, MARIO. Derecho Penal. Parte General.  
Primera Edición.  
Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1997

\*GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. Introducción a la Parte General del  
Derecho Penal Español.  
Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones,  
España, 1979

\*GRISPIGNI, FILIPPO. Derecho Penal Italiano. Volumen I.  
Traducido de la Segunda Edición Italiana  
Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1949

\*HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO. Metodología de la Investigación.  
Tercera Edición.  
Mc Graw Hill editores, México, 2003

\*JAKOBS, GÜNTHER. Fundamentos del Derecho Penal.  
Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina, 1996

\*JAKOBS, GÜNTHER. Sobre la teoría de la pena.  
Traducción de Manuel Cancio Meliá  
Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho  
Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, Colombia, 1998.

\*JESCHECK, HANS-HEINRICH. Tratado de Derecho Penal. Parte General.  
Volumen Primero y Segundo.  
Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, España, 1981

\*LABATUT GLENA, GUSTAVO. Derecho Penal. Tomo I.  
Novena Edición.  
Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Abril 1990

\*LMO ABOGADOS. Aplicación del principio del non bis in idem en un proceso penal respecto de hechos por los que se ha impuesto previamente una sanción administrativa [en línea]

< <http://www.lmo.cl/content/view/254/27/>>

[consulta: 05 octubre 2008]

\*LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. Curso de Derecho Penal. Parte General I.  
Editorial Universitas S.A., Madrid, España, 1996

\*LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, JACOBO  
ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL.

Dogmática y Ley Penal.

Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España, 2004

\*MAGGIORE, GIUSEPPE. Derecho Penal. Volumen II.  
Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1954

\*MAURACH, REINHART. Tratado de Derecho Penal.  
Ediciones Ariel S.A. Barcelona, España, 1962

\*MERKEL, ADOLF. Derecho Penal Parte General.  
Editorial BDF, 2004

\*MEZGER, EDMUND. Derecho Penal. Libro de Estudio Parte General.  
Traducción de la Sexta Edición alemana, 1955  
Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina, Julio 1958

\*MINISTERIO DE JUSTICIA. Código Penal.  
Decimoctava edición oficial. Especial para estudiantes.  
Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002

\*MINISTERIO DE JUSTICIA. Código Procesal Penal.  
Cuarta edición oficial. Especial para estudiantes.  
Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006

\* MINISTERIO DE JUSTICIA. Constitución Política de la República de Chile.  
Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002

\*MIR PUIG, SANTIAGO. Derecho Penal. Parte General.  
Quinta Edición.  
REPERTOR. Barcelona, España, 1998

\*MIR PUIG, SANTIAGO. Función de la pena y teoría del delito en el Estado  
social y democrático de derecho.  
Segunda Edición.  
Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, España, 1982

\*MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Derecho Penal Parte General.  
Segunda Edición.  
Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1996

\*NOVOA MONREAL, EDUARDO. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte  
General.  
Tomo II  
Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005

\*OUVIÑA, GUILLERMO ET AL. Teorías actuales en el Derecho Penal.  
Primera Edición.  
Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina, Mayo, 1998

\*PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE [en línea]  
< [http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados\\_causas.php](http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados_causas.php) >  
[consulta: 06 octubre 2008]

\*POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO. Derecho Penal.  
Editorial Jurídica ConoSur. Santiago, Chile, 1997

\*POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO.

ORTIZ QUIROGA, LUIS.

Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro I. Parte General.

Primera Edición.

Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Abril, 2002

\*RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL. Función y aplicación de la pena.

Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1993

\*RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. Delitos Sexuales de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley N° 19.617 de 1999.

Primera Edición.

Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, Agosto, 2000

\*RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA. Derecho Penal Español. Parte General.

Décima Edición.

Editorial Dykinson. Madrid, España, 1986

\*ROXIN, CLAUS. Derecho Penal Parte General. Tomo I.

Primera Edición.

Editorial Civitas, S.A. Madrid, España, 1997



\*ROXIN, CLAUS. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal.

Traductor Muñoz Conde.

Instituto Editorial Reus S.A. Madrid, España, 1981

\*SAUER, GUILLERMO. Derecho Penal. Parte General.

Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1956

\*UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO. Problemas actuales de Derecho Penal.

Mayo 2003

\*UNIVERSIDAD DE TALCA. Ius et Praxis. Derecho en la Región.

Año 4 N° 2, 1998

\*UNIVERSIDAD DE TALCA. Ius et Praxis. Derecho en la Región.

Año 7 N° 2, 2001

\*WELZEL, HANS. Derecho Penal Alemán. Parte General.

Undécima Edición. Cuarta Edición Castellana.

Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, Marzo, 1997

\*ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Derecho Penal. Parte General.  
Segunda Edición  
EDIAR S.A. Editora. 2002

\*ZIFFER, PATRICIA. Lineamientos de la determinación de la pena.  
Segunda Edición  
Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina, 1999