61

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Las penas: determinación, aplicación y ejecución en adultos y adolescentes

Tania Gajardo Orellana
Francisco Hermosilla Iriarte

ACADEMIA JUDICIAL CHILE

2024

Tania Gajardo Orellana

Abogada, Universidad de Chile. Asesora de la Fiscalía Nacional de Chile. Doctora en Derecho Universidad de los Andes. Docente de la Academia Judicial.

Francisco Hermosilla Iriarte

Abogado, Universidad de Chile. Juez del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso. Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Valparaíso. Docente de la Academia Judicial.

ACADEMIA JUDICIAL CHILE

Las penas: determinación, aplicación y ejecución en adultos y adolescentes
MATERIALES DOCENTES 61

© Tania Gajardo Orellana y Francisco Hermosilla Iriarte, por los textos, 2024

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2024

Amunátegui 465, Santiago de Chile
academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

EDICIÓN Y DISEÑO: DER Ediciones | derediciones.com

Todos los derechos reservados.

Resumen

La determinación de las penas es una de las materias más problemáticas del derecho penal, en la que se conjugan reglas y normas de la parte general y especial.

Estas reglas —determinadas en el Código Penal y en leyes especiales—, han sido motivo de preocupación desde su dictación, sobre todo respecto a la labor de la judicatura en su determinación y aplicación. Con esta obra se pretende otorgar herramientas al lector para abordar este tema, desde las teorías que intentan dar un sentido a la pena hasta los aspectos prácticos, tanto en el régimen de adultos como de adolescentes. Comienza con un repaso de las teorías de la pena tradicionales y de las actuales visiones críticas; luego se trata el sistema de penas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se sigue con las reglas de determinación legal y judicial de la pena en adultos. En este punto se habla del uso de un doble juego de reglas para la determinación de la pena: por una parte, las que permiten la fijación legal de la pena y, por el otro, las reglas de individualización judicial de la pena. Estas últimas son las que utilizan los jueces y las juezas. Para el caso de los adultos se identifican, al menos, 23 variables que inciden en la determinación de la sanción aplicable. También se hace referencia a cuáles son las notas diferenciales de la determinación de la pena en la responsabilidad penal adolescente. Y se trata —de manera sucinta— el régimen de penas sustitutivas de la Ley N° 18.216. Finalmente, se destina el último capítulo a la justicia penitenciaria como un gran ausente en Chile.

Contenido

8 *Introducción*

10 CAPÍTULO 1
Teorías tradicionales de la pena y visiones críticas: concepto de pena y sus distintas clasificaciones y categorías
10 Derecho penal y castigo. ¿Relación indisoluble?
13 Justificación de la pena: teorías tradicionales
19 Teorías mixtas y cuestionamientos actuales al castigo penal
24 Concepto, características y clasificaciones de las penas

38 CAPÍTULO 2
Factores generales y particulares que inciden en la aplicación judicial de la pena
38 Edad del infractor
39 Autoría y participación
41 El iter criminis
44 La concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad y la prescripción de algunas de ellas
50 Análisis de parentesco o relación entre el hechor y la víctima

52 CAPÍTULO 3
Concurso de delitos
53 Concurso aparente de leyes penales
54 Concurso real o material de delitos
57 Concurso ideal o formal de delitos
58 Casos especiales de unidad jurídica de acción
60 Casos hipotéticos de aplicación de reglas concursales
65 La perspectiva de género en casos prácticos
68 Incidencia de la perspectiva de género en la determinación de las penas en el derecho penal chileno

74 CAPÍTULO 4
Sistema de penas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas
74 ¿Por qué responsabilidad y no imputación?
78 ¿Cuál es la relevancia del sistema?

82 Modelo de atribución de responsabilidad penal consagrado en la Ley Nº 20.393
86 Determinación de las penas para las personas jurídicas
93 Cómo se determina la pena dependiendo de el o los delitos por los que se condene a una persona jurídica y qué reglas influyen en la determinación
95 Las penas en particular de las personas jurídicas
97 Casos destacados

102 CAPÍTULO 5
Reglas de determinación legal y judicial de la pena en adultos
106 La determinación del castigo en adultos
107 Conceptos básicos para la determinación de la pena de adultos
109 Las penas del Código Penal se clasifican en tres escalas
112 Duración de las distintas penas según el Código Penal
112 Penas principales y penas accesorias
113 Definición, naturaleza y efectos de algunas penas
115 Las penas se dividen en grados
116 Las penas divisibles y los grados de las penas
116 Duración en días de las penas privativas de libertad
117 Las escalas graduales de penas
117 ¿Cómo se aplican las penas?
127 Cuatro fórmulas para calcular el mínimum y el máximum
132 Problema de grados y penas divisibles e indivisibles: aplicación del artículo 68 del Código Penal
133 Atenuante muy calificada del artículo 68 bis del Código Penal
134 Fijación judicial de la sanción: el *quantum*
135 El actual artículo 69 del Código Penal
136 Variables para tener en cuenta al calcular una pena
173 Problemas más relevantes en la aplicación de penas
184 Otras normas del Código Penal que alteran el cálculo de penas
185 El procedimiento abreviado del Código Procesal Penal como un caso de alteración de las normas generales de aplicación de penas
188 Rol judicial en la aplicación y comunicación de la pena

193 CAPÍTULO 6
Notas diferenciales de la determinación de la pena en la responsabilidad penal adolescente
196 Marco de aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes
197 Normas diferenciales de la pena de los adultos
201 Análisis de la pena y sanción probable para cada autor

204 Las distintas sanciones en la Ley Nº 20.084 de Responsabilidad Penal de los Adolescentes (LRPA)
208 Las sanciones mixtas
209 Límites de las distintas sanciones
209 Derechos de los adolescentes en la ejecución de las sanciones
210 Los factores que se deben tomar en cuenta para calcular la sanción de un adolescente
210 Catálogo de sanciones del artículo 23 de la Ley Nº 20.084
212 Criterios de determinación de la pena
215 Ley de violencia en los estadios y los menores adolescentes
215 Casos de aplicación práctica en la determinación judicial de la sanción de adolescentes
226 Servicio de reinserción social juvenil (Ley Nº 21.527)
229 La determinación de pena para adolescentes luego de la reforma introducida por la Ley Nº 21.527 a la LRPA Nº 20.084
238 Ejemplos de aplicación práctica de sanciones para adolescentes con la nueva normativa luego de la Ley Nº 21.527

250 CAPÍTULO 7
Régimen de sustitución de penas de la Ley Nº 18.216
250 Planteamiento
251 ¿Cuáles son las penas sustitutivas?
252 Excepciones al otorgamiento de penas sustitutivas contempladas en la Ley Nº 18.216
255 Locución "condenas cumplidas": comentario de sentencia
259 Caso de exclusión de la pena sustitutiva de remisión condicional
262 Suspensión de pena sustitutiva por un año contemplada en la Ley Nº 18.290
262 Cuadros de las penas sustitutivas de la Ley Nº 18.216 y la mixta
266 Análisis crítico del régimen sustitutivo de la remisión condicional de la pena y su interacción con la salida alternativa de la suspensión condicional del procedimiento
271 Incumplimiento y revocación de penas sustitutivas
272 Quebrantamiento de la pena sustitutiva
272 Casos de aplicación de la Ley Nº 18.216 y régimen recursivo a su respecto
274 Jurisprudencia sobre penas sustitutivas

282 CAPÍTULO 8
Derecho penitenciario: el gran ausente
282 Concepto de derecho penitenciario
283 Los tratados internacionales ratificados por Chile en el contexto penitenciario

306 Principal normativa nacional penitenciaria
307 Organización de los establecimientos penitenciarios (Decreto Supremo Nº 518)
313 Sistema de reinserción social de los condenados
315 El rol de los juzgados de garantía en el derecho penitenciario
320 Gendarmería de Chile
321 Hacia una justicia penitenciaria
325 Tutela judicial de los derechos de los condenados y recursos existentes
328 Alguna jurisprudencia en fase de cumplimiento de sanciones para condenados

343 *Anexos*

412 *Bibliografía*

Introducción

La determinación de las penas es una de las materias más problemáticas del derecho penal, en la que se conjugan reglas y normas de la parte general y especial. Estas reglas –determinadas en el Código Penal– han sido motivo de preocupación desde su dictación, sobre todo respecto a la labor de la judicatura en su determinación y aplicación. En efecto, el mensaje del Código señala:

> "[…] es indispensable confiar a la rectitud y al sano criterio del magistrado gran parte de lo que debiera en rigor hallarse consignado en la ley, pues no hay precepto alguno general, por claro y perfecto que se suponga, que pueda suplir a la apreciación juiciosa de los hechos, propia sólo del tribunal que los ve y los pesa".

Precisamente por esto es que la tarea de juzgar es delicada. Se trata una labor realizada por hombres y mujeres y, por lo mismo, es falible. Es necesario el esfuerzo por ser lo más justos posible, pues la mayoría de las sanciones equivalen a privaciones de ciertos derechos, algunos inalienables para todo ser humano, como la libertad ambulatoria, cuya privación es la sanción más grave tras la derogación casi total de la pena de muerte.

Los jueces y las juezas penales, así como los demás operadores del sistema, encontrarán en este material las diferencias fundamentales entre la aplicación de las penas de adultos y la aplicación de las sanciones especiales de los adolescentes. En la criminalidad actual hay una alta tasa de comisión de delitos graves con adolescentes implicados, ya sea con otros adolescentes o bien con adultos, situación que justifica el aumento de las penas, tal como lo indica la modificación del artículo 72 del Código Penal de abril 2022.

El material también hace referencia al régimen de penas de las personas jurídicas y da cuenta de que la tendencia legislativa es aumentar el catálogo de delitos por las que pueden ser juzgadas.

Por otra parte, se alude a la aplicación de las penas sustitutivas, ya sea como una estrategia para no aplicar la medida cautelar personal de la prisión preventiva o bien para evitar –en el caso de primerizos– una

contaminación con pares criminógenos que impidan adecuadamente una resocialización del sujeto responsable.

Adicionalmente, la magistratura y los demás actores del proceso deben preocuparse de la nueva manera en que los justiciables aparecen en el sistema penal: por vías tecnológicas como las videoconferencias. Esto podría incidir en la decisión de mantener a los imputados en prisión preventiva con tal de asegurar los fines del procedimiento, así como en la posibilidad de ser custodiados a través de tecnología o medios telemáticos.

Las normas y reglas que componen la materia son relevantes y es imperativo para los jueces y juezas penales, así como para los demás operadores del sistema, conocerlas y dominarlas en profundidad. Este material de consulta busca aportar en el logro de ese objetivo.

Para ello se contempla una primera parte teórica y de problemas dogmáticos relacionados con la determinación y aplicación de las penas. Luego, se desarrollan dos ejes: uno que se ocupa de los regímenes de responsabilidad penal, como el sistema de sanciones penales aplicable a los adultos, y otro que revisa las sanciones aplicables a los adolescentes y las personas jurídicas.

Más adelante, y de una manera más bien práctica, el documento se ocupa de la determinación de las penas de los adultos, teniendo en cuenta el sistema de reglas que da forma a las penas y dirige la actuación de la judicatura.

A continuación, se revisan las dificultades de conjugar un régimen de sustitución de penas con un sistema general de salidas alternativas y anticipadas, con sus modificaciones, excepciones y recursos. Lo anterior, desde el análisis crítico que implica conjugar el sistema procesal penal actual con las salidas anticipadas con la Ley Nº 18.216 y sus modificaciones.

El último apartado se encarga de la ejecución de las penas y la falta de tribunales de cumplimiento, con las limitaciones que ello implica para los derechos de las personas privadas de libertad ambulatoria. Se enfatiza que, frente a la falta de tribunales de cumplimiento, la labor de los jueces y juezas penales –orales y de garantía– debe ser especialmente cuidadosa durante la prisión preventiva de las personas imputadas, fundamentalmente, los jueces y juezas de garantía en la fase de cumplimiento de la sanción, entregada a su competencia el Código Orgánico de Tribunales y el Código Procesal Penal.

Capítulo 1

Teorías tradicionales de la pena y visiones críticas: concepto de pena y sus distintas clasificaciones y categorías

Derecho penal y castigo. ¿Relación indisoluble?

El derecho penal, tal cual lo conocemos, está ligado por definición a la idea de una pena. Es eso lo que automáticamente se contesta frente a la pregunta de qué distingue al derecho penal de otras ramas del derecho: la posibilidad de aplicar, por ejemplo, penas corporales, restringiendo derechos o privando absolutamente de alguno de ellos, como en las penas privativas de libertad.

Es la rama del derecho en la que se estudia qué conductas –discursivamente identificadas como las más graves– serán sancionadas con una pena. En esta disciplina se conocen las reglas generales aplicables a cualquier hecho con relevancia penal, y se determina qué conductas podrían generar las condiciones legítimas para que, posterior a un juicio de imputación, pueda imponerse una sanción grave al sujeto realizador de la conducta reprochable.

La posibilidad del Estado de castigar con una pena –restringiendo o privando de derechos al sujeto activo de un delito o imponiendo acciones de otro tipo– es parte esencial del derecho penal. Por ello, la disciplina contiene diversas reglas, límites y principios que deben atenderse, los que, además, provienen de dos ejercicios estatales distintos: el marco legal establecido por el legislador y el criterio judicial.

En este sentido, la pena y las condiciones en las que puede imponerse de manera "justa" es materia de reflexión tanto de la filosofía jurídica como del derecho penal. Se concibe que las conductas tipificadas penalmente a las que se asocia la imposición de una pena contienen un mensaje cuyo contenido es una prohibición. Contravenir esa prohibición sin autorización legal significa realizar una conducta antijurídica que por su propia gravedad ha sido tipificada y tiene asociada la posibilidad de aplicar una pena.

Con todo, lo antijurídico de una conducta no es privativo del derecho penal; las conductas contrarias al derecho son transversales a todas las ramas. Justamente, lo que distingue al derecho penal es que ciertas conductas contrarias al derecho –consideradas como más graves– han sido descritas bajo la fórmula de tipos penales y se asocia la imposición de una pena a su realización (imputable y sin justificación legal).

En otras palabras, materias como el enriquecimiento ilícito, la buena fe y la protección de la propiedad son tratadas –y sancionadas– de manera distinta en otras áreas del derecho según su gravedad. Solo una pequeña parte de las conductas atentatorias contra estos bienes jurídicos es tratada por la vía penal, tipificándolas y asignándoles una pena.

En este contexto, surge la interrogante acerca de si entre el derecho penal y la pena hay una relación indisoluble. Aparentemente, la respuesta es sí. Esta afirmación contrasta con el hecho de que, actualmente, el derecho procesal penal chileno ofrece otras alternativas frente a actos constitutivos de delito, distintas a las clásicas penas restrictivas o privativas de libertad. De hecho, no es un número marginal de casos los que terminan en acuerdos reparatorios o suspensiones condicionales, sin llegar a una pena, o bien los que, llegando a una sentencia condenatoria en la que se impone una pena, terminan con otras medidas menos gravosas en virtud de la Ley Nº 18.216, es decir, sin la aplicación efectiva de la pena asociada al delito.

De alguna manera, la reflexión central acerca de la finalidad, justicia y utilidad de las penas se restringe a una parte de los casos en los que realmente se aplica una sanción penal. En la práctica forense, otro grupo no menor de casos termina en suspensiones condicionales, es decir, con la obligación de la parte imputada de cumplir ciertas condiciones, que, si bien pueden restringir sus derechos o imponerles obligaciones, no se consideran penas. Otro tanto termina a través de acuerdos reparatorios, lo que implica una obligación de dar, pero no una restricción de derechos, ni menos una pena. Todo eso, considerando el universo de potenciales acreedores de sanciones penales.

De igual forma, no es menor el grupo que termina condenado a una pena, en general privativa de libertad, pero que, en virtud de la Ley Nº 18.216, puede ser sustituida por otras obligaciones o restricciones de libertad menos gravosas. En este caso, se trata de penas remitidas.

En definitiva, en la actualidad, la pena como concepto indisolublemente ligado al derecho penal existe más en la teoría que en la práctica.

Son muchos más los casos que terminan con salidas distintas a las penas que aquellos cuyo fin es una pena efectiva. Sin embargo, la pérdida de la libertad ambulatoria es altamente frecuente como medida cautelar, a modo de prisión preventiva, y alcanza las cifras de las personas privadas de libertad vía condena. La privación de libertad como medida cautelar no es procedente en ninguna otra rama del derecho, solo en el derecho penal. De esta forma, parece ser que más que la imposición de una pena, lo propio del derecho penal es la privación de la libertad ambulatoria.

El concepto de delito y de punibilidad de una conducta tipificada refieren a un grado mayor de injusto que otra antijuridicidad que no tiene asociada una pena. En ese sentido, la pena tiene una misión comunicativa simbólica. Aunque su aplicación sea menor, dada la posibilidad de salidas alternativas y de sustitución, la pena sigue estando asociada al delito tanto como una posibilidad de sanción, como de comunicación a la sociedad acerca de qué hechos son considerados graves e intolerables y, por ello, tienen asociada una sanción penal, es decir, de mayor gravedad.

Filosóficamente, el *sentido* de la pena no es lo mismo que en derecho penal se estudia como *finalidad* de la pena. Para Guzmán Dalbora[1], el sentido de la pena encuentra su razón en la idea misma del derecho. Para el autor, los fines de justicia, comunicación simbólica, utilidad o prevención no dan una justificación apropiada a la pena; el sentido de ella provendría del concepto de humanidad, y este, por su parte, está asociado a los conceptos de retribución del delito y a la reparación del daño causado por el delito.

Las teorías que intentan dar una justificación o finalidad a las penas intentan responder a las preguntas: ¿por qué se entiende como legítimo o correcto que el Estado pueda imponer una pena a los sujetos que han cometido un delito? ¿Por qué el Estado puede inferir un mal a sujetos que han hecho un mal? ¿Se podría reaccionar de otra manera? La sanción es tan grave –encerrar a los sujetos, privarlos totalmente de su libertad ambulatoria– que, justificar su adopción como medio de control social, es un tema que históricamente ha suscitado interés.

Incluso si no se priva de la libertad al sujeto y, en vez, se le priva de sus bienes o se le imponen ciertas condiciones, sea cual sea la pena que se aplique, finalmente, se trata de coerción por parte del Estado para que un ciudadano condenado en juicio por haber cometido un delito cumpla

1 Guzmán (2017), p. 1.

con alguna de las sanciones que se señalan. La amenaza del uso de la fuerza en contra de la ciudadanía a fin de que se cumpla con la norma es latente en el ámbito penal. Este nivel de violencia ejercida por el Estado al condenado por un delito es el máximo nivel en todo el ordenamiento jurídico, por lo que es plenamente justificado que se intente definir una base argumentativa que le otorgue legitimidad.

Las horas dedicadas por filósofos y penalistas a este tema vuelven simplista cualquier intento por entregar un esquema sencillo de lo dicho al respecto. La abundante literatura puede ser consultada por el lector para profundizar en cualquiera de las tesis que acá muy sucintamente serán expuestas[2].

El derecho como ordenamiento regulador de la conducta humana, en su dimensión penal, utiliza la amenaza de una pena corporal a quien contraviene una prohibición. A pesar de la práctica forense, pena y derecho penal parecen estar aún unidos de forma indisoluble. A continuación, se repasan las teorías tradicionales sobre los fines o justificaciones de la pena como aspecto propio y distintivo del derecho penal.

Justificación de la pena: teorías tradicionales

Hasta la fecha, el Estado utiliza la privación y/o restricción de derechos como medio para castigar a los ciudadanos que han cometido un delito. El camino de la sanción penal, que se inició con la muerte del condenado, ha derivado en que, en la actualidad, la pena más grave es la privación de libertad ambulatoria[3].

La privación de la libertad ambulatoria como sanción es fruto del siglo XVII. Antes de ello, la privación de libertad era solo la forma de cautelar la presencia del condenado el día en que se ejecutara la pena de muerte, su destierro o, en el mejor de los casos, alguna otra pena corporal[4]. Encerrar a una persona es una acción que el Estado ha realizado desde hace muchos más siglos de los que se documenta el encierro como castigo. Sacar al delincuente de su núcleo social y evitar el contacto con el resto de los habitantes del pueblo, ciudad o Estado ha sido considerado desde antaño como la fórmula para castigar una conducta prohibida, así como para dar un mensaje al resto de los ciudadanos acerca de qué es lo que sucede

2 Rodríguez (2019), p. 220.
3 Horvitz (2018), p. 905.
4 Guzmán (2008), p. 165.

cuando se contraviene una norma. En la actualidad, teniendo en cuenta la tecnología y las comunicaciones virtuales y telemáticas, cabría preguntarse: ¿cumple la privación de libertad el mismo fin de extraer al condenado del núcleo social y evitar el contacto con el resto de la población?

De alguna manera, la posibilidad de seguir viviendo mientras se realizaban trabajos forzados –o siendo enviado a trabajar a las colonias– está íntimamente ligada al desarrollo de la infraestructura en los países europeos, y tuvo como consecuencia el surgimiento de la cárcel como sanción y no como aseguramiento y el retiro de la ejecución como sanción penal principal[5].

Fue tarea de la filosofía jurídica y del derecho penal dar un marco teórico que dotara de un fin y justificación a las penas, como ejercicio intelectual posterior a la aplicación de ellas de la forma en la que se ha señalado. Es así como surgen las teorías tradicionales que intentan dar una justificación a las penas, o plantear sus fines, y las críticas a ellas.

Desde las críticas a las penas corporales de Beccaria[6] hasta nuestros días, sigue en ejecución un esfuerzo intelectual importante para justificar la razón y el fin de las penas. Las diversas teorías parten desde puntos de vista retributivos o preventivos, los que, a su vez, se presentan como puros o mixtos y se encargan de fundamentar y explicar de diverso modo los presupuestos que condicionan el ejercicio del poder de castigar que caracteriza al Estado. En todas ellas se mezclan fundamentos filosóficos respecto a la existencia, finalidad y utilidad de las penas respecto de la posibilidad de prevenir los delitos.

Teorías absolutas o retributivas

Las teorías absolutas sostienen que la pena no tiene un fin más allá de sí misma; no busca transformarse en un medio para lograr otros fines. Se les denomina absolutas porque el sentido es propio de la pena y no depende de sus efectos en la sociedad. Desarrollada por Kant, como imperativo categórico, la pena, al tener fundamento en sí misma y no en los efectos que produce en la sociedad, debe existir y aplicarse aun cuando el Estado o la sociedad dejen de existir. Se castiga porque se ha cometido un delito; no para que no se cometa[7].

5 Rusche y Kirchheimer (1984), p. 23.
6 Beccaria (1798), *passim*.
7 Roxin (2006), p. 82.

Con Hegel se fundamenta en mayor medida la pena pública, lo que permite formar la base de la sistematización de la teoría del delito. La fundamentación dialéctica propuesta por el autor concibe al delito como la negación del derecho, y a la pena, como la negación de la negación, como anulación del delito, como restablecimiento del derecho; el castigo es la superación del delito[8]. La construcción argumentativa de Hegel sobrevive hasta la actualidad y sirve de fundamento a corrientes actuales del derecho penal, como el funcionalismo.

La retribución rechaza cualquier fundamento del castigo que se base en razones de utilidad social que ilícitamente conviertan al ser humano en un medio instrumental en beneficio de la sociedad. Algunos juristas defensores de la teoría de la retribución señalan que las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana, ya que la motivación mediante el castigo es solo aplicable legítimamente a animales; para los seres humanos, en cambio, la única motivación admisible es la que surge de la propia norma, concebida como una prohibición[9].

Para la retribución, el mal de la pena estaría justificado por el mal del delito, su legitimación está en infligir un mal a quien ha hecho un mal a otros. De esta forma, la pena es la negación del delito; es el acto que logra restablecer el imperio del derecho. Para algunos autores, la retribución igualmente asigna una función a la pena: hacer justicia. Su finalidad estaría en reparar el delito y no en evitar delitos futuros.

La teoría retributiva de la pena mantiene una armonía con la teoría del delito: una está básicamente asentada en la otra. Sus conexiones son: i) el fin de la pena es el restablecimiento del derecho quebrantado por el delito; ii) la pena puede aplicarse a quien comete el delito, es decir, a quien realiza un comportamiento contrario a la norma y puede ser entendido como culpable tras un reproche individual; iii) el sistema tiene en su base la libertad del agente, a quien se somete a un juicio de culpabilidad (o reproche personal), se trata de aquel sujeto que, pudiendo motivarse por respetar la norma, optó por quebrantarla y delinquió; iv) el sujeto para ser imputable debió mantenerse al margen de las exigencias que le planteaba el orden jurídico, conociendo y queriendo hacerlo, no obstante haber podido ajustarse a él, y v) la pena y su medida están estrechamente vinculadas con la gravedad del hecho realizado, lo que da origen al criterio de proporcionalidad entre el delito y la pena.

8 Roxin (2006), p. 83.
9 Mañalich (2010), p. 50.

La teoría retributiva de la pena ha sido objeto de diversas objeciones. Algunas de ellas son: la imposibilidad de probar el libre albedrío; el hecho de que de ella no se deriva un límite en cuanto al contenido de la potestad penal estatal; que presupone que la pena es necesaria sin lograr justificarla; que el mal por el mal no es acorde al rol del Estado, y que la teoría retributiva es una racionalización de la venganza.

Una de las críticas que resulta atendible es que la idea de retribución compensadora es vulnerable, pues la pena no borra el mal causado por el delito, sino que en realidad añade un segundo mal. Así se aprecia en el día a día. Aplicar un mal a quien cometió un delito en ningún caso retribuye –en la misma medida– a la víctima de este, y lo único que ocurre es que el Estado responde a mal ilegítimo con un "mal institucionalizado".

En la actualidad, la teoría retributiva ha vuelto a cobrar fuerza entre los autores. Lo anterior, tanto por la fragilidad de las tesis preventivas como por la adecuada sistematización de los presupuestos de punibilidad formulados por la escuela clásica desde perspectivas retributivas, los que se aprecian como un conjunto de garantías de la ciudadanía frente al Estado, garantías que se ven en riesgo en las teorías preventivas. Por otra parte, la proporcionalidad se valora como una consecuencia relevante de la retribución que tiene –o busca tener– una función principal dentro del derecho penal.

Teorías relativas o preventivas

Las llamadas teorías preventivas no buscan fundamentos éticos en la pena, sino que la entienden como un medio para la obtención de otros objetivos por parte del Estado, como un instrumento de motivación –tanto general como individual– para adaptar el comportamiento de las personas al ordenamiento jurídico imperante. Las teorías preventivas, al formularse, buscaron respaldo científico, criminológico y empírico para lograr establecer una justificación de las penas en la posibilidad de prevenir los delitos. Estas teorías se categorizan en especial y general; esta última, a su vez, se divide en positiva y negativa.

Prevención especial

Las principales teorías de la escuela alemana de Von Liszt, como también del positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social, se pueden sintetizar en una formulación general

común: se trata de una posición antagónica a la de la retribución. Según la prevención especial, el fin de la pena es disuadir al sujeto de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias del autor del delito. Por ello, solo es aplicable la pena que resulte de utilidad para dicho fin. En otras palabras, la pena aplicable a la persona condenada debe ser aquella con la que se logre que no vuelva a delinquir; en ese camino, además, se intentará la resocialización del autor.

Para Von Liszt, "solo la pena necesaria es justa". La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino el futuro y ve la justificación de la pena en la posibilidad de evitar nuevos delitos. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena, lo que no está en línea con los planteamientos propios de la teoría del delito antes señalados.

La pena, en su función de prevención especial, según los planteamientos de Von Liszt, actúa de cuatro maneras: corrigiendo al corregible, resocializando a quien puede ser resocializado, intimidando al intimidable o transformando en inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables. Para llegar a este planteamiento, Von Liszt realizó estudios empíricos, cuyos resultados arrojaron que la pena debía adaptarse al tipo de delincuente; una especie de pena a la medida de la supuesta necesidad del condenado.

Se han planteado diversas objeciones a esta tesis. Algunas relevantes son: es insuficiente para actuar como límite del *ius puniendi* del Estado, menos para justificarlo, ya que se centra en el condenado, y no atiende a criterios de culpabilidad ni proporcionalidad, dejando un amplio espacio para utilizar el derecho penal para neutralizar a quienes se consideren enemigos del Estado o incluso de los gobiernos de turno.

El objetivo resocializador –o la búsqueda de que el condenado no vuelva a delinquir– resulta plausible a primera vista, pero no parece consonante con estados liberales y respetuosos de la diversidad de creencias y personas. El Estado podría fundarse en ello para intervenir en la ciudadanía de tal manera que los tratamientos resocializadores no tengan límites temporales, incluso para intervenir sus cuerpos a efectos de lograr un cambio en su forma de ser, todo ello sin márgenes claros y con el fin de conseguir personas respetuosas de la ley.

En el extremo, según esta teoría, todo aquel que obró de una forma tan excepcional que no es probable que se repita, no sería acreedor de una

pena, pues no sería necesaria para evitar la reincidencia. Por otra parte, respecto de los habituales, quienes han hecho del delito su profesión, el ideal preventivo podría llegar al extremo de que, al no existir resocialización ni neutralización posible, se opte por eliminarlos de la sociedad.

Una de las razones por las que la teoría de la prevención especial quedó detenida en su evolución, sin lograr superar las críticas apuntadas, se relaciona con su prematuro abandono de los conocimientos de las ciencias sociales y de la investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema y con lo lejana que parece esta teoría de postulados asentados de la teoría del delito como son la culpabilidad y la proporcionalidad.

Prevención general

El origen de la prevención general es científico más que filosófico. Su más relevante defensor, Feuerbach, concibe la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar el peligro derivado de la delincuencia latente en su seno[10]. La amenaza en abstracto de la sanción penal se concreta en la sentencia. El juez refuerza la prevención general al condenar al autor. Con la sentencia pública, la judicatura comunica a la sociedad que si realizan la conducta punible serán castigados de la misma manera en que lo ha sido el condenado por el delito. Para ello, las penas deben ser amenazas creíbles por la sociedad, lo que se dificulta en la actualidad al existir una dualidad de sistemas de salidas distintas a la pena.

Para este planteamiento, la imposición y la ejecución de las penas es fundamental, sin ellas no se produce el efecto deseado. Sin embargo, para esta concepción, no es relevante el efecto individual de la pena sobre el condenado. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza. Para Feuerbach, "la ejecución de la pena tiene lugar para que la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza"[11]. Para esta teoría, más relevante que la culpabilidad, es la motivación del autor. Se intenta desmotivar la conducta delictiva o criminal mediante la amenaza creíble de la pena.

Los desarrollos posteriores de la prevención general se desplazaron hacia la llamada *prevención general negativa*, según la que la pena se

10 Citado en Jescheck (1993), p. 60.
11 Citado en Bacigalupo (2010), p. 17.

manifiesta como una intimidación a los posibles delincuentes. También surge la tesis de la *prevención general positiva*, en la que la pena se entiende como la afirmación del derecho para la sociedad.

Una de las principales críticas a la prevención general es que no reconoce límite al uso de la pena como intimidación general o desmotivación para cometer delitos. Otra, es la nula importancia de la proporcionalidad frente al objetivo de desincentivar conductas reprochables para la sociedad, más aún en sociedades como la nuestra en la que el populismo punitivo abunda.

También se ha criticado, por no existir comprobación empírica, que efectivamente la amenaza de pena causa una desmotivación para cometer delitos. Algunas corrientes criminológicas han sostenido que quien comete un delito lo hace pensando en que no será descubierto, por lo que la amenaza de una pena no es central en la decisión de delinquir[12].

Por último, se critica la idea de prevención general porque la instrumentalización de los condenados para entregar un mensaje a la sociedad atenta contra la dignidad del ser humano y el libre albedrío. En esta crítica cobra sentido la objeción kantiana de que lo seres humanos sean manejados como instrumentos para prevenir las intenciones de otros.

Sin embargo, las críticas no han provocado el cese de la importancia de esta teoría en el derecho penal. Justamente bajo su concepto es que se dio lugar a uno de los más modernos intentos por fundamentar el sistema penal, comenzando con la concepción de Luhmann de que el derecho es un instrumento de estabilización social[13].

Teorías mixtas y cuestionamientos actuales al castigo penal

En esta parte se enuncian las propuestas mixtas y contemporáneas que intentan entregar una justificación a la pena o dotar de contenido a su finalidad más allá de las teorías ya señaladas. En general, fuera de las teorías tradicionales de justificación de la pena, la mayoría de las teorías modernas o contemporáneas son eclécticas o mixtas, es decir, en ellas juegan un rol las dos teorías ya vistas. Fuera de este marco están las propuestas abolicionistas del derecho penal –y por ende, de la pena– que no pretenden justificar al sistema penal, sino hacerlo desaparecer por ilegítimo.

12 González (2007), p. 90.
13 Montoro (2007), p. 367.

Lo habitual en la actualidad es afirmar una justificación preventiva de la pena, con más o menos acento en una teoría específica, pero aceptando simultáneamente la idea de merecimiento del castigo, lo que evita los extremos de cada teoría. Lo común entre las teorías modernas es que desde la idea de la retribución se establezca un límite frente a la finalidad preventiva, de tal modo que la pena pretenda el objetivo de reducir los delitos, pero sin desatender ideas de proporcionalidad y culpabilidad. La prevención, por su parte, ha jugado un rol como límite al criterio de culpabilidad; desde otra interpretación también se establece como límite a la idea de merecimiento.

Asimismo, se han planteado alternativas más heterodoxas como las teorías expresivas de la pena. Estas también presentan a la prevención como límite, debido a que consideran primero la dignidad y moral del sujeto condenado, toda vez que no instrumentalizan al ser humano. A quien delinque se le manifiesta desaprobación por su acto, pero se le sigue tratando de acuerdo a su dignidad.

En los últimos años también se observan intentos, cada vez más numerosos, de construir una teoría mixta desde la propia retribución, que ya no jugaría un papel limitador sino uno central, pero que no obviaría la consecución de resultados valorados como positivos para la sociedad en su conjunto[14]. Para Robinson, uno de los principales exponentes de esta teoría, el concepto de *merecimiento empírico*, refiere a que la pena debe asignarse según las percepciones sociales de justicia, con esto busca explicar cómo una pena retributiva alcanza finalidades de prevención de delitos, fundamentalmente mediante el incremento de su capacidad para guiar el cumplimiento normativo de los sujetos[15].

Destaca en entregar visiones contemporáneas acerca de la función o justificación de la pena Pawlik, para quien "la pena viene a restablecer el reparto legítimo de libertades entre ciudadanos vulnerados por el delito, consiguiendo así el mantenimiento del orden social"[16]. Entre los autores nacionales destaca Mañalich, quien señala que la función de la pena es la "retribución consecuencialista", relevando la capacidad de la pena para mantener la autoridad del derecho a futuro[17].

14 Roxin (2006), p. 90.
15 Robinson (2008), p. 139; Robinson (2013), pp. 19-37.
16 Pawlik (2012), pp. 102 y ss.
17 Mañalich (2015), p. 15.

Es imposible dejar fuera de esta síntesis de teorías mixtas a la teoría de la unión de Roxin, cuyo núcleo no está en fusionar todas las teorías en una forma única, sino en entregar un peso especial a cada una de ellas en cada momento de la pena. En resumen, Roxin postula que "en el momento de la amenaza de la pena lo relevante son sus efectos de prevención general; en el momento de la imposición de la misma hay que atender a criterios retributivos o de merecimiento, y durante su ejecución, lo más importante es la prevención especial positiva"[18].

La polémica entre teorías absolutas y relativas de la pena evidencia que existe más de un fin atribuible a la sanción, ya que ninguna teoría agota el fundamento para su explicación. De allí se derivan teorías de la unión que procuran articular una síntesis entre las doctrinas en pugna. Parten del supuesto realista de que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas puras de las teorías tradicionales, porque ellas quedan abiertas a la crítica en varios flancos.

Surgen así teorías pluridimensionales de la pena que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras. Los intentos para presentar una fundamentación coherente de la pena, que contemple al mismo tiempo las teorías absolutas y las relativas son variados.

En efecto, estas "teorías de la unión" son dominantes en el derecho penal contemporáneo. Algunos autores señalan que su existencia pone en evidencia una crisis cuya manifestación más evidente es la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas, esto para justificar el *ius puniendi* estatal, "con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan"[19]. Comúnmente, las teorías mixtas le asignan al derecho penal la función de protección a la sociedad; sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías.

En síntesis, pueden reconocerse dos vías de fundamentación: primero, aquellas que indican que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención solo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución; segundo, las que se sostienen en la defensa de la sociedad y le otorgan a la retribución la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo

18 Roxin (2006), pp. 85-95.
19 Meini (2013), p. 14.

que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido. En ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican solo por la necesidad de protección de bienes jurídicos[20].

El castigo en las sociedades desiguales

Con plena consciencia de que las tesis que a continuación se sintetizan no buscan dar una justificación ni finalidad a las penas, sino que se plantean como visiones desde "fuera de la caja" –es decir, como críticas del castigo penal en sociedades estructuralmente desiguales–, se hará referencia a ellas por tratarse de visiones en extremo interesantes y que, de alguna manera, están presentes en la individualización judicial de las penas.

La destacada penalista nacional Rocío Lorca ha puesto el tema sobre la mesa en la literatura nacional, al señalar que criminológicamente ha sido demostrado que "mientras el delito está igualmente distribuido en todas las clases sociales el castigo está sobrerrepresentado en los grupos económicamente más desaventajados"[21]. Si bien esto es una constatación fáctica, el desafío que se plantea refiere a las consecuencias normativas que derivarían de dicha situación.

La propuesta de Lorca parte de la base de que es problemático, en términos morales, el castigo a personas que han tenido historias de violencia, maltrato y exclusión social; esto aun cuando sus actos sean acreedores de dicho castigo. ¿De dónde proviene esta ambivalencia?

El debate fue abierto por Jeffrey Murphy en la década de los sesenta. El autor mencionó que, al presentarse problemas de justicia social frente a la justicia criminal, aparentemente se producía un problema de equivocación de ventanilla. En el fondo, denunciaba que los problemas de origen social terminaban en los juzgados penales, y no es tan evidente que allí exista alguna solución para ellos.

Más allá de la crítica moral y social, que no es el asunto central en este manual, y ya en el plano normativo, la situación denunciada por el autor se ha tratado de dos maneras: primero, como un problema de legitimidad del ejercicio del poder punitivo, y, segundo, como un problema de responsabilidad individual.

20 Meini (2013), p. 15.
21 Lorca (2016), p. 1.

Desde la primera vía, la idea del problema de legitimidad ha cuestionado justamente el castigo desde el Estado en sociedades estructuralmente desiguales[22]. Si bien se rescata que la retribución es el único fundamento de la pena moralmente defendible, se duda acerca de que esta retribución pueda generarse en este tipo de sociedades.

En cuanto a la segunda vía, aquella que se centra en el castigo individual, Lorca critica la posibilidad de que estas consideraciones influyan en la determinación de la pena, y sugiere un camino distinto para reflexionar acerca del problema. Parte desde la afirmación de que la prevención no es robusta para justificar la pena y de que, independiente de las situaciones desventajadas en la vida de algunos, esto no afectaría sus posibilidades de responder penalmente. El derecho penal en general parte de esa base: hay una prohibición; esta se contravino; a ella se asocia una pena, y esta es aplicable porque el sujeto es culpable, sin distinguir.

¿Es posible incorporar factores como la pobreza extrema o la marginación social a las razones normativas por las que según los textos legales se prescinde de la pena para algunos o se atenúa para otros? En el trabajo diario de los jueces y juezas, ¿esto se realiza de alguna forma? Quizá el mejor ejemplo de ello en la normativa chilena es el sistema de responsabilidad penal adolescente, en el que los jueces tienen un margen mayor para aplicar y determinar las penas, siempre teniendo como premisa la resocialización e interés superior del adolescente. Respecto de los adultos, al existir normas más estrictas, es menos probable incluir otros factores fuera de los normativos en la determinación de la pena.

La falta de libertad en algunas situaciones, debido al contexto en el que se ha desarrollado la vida de una persona en particular, puede llegar a pesar normativamente en la decisión de condena o absolución, e incluso en la determinación de la pena a aplicar. Una mujer que ha sido maltratada física y psicológicamente por su pareja durante años, presa de un círculo de violencia del que no puede salir por factores económicos y emocionales, ¿es igual de libre de no atacar a su agresor que otra mujer en condiciones de mayor autonomía? ¿Se considera esta diferencia al momento de fallar?

En esta parte se plantean críticas a las visiones tradicionales de la pena, que muchas veces se dejan fuera de discusión por no intentar *justificar* la pena, como las demás teorías, sino que derechamente cuestionan el

22 Murphy (1973), *passim*.

castigo en sociedades estructuralmente desiguales. Según estas teorías, en una sociedad desigual hay quienes están en una mejor situación que otros para decidir libremente qué hacer y cómo actuar, lo que impacta –si es que impacta– en las decisiones judiciales.

Hasta la fecha, lo que conocemos es que la pena es un sufrimiento con el que se amenaza a todos por igual, conducidos normativamente por una igualdad ante la ley que no refleja otras particularidades de la vida de los seres en sociedad. Quien produce un daño o un peligro de daño –por actuar a través de violencia, intimidación, generando un error en otro, o por desobediencia– está sujeto a ser castigado, ya sea para retribuir o para prevenir, o quizá para conseguir ambos fines. La pregunta que se plantea es: ¿considera el Estado las diferentes situaciones en las que un sujeto es responsable por sus actos o siempre mide como iguales a los ciudadanos aun cuando, lamentablemente, vivamos en una estructura desigual?

Concepto, características y clasificaciones de las penas

Desde un punto de vista estrictamente lingüístico, la Real Academia Española define el concepto *pena*, en sus acepciones segunda y tercera, como "castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta", y como "dolor, tormento o sentimiento corporal".

Por su parte, el Código Penal chileno dedica los artículos 18, 19 y 20 a las penas en general, antes de entrar a las reglas de clasificación y determinación de ellas.

El inciso primero del artículo 18 consagra el principio de legalidad de las penas e indica:

> "Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración".

Los demás incisos del artículo se dedican a lo que se ha denominado derecho penal intertemporal chileno. Luego, el artículo 19 señala que el perdón del ofendido no extingue la acción, y deja a salvo los delitos de acción privada, reforzando la persecución pública de los delitos y el interés de la sociedad en ello.

Por último, el artículo 20, a modo de definición negativa, expone:

> "No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales,

> la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas".

Esto implica, desde ya, que por más similitudes que se encuentren entre las sanciones penales y algunas sanciones administrativas –algunas de ellas incluso más gravosas que las penales–, estas no se consideran penas, sino tan solo sanciones a infracciones administrativas. Tampoco serán penas las medidas cautelares, aunque en la actualidad muchas veces la prisión preventiva funciona como una pena anticipada, y si finalmente se logra acceder a los beneficios de la Ley Nº 18.216, actúa como la única pena privativa de libertad a la que estará sujeto el condenado que optó por dichos beneficios.

Después de referirse a las penas en general, el Código Penal realiza una clasificación. Aunque no se señala expresamente, es posible distinguir tres tipos de sanciones para los responsables por la comisión de un delitos: i) las penas en sentido estricto impuestas por el juez a quien realizó una conducta típica, antijurídica y respecto de quien se realizó el reproche de culpabilidad; ii) las medidas de seguridad impuestas por un juez a quien realizó una conducta típica y antijurídica, pero no procede a su respecto reproche de culpabilidad, y iii) las restituciones o reparaciones pecuniarias que el juez puede imponer a la parte condenada como consecuencia civil de su conducta, sea que esta haya sido o no objeto de reproche de culpabilidad. En este trabajo trataremos, fundamentalmente, las penas en sentido estricto.

Características de las penas

La pena es la culminación del trinomio: conducta, ley que lo tipifica y pena. Para su aplicación, el juez debe siempre conocer y comprender los hechos, realizar la subsunción de ellos en una descripción típica, para luego realizar el proceso de individualización judicial de la pena. Las penas son el resultado del silogismo jurídico constituido por la premisa mayor (norma penal); premisa menor (hechos del caso), y conclusión (la pena en el caso concreto)[23]. La legalidad de las penas es una limitación

23 Iturralde (1991), p. 240.

fundamental al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. La forma de examinarlo en un caso concreto es la operación de inferencia planteada, se comparta o no que esta se trate de un verdadero silogismo.

Por otra parte, derivada de los pensamientos filosóficos que sostienen las teorías absolutas, se encuentra la idea de *proporcionalidad de las penas*. Si bien la proporcionalidad viene determinada por el legislador, también influye en la determinación judicial, debido a que existen normas que regulan la individualización judicial de las penas vinculadas, por ejemplo, con la extensión del daño causado, conectando el daño a la pena. Esto se expresa en la Constitución y en el artículo 3º del Código Penal, que clasifica los delitos según la gravedad de las penas –crímenes, simples delitos y faltas –que está vinculada, o al menos debería estarlo, a la gravedad del daño causado.

Desde los límites al *ius puniendi*, la pena debe de ser necesaria; es decir, debe imponerse solo a quienes transgreden la prohibición que subyace a la norma penal. Discursivamente, al menos, deberían ser los casos más graves socialmente, aquellos que suponen una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales o colectivos relevantes para la vida en sociedad.

Solo la judicatura puede imponer penas. El derecho penal no es susceptible de arbitraje, y solo excepcionalmente se consideran tribunales dentro del contexto penal que buscan opciones distintas a la pena como consecuencias al delito, como los tribunales de tratamiento de drogas, que también son presididos por jueces[24].

Como se adelantó, las sanciones administrativas –impuestas por órganos administrativos– no se reputan penas y así lo señala expresamente el Código Penal en su artículo 21. El problema que surge entre las penas y las sanciones administrativas ha sido tratado en profundidad por el profesor Cordero[25].

Otra característica de las penas es que son de público conocimiento. Esto se enlaza con los postulados de prevención general, según los cuales la pena entregaría un mensaje a los miembros de la sociedad acerca de las consecuencias del delito.

Finalmente, es necesario que el afectado por la condena esté presente en su propio juicio y conozca los hechos por los que fue juzgado y las razones por las que se le aplicó tal o cual sanción.

---

24 Más información sobre los tribunales de tratamiento de drogas, ver disponible en línea: <https://bit.ly/3BPt1qu>.

25 Cordero (2012), p. 154.

Clasificación de las penas

Tanto en la literatura comparada como en la nacional las penas han sido objeto de diversas clasificaciones para su enseñanza a los alumnos de derecho. En todas ellas se recogen consecuencias relevantes a la hora de su determinación.

Según su importancia o rango interno

Se clasifican en penas principales, sustitutivas y accesorias. Las primeras, como su nombre lo indica, se imponen de forma independiente y autónoma, sin sujeción a ninguna otra. Es el caso de la prisión o la multa. Las segundas son las que se aplican en lugar de otras, como acontece con la prisión domiciliaria y el arresto de fin de semana o ininterrumpido en algunos derechos positivos. Y las terceras son las que no tienen existencia propia y únicamente se imponen acompañadas de las principales, a las que acceden, y pueden ser atribuidas de manera sucesiva o simultánea. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas o la pérdida del empleo o cargo público.

Como se advierte, las penas principales están contenidas en el tipo penal y normalmente se trata de penas privativas de la libertad, de derechos o bien pecuniarias. Las accesorias, en cambio, son penas que aparejadas a las principales y son obligatorias de imponer por parte de las juezas y los jueces penales.

Debe dejarse en claro, desde ya, que hay penas accesorias que son comunes a todos los delitos. Son las contempladas en los artículos 27, 28, 29 y 30 del Código Penal. Se distingue entre las aplicables a casos de presidio, reclusión o relegación perpetuos y aquellas que acceden a las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayor y menor en sus distintos grados.

Un ejemplo servirá para entender esta clasificación. Supongamos un delito de femicidio. Según previene el artículo 390 bis del Código Penal, un hombre que mata a su conviviente será sancionado con una pena principal de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

La pena accesoria del femicidio –que habrá que buscarla entre los artículos 27 a 30– dependerá de cuál es la pena que en concreto aplica el tribunal. Así, si aplica una de presidio mayor en su grado máximo, que va desde los 15 años y 1 día a los 20 años, la pena accesoria será la indicada en

el artículo 28, es decir: la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

En cambio, si el tribunal aplicara una pena de presidio perpetuo, ya sea simple o calificado, deberá optar por la pena accesoria indicada en el artículo 27, es decir, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida del condenado y la sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máximum que establece este Código.

Hay también penas accesorias especiales, que son las que están contempladas expresamente para algunos delitos, especialmente aquellos en los que se afecta la esfera de la sexualidad de las víctimas; a saber, los contemplados en los incisos 1º y 2º del artículo 372 del Código Penal:

> "Los comprendidos en el artículo anterior y cualesquiera otros condenados por la comisión de los delitos previstos en los tres párrafos anteriores en contra de un menor de edad, serán también condenados a las penas de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oídos como parientes en los casos que la ley designa, y de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal. Esta sujeción consistirá en informar a Carabineros cada tres meses su domicilio actual. El incumplimiento de esta obligación configurará la conducta establecida en el artículo 496 Nº 1 de este Código.
>
> El que cometiere cualquiera de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 367, 367 ter, 367 quáter, 367 septies y 372 bis en contra de un menor de edad será condenado, además, a la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad. La misma pena se aplicará a quien cometiere cualquiera de los delitos establecidos en los artículos 142 y 433 Nº 1º, cuando alguna de las víctimas hubiere sufrido violación y fuere menor de edad".

Según su forma de aplicación

Se clasifican en penas simples y compuestas. Las primeras, que también pueden llamarse únicas, se presentan cuando la ley penal respectiva solo prevé una sanción como consecuencia jurídica aparejada al supuesto de hecho; como si al homicidio solo se le atribuyese como castigo la prisión.

En cambio, las segundas –a veces llamadas conjuntas– se presentan cuando el legislador consagra varias penas aplicables de manera combinada, alternativa o facultativa, como ocurre, por ejemplo, si a la conducta punible de abuso de autoridad se le imponen las sanciones de multa y pérdida del empleo o si a un comportamiento de estafa se le atribuye pena de prisión o, en su lugar, la de multa.

Según si son susceptibles de división

Son penas divisibles aquellas que pueden fraccionarse cuantitativa o temporalmente, como la multa y la prisión, respectivamente. Al contrario, son indivisibles las que no son susceptibles de separación alguna, como el destierro o el presidio perpetuo o calificado.

Así, la pena de muerte, aplicable aún en nuestro país para algunos delitos del Código de Justicia Militar, es lógicamente una pena indivisible, porque no se puede fraccionar la orden de su ejecución. Fuera del presidio perpetuo o calificado, todas las demás penas del Código Penal permiten división; a saber, las privativas de libertad como la prisión, presidio o reclusión, las privativas de derechos que son por períodos determinados en años, meses y días, que permiten dividirse, y las pecuniarias, que consisten en el pago de una suma de dinero que también puede fraccionarse en cuotas o sumas menores al total.

Según su relación con la libertad ambulatoria

Son penas privativas de libertad aquellas que suprimen de manera temporal o definitiva la libertad personal del condenado, mediante su internamiento en establecimientos penitenciarios. Son, en cambio, restrictivas de libertad si, como la denominación lo indica, solo limitan el derecho a la libertad personal, por ejemplo, el confinamiento, el destierro, la expulsión del territorio, la libertad vigilada, la prohibición de concurrir a lugares públicos o penas interdictivas, que consisten en privar al condenado del ejercicio de sus derechos civiles o políticos como la inhabilitación o interdicción de derechos y funciones públicas.

Según si importan un sacrificio patrimonial

Las penas patrimoniales son las que afectan el peculio económico del condenado: la multa, el comiso o la caución. Suponen el pago de una

suma de dinero al Estado por parte del culpable a título de castigo o la incautación parcial o total de su patrimonio; por supuesto, cuando esas penas deben satisfacerse en dinero –por ejemplo, la multa–, aparece una especie de ellas que se llama pena pecuniaria.

Según su duración o límite temporal

Se pueden dividir en perpetuas y temporales. Las primeras solo se extinguen con la vida del condenado, como la cadena perpetua o la privación de la patria potestad, de manera indefinida. Las segundas tienen duración limitada, como la prisión con un linde de años de privación de la libertad.

A su vez, las penas temporales se clasifican en determinadas e indeterminadas. Por las primeras se entienden aquellas que son ciertas y definidas de antemano y de modo fijo en la ley; mientras que las segundas se imponen por el juez sin que la ley indique con antelación la duración.

A modo de conclusión, una reflexión sobre la privación de libertad y la actual vida telemática:

> "El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo"[26].

Penas sustitutivas

Las penas sustitutivas son aquellas que, de acuerdo con la Ley Nº 18.216, pueden aplicarse para reemplazar a una pena privativa de libertad si concurren los requisitos legales.

Según si es obligatorio o facultativo para el juez imponer o no una o más penas

Se clasifican en penas copulativas, disyuntivas o facultativas. La pena copulativa refiere a la aplicación conjunta y obligatoria de más de una pena, por ejemplo, una pena privativa de libertad en conjunto con una pena de tipo pecuniario o multa. Es el caso de la sanción del artículo 202 del Código Penal, que dice:

26 Beccaria (2015), p. 34.

> "El facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.
>
> El que incurra en las falsedades del artículo 193 en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez será sancionado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales.
>
> Si el que cometiere la conducta señalada en el inciso anterior fuere un facultativo se castigará con las mismas penas y una multa de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales. Asimismo, el tribunal deberá aplicar la pena de inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas durante el tiempo de la condena.
>
> En caso de reincidencia, la pena privativa de libertad se aumentará en un grado y se aplicará multa de setenta y cinco a setecientas cincuenta unidades tributarias mensuales".

La pena disyuntiva es aquella en que el juez puede elegir entre dos o más penas posibles; a saber, el artículo 399 del Código Penal, el que indica:

> "Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, y serán penadas con relegación o presidio menores en sus grados mínimos o con multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

Aquí las penas posibles son tres: relegación menor en su grado mínimo, presidio menor en su grado mínimo o bien una pena de multa que varía entre 11 a 20 UTM.

Otro ejemplo de pena disyuntiva es el del artículo 403 bis inciso primero, del maltrato corporal relevante a niños, niñas y adolescentes, a personas adultas mayores o discapacitadas:

> "El que, de manera relevante, maltratare corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la ley Nº 20.422 será sancionado con prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad".

La pena facultativa es aquella en que el juez tiene la facultad de optar por aplicarla o no. Es el caso del artículo 403 sexies del Código Penal, el que establece:

> "Además de las penas establecidas en los artículos anteriores, el juez podrá decretar, como pena accesoria, la asistencia a programas de rehabilitación para maltratadores o el cumplimiento de un servicio comunitario por el plazo que prudencialmente determine, el cual no podrá exceder de sesenta días, debiendo las instituciones respectivas dar cuenta sobre el cumplimiento efectivo de dichas penas ante el tribunal.
>
> Asimismo, el juez podrá decretar, como penas o medidas accesorias, la prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de cuidado, trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que esta concurra o visite habitualmente; también, la prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso de armas de fuego; y, además, la asistencia obligatoria a programas de tratamiento para la rehabilitación del consumo problemático de drogas o alcohol, si ello corresponde".

Según la duración de la privación de libertad

Se clasifican en penas aflictivas y no aflictivas. Las penas aflictivas son aquellas que privan de la libertad por más de tres años y un día e implican consecuencias en cuanto a los derechos ciudadanos, como la pérdida del derecho al sufragio y la imposibilidad de jurar como abogado. Al respecto, el artículo 37 del Código Penal señala que:

> "Para los efectos legales se reputan aflictivas todas las penas de crímenes y, respecto de las de simples delitos, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos".

En el *Diccionario de la lengua española* la voz *aflictiva* se define como: "Que causa aflicción", y su voz aflicción como "El efecto de afligirse", y esto último es "Sentir sufrimiento físico o pesadumbre moral".

La única vez que el legislador usa la voz aflictiva es en el artículo citado.

El que una pena sea aflictiva tiene importancia, además, para efectos de decretarse el archivo provisional con o sin aprobación del fiscal regional (artículo 167 del Código Procesal Penal).

Según su obligatoriedad

Las penas pueden establecerse en la ley como obligatorias o facultativas. Las primeras deben ser aplicadas por el juez o jueza, y las segundas dan la posibilidad a la judicatura de aplicar esa u otra.

Según si privan o restringen derechos

Las penas pueden ser privativas de libertad, en la que el condenado pierde su posibilidad de transitar en forma libre y autónoma por el territorio nacional e incluso salir del país si así lo define, o restrictivas de derechos. Estas últimas implican mantener la libertad ambulatoria, pero restringir otros derechos.

El comiso como pena común accesoria

Los tipos de comiso contemplados en nuestra legislación penal

- El comiso de ganancias, que no se reputa pena en los artículos 20, 24 bis y 24 ter del Código Penal:

  "Art. 20. No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas.
  Tampoco se reputa pena el comiso de las ganancias provenientes del delito, ni cualquier forma de comiso sin condena prevista por la ley".
  "Art. 24 bis. Toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva consigo el comiso de las ganancias provenientes del delito. Por el comiso de ganancias se priva a una persona de activos patrimoniales cuyo valor corresponda a la cuantía de las ganancias obtenidas a través del delito, o bien para o por perpetrarlo. Lo obtenido en virtud de lo señalado precedentemente será transferido al Fisco.
  Las ganancias obtenidas comprenden los frutos y las utilidades que se hubieren originado, cualquiera sea su naturaleza jurídica. Las ganancias comprenden también el equivalente a los costos evitados mediante el hecho ilícito.
  En la determinación del valor de las ganancias no se descontarán los gastos que hubieren sido necesarios para perpetrar el delito y obtenerlas.
  La acción para obtener el comiso de ganancias se sujetará a las reglas de la prescripción de la acción penal respectiva.
  Si un mismo bien pudiere ser objeto de comiso conforme a este artículo y conforme a otras disposiciones de este Código, sólo se aplicará lo dispuesto en este artículo".

"Art. 24 ter. El comiso de ganancias también será impuesto a quien no ha intervenido en la perpetración del hecho, en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1ª. Si adquirió la ganancia como heredero o asignatario testamentario, a cualquier título gratuito o sin título válido, a menos que la haya adquirido del mismo modo de un tercero que no se encontrare en la misma circunstancia ni en las circunstancias que siguen.

2ª. Si obtuvo la ganancia mediante el hecho ilícito y los intervinientes en la perpetración del hecho actuaron en su interés.

3ª. Si adquirió la ganancia sabiendo o debiendo saber su procedencia ilícita al momento de la adquisición.

4ª. Si se trata de una persona jurídica, que ha recibido la ganancia como aporte a su patrimonio".

- El comiso sin condena, que tampoco se considera pena en el artículo 294 bis del Código Penal:

"Art. 294 bis. Se impondrá asimismo el comiso de las ganancias obtenidas por una organización delictiva o criminal, en los términos del artículo anterior, si se dicta:

1. Sobreseimiento temporal conforme a las letras b) y c) del inciso primero, y el inciso segundo del artículo 252 del Código Procesal Penal.

2. Sentencia absolutoria fundada en la falta de convicción a que se refiere el artículo 340 del Código Procesal Penal o sobreseimiento definitivo fundado en la letra b) del artículo 250 del mismo Código.

3. Sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundados en la concurrencia de circunstancias eximentes de responsabilidad que no excluyen la ilicitud del hecho.

4. Sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundados en haberse extinguido la responsabilidad penal o en haber sobrevenido un hecho que, con arreglo a la ley, pone fin a esa responsabilidad.

El comiso de ganancias sin condena previa también será impuesto respecto de aquellas personas que no han intervenido en la realización del hecho ilícito que se encontraren en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 24 ter.

El comiso de ganancias sin condena previa será impuesto de conformidad al procedimiento especial previsto en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal.

La acción para obtener el comiso de ganancias en virtud de este artículo prescribirá en el plazo de cuatro años, contado desde que ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción penal respectiva".

- El comiso sustitutivo por valor equivalente del artículo 294 ter del Código Penal:

"Art. 294 ter. Cuando la cosa usada como instrumento por una organización delictiva o criminal o que resulte de dichos delitos sea dinero o haya sido enajenada, perdida u ocultada, el juez deberá imponer comiso sustitutivo por un valor equivalente.

El comiso por valor equivalente sólo procederá como consecuencia adicional a la pena. En la determinación del valor equivalente de la cosa a ser decomisada no podrán descontarse los gastos que han sido necesarios para perpetrar el hecho. El valor equivalente se extenderá, asimismo, a los frutos o utilidades de los efectos del hecho.

El Ministerio Público deberá solicitar la aplicación del comiso por valor equivalente en la oportunidad procesal prevista para solicitar el comiso de ganancias, y la discusión sobre el monto del valor equivalente tendrá lugar en la oportunidad procesal prevista para la determinación de la magnitud del comiso de ganancias".

- El comiso de toda cosa que ha sido empleada como instrumento en la perpetración de un delito y sea especialmente apta para ser empleada delictivamente del artículo 31 del Código Penal:

"Art. 31. Se impondrá el comiso de toda cosa que ha sido empleada como instrumento en la perpetración de un delito y sea especialmente apta para ser empleada delictivamente. Se entenderá que son especialmente aptas para ser utilizadas delictivamente, en todo caso, aquellas cosas cuya tenencia o porte se encuentra en general prohibida por la ley.

El tribunal deberá decretar el comiso de cosas especialmente aptas para ser utilizadas delictivamente aun si el imputado resulta absuelto o sobreseído. Para ello bastará el establecimiento de su uso en un hecho delictivo.

En este caso, el comiso será impuesto de conformidad con el procedimiento establecido en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal.

El comiso de instrumentos especialmente aptos para ser utilizados delictivamente procederá aun respecto de terceros de buena fe y que tengan título para poseer la cosa, a menos que se establezca que el dueño no tuvo responsabilidad en el uso de la cosa por parte del hechor.

Si el comiso afecta a un tercero de buena fe y que no tiene responsabilidad por el hecho, éste podrá solicitar indemnización al hechor".

- El comiso de una cosa que no sea especialmente apta para ser usada delictivamente y que ha servido de instrumento en la perpetración del hecho y siempre que la cosa haya sido utilizada en la perpetración de un delito del artículo 31 bis del Código Penal:

"Art. 31 bis. El comiso de una cosa que no sea especialmente apta para ser utilizada delictivamente y que ha servido de instrumento en la perpetración del hecho sólo será impuesto en la sentencia condenatoria y siempre que la cosa haya sido utilizada en la perpetración de un delito.

Lo dispuesto en el inciso anterior no procederá respecto de terceros de buena fe. El tribunal prescindirá de su imposición cuando la privación de su propiedad le ocasione un perjuicio desproporcionado al afectado".

- El comiso de toda cosa obtenida o producida a través de la perpetración del hecho del artículo 31 ter del Código Penal:

"Art. 31 ter. Se impondrá el comiso de toda cosa obtenida o producida a través de la perpetración del hecho.

El comiso de los efectos del delito será decretado por el juez aun si el imputado resulta absuelto o sobreseído, siempre que se establezca que la cosa proviene de un hecho ilícito. En este caso, el comiso será impuesto de conformidad con el procedimiento establecido en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal.

El comiso de los efectos del hecho no procederá respecto del tercero de buena fe.

Tratándose de efectos de tenencia ilícita, el comiso procederá en todos los casos".

- El comiso para las faltas penales de los artículos 499 y 500 del Código Penal:

"Art. 499. Caerán en comiso:

1º Las armas que llevare el ofensor al hacer un daño o inferir injuria, si las hubiere mostrado.

2º Las bebidas y comestibles deteriorados y nocivos.

3º Los efectos falsificados, adulterados o averiados que se expendieren como legítimos o buenos.

4º Los comestibles en que se defraudare al público en cantidad o calidad.

5º Las medidas o pesos falsos.

6º Los enseres que sirvan para juegos o rifas.

7º Los efectos que se empleen para adivinaciones u otros engaños semejantes".

"Art. 500. El comiso de los instrumentos y efectos de las faltas, expresados en el artículo anterior, lo decretará el tribunal a su prudente arbitrio según los casos y circunstancias".

Capítulo 2

Factores generales y particulares que inciden en la aplicación judicial de la pena

El legislador ha definido ciertos factores generales y particulares que deben ser considerados por los jueces y las juezas al individualizar las penas de los adultos.

Edad del infractor

La edad del infractor es un factor imprescindible en el estudio de la determinación de las penas. Influye en la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto, y en el régimen de responsabilidad penal a aplicar.

El artículo 10 número 2 del Código Penal señala que están exentos de responsabilidad penal:

> "El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil".

En Chile, los menores de dieciocho años no son imputables. Los adolescentes entre catorce y dieciocho años están sujetos a un régimen de responsabilidad penal especial, que no es lo mismo que ser imputable penalmente. La imputación es un juicio de reproche personal cuyos fundamentos se hallan en el libre albedrío reconocido por el ordenamiento jurídico nacional tan solo a los adultos[27].

El sistema jurídico nacional reconoce cierta autonomía progresiva a los adolescentes. En la medida en que avanzan en edad se les reconoce la posibilidad de tomar más decisiones de forma autónoma en distintas áreas del derecho. En el derecho penal esto implica que los niños y niñas son inimputables e irresponsables penalmente y que los adolescentes tienen un régimen de responsabilidad diferenciado. Cuando niños, niñas o adolescentes son víctimas de delitos, igualmente existen normas que hacen diferencias a su respecto.

27 Sánchez-Ostiz (2008), p. 14.

En efecto, una última incorporación al Código Penal es la agravante general establecida en el artículo 12 número 22:

> "Cometer el delito contra una víctima menor de dieciocho años, un adulto mayor o una persona con discapacidad, en los términos de la ley Nº 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad".

En síntesis, existe un régimen diferenciado para niños, niñas, adolescentes y adultos tanto cuando son víctimas de un delito como cuando son los sujetos activos. Estas diferencias se basan en los mismos fundamentos de protección especial y desarrollo progresivo de la personalidad.

Autoría y participación

Las normas generales acerca de autoría y participación del Código Penal contemplan consecuencias jurídicas diferentes si quien será sancionado actuó como autor del hecho punible o lo hizo en calidad de partícipe, es decir, como cómplice o encubridor. Las penas, según se señalan en cada tipo penal, están establecidas para el autor del delito consumado. Los cómplices tienen una pena en grado menor y los encubridores en dos grados menor que el autor. Según el Código Penal chileno, se consideran autores tanto quienes ejecutan el hecho inmediata y directamente como quienes impiden o intentan impedir que este se evite, quienes fuerzan o inducen a otro a ejecutar el hecho y las personas que, estando de acuerdo con el autor material del delito, facilitan los medios con que se lleva a efecto o incluso presencian el hecho sin tomar parte inmediata en él.

Se consideran cómplices –y se les debe rebajar en un grado la pena asignada al autor del delito– quienes, no siendo autores, colaboran con la ejecución del hecho punible por actos anteriores o simultáneos al delito.

Por su parte, a los encubridores se les debe aplicar una pena rebajada en dos grados respecto de la pena asignada al autor del delito. Se consideran encubridores quienes, no siendo autores ni cómplices, intervienen con posterioridad al hecho punible, con conocimiento de la ejecución del mismo o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, cuya intervención se realiza de alguna de las siguientes formas (artículo 17 del Código Penal):

> "1.º Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.
> 2.º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.

> 3.º Albergando, ocultando o proporcionando la fuga del culpable.
> 4.º Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven".

Con todo, los partícipes encubridores que sean cónyuges, convivientes civiles, parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, de sus padres o hijos, están exentos de pena si es que se trata de las formas de encubrimiento expresadas en los números 2, 3 y 4 del artículo 17.

Estas reglas generales se alteran en algunos casos por la llamada *criminalidad de grupo*. Se trata de situaciones que alteran –o aparentemente alteran– estas normas generales. Un ejemplo de esto es la agravante del artículo 12 número 11 del Código Penal, en la que se agrava la pena si el delito se ejecuta con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad. Estas personas que aseguren o proporcionan impunidad, ¿actúan como encubridores? Aparentemente, podría tratarse de las figuras de los números 2, 3 o 4 del artículo 17 del Código Penal. Con esto se agrava la pena del autor por haber cometido el delito premunido de otras personas, es decir, de partícipes, en este caso específico, de encubridores. Esta agravante de criminalidad de grupo, a su vez, ¿es aplicable a esas personas que aseguraron o proporcionaron impunidad al autor? No parece haber argumentos por los que no sería aplicable; de serlo, alteraría la determinación de la pena de los encubridores agravándola.

Otras normas especiales que alteran las reglas generales de determinación de las penas en casos de criminalidad de grupo son aquellas aplicables a algunos delitos contra la propiedad, delitos de corrupción pública y de la Ley de Drogas. En esos casos se establece una agravante para delitos que se cometen formando parte de una agrupación. Así, por ejemplo, el artículo 449 bis del Código Penal dispone:

> "Será circunstancia agravante […] el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo".

En este caso, las reglas generales acerca de autoría, complicidad y encubrimiento se ven afectadas, pues, al aplicar la agravante, aumentan las penas de todos los que forman parte de la agrupación u organización, sin que la medida sea la pena asignada al autor del delito consumado.

Por otra parte, el artículo 19 letra a) de la Ley Nº 20.000 dispone:

> "Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes:
> a) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16".

Es decir, sin que se configure el delito autónomo de asociación ilícita.

El mismo tratamiento se da a los delitos contra la propiedad señalados en el artículo 449 bis del Código Penal.

En el caso de los delitos de corrupción pública de los párrafos 5, 6, 9 y 9 bis del Código Penal, el artículo 260 ter del mismo Código establece como agravante:

> "[…] el hecho de que los responsables hayan actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo".

El iter criminis

El Código Penal, en el Libro Segundo, especifica las penas para cada delito. Estas penas están establecidas para el autor del delito consumado. Sin embargo, el mismo Código Penal, en su parte general, señala que también se castigarán los delitos frustrados y tentados, y autoriza una rebaja de grados si estos están en una etapa imperfecta de ejecución.

El artículo 7º del Código Penal indica que son punibles el crimen o simple delito consumado, frustrado y la tentativa. Se excluye así la posibilidad de castigar las faltas si estas no se encuentran consumadas. Luego, si se trata de un delito en grado imperfecto o no acabado en su ejecución –frustrado y tentativa– o de un partícipe no autor –cómplice o encubridor–, el legislador señala rebajas de pena dependiendo del grado de ejecución del delito y del tipo de participación según los artículos 50 a 54 del Código Penal.

La norma también se encarga de determinar cuándo un crimen o simple delito se encuentra frustrado o tentado, es decir, cuándo se está ante una tentativa acabada o inacabada. Hay crimen o simple delito frustrado –o tentativa acabada– cuando el agente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se lleve a cabo, pero no se realiza por causas independientes de su voluntad. En cambio, habrá tentativa inacabada –o simplemente tentativa– cuando el agente da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento. En ambos casos se rebaja la pena, en un grado si la tentativa fue acabada y en dos grados si fue inacabada.

Estas reglas generales tienen excepciones en reglas especiales para ciertos delitos contra la propiedad en los que la tentativa o frustración se castiga como delito consumado, y no se rebaja la pena según lo indicado.

También se castiga a quien tenga en su poder elementos que conocidamente se utilicen para atentar contra la propiedad o para traficar drogas, lo que altera las reglas generales, pues el solo porte de utensilios normalmente sería indicativo de una fase de tentativa de delito.

Otro caso en el que las normas generales se alteran, pero no por prescripción normativa directa, sino por interpretación de la doctrina, es en los llamados delitos de emprendimiento. Se trata de descripciones típicas que utilizan verbos rectores que tipifican la conducta desde distintos tiempos y actividades conectadas con el objeto material, de tal forma que no hay posibilidad de separar entre la tentativa inacabada y la consumación. Un buen ejemplo de ello es el artículo 3º de la Ley Nº 20.000; en él el agente puede ser sancionado penalmente desde el porte, el transporte, la adquisición y venta de la droga, lo que hace imposible separar la tentativa de la consumación del delito.

Si en las reglas generales el delito de tráfico de drogas estuviera descrito como "el que venda drogas", sin más verbos rectores que engloben por completo la acción, el sujeto que adquiere droga para su venta posterior, mientras no la venda, podría estar en fase de tentativa inacabada. Ha dado principio a la ejecución, pero no ha realizado toda la conducta descrita en el tipo. Sin embargo, como en las reglas especiales el tipo penal de tráfico de drogas está descrito de tal forma que considera todas las maniobras que una persona podría hacer en relación con la droga, no es posible, en la práctica, separar la tentativa de la consumación. Desde que el sujeto adquiere, posee o transporta la droga, comete el delito de tráfico de drogas consumado.

Lo anterior no implica que, en el caso de que una persona o grupo de personas trafican drogas durante años, y sea posible separar temporalmente distintas remesas de droga y su venta, no pueda considerarse que se cometió reiteradamente el delito de tráfico de drogas. El que no sea posible en una actividad del agente determinar la tentativa de la consumación –porque la conducta está descrita con tantos verbos rectores que engloban la acción por completo– no es razón que justifique que se tenga que aplicar una pena menor de delito único a quien comete el delito en forma reiterada.

Un ejemplo sirve para ilustrar lo anterior. Supongamos un sujeto que ha traficado drogas durante tres años, y en la investigación es posible determinar que cada día, por ejemplo, vende cincuenta papelillos de droga. En este caso, el sujeto no podría ser juzgado por un solo tráfico de drogas por tratarse de un delito de emprendimiento. Afirmar lo contrario llevaría al absurdo de que una persona que trafica cincuenta papelillos en un día tenga la misma pena que quien trafica cincuenta papelillos al día durante tres años.

La regla de la reiteración del artículo 351 del Código Procesal Penal es aplicable a los delitos de emprendimiento, ya que lo que busca es agravar las penas a quien comete una pluralidad de hechos penalmente relevantes de la misma especie, como en el ejemplo. Los delitos de emprendimiento alteran las normas generales de *iter criminis* al no poder separar la tentativa de la consumación; en el fondo, la descripción típica permite la sanción de toda actividad ahí descrita como consumada. Si es posible distinguir varios hechos reiterados penalmente relevantes es posible aplicar la regla de la reiteración (Mañalich).

El artículo 8º del Código Penal indica que la conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito solo son punibles en los casos en que la ley lo indica. La conspiración implica que dos o más personas se pongan de acuerdo para la ejecución de un crimen o simple delito, no faltas. La proposición, por su parte, ocurre cuando quien decidió cometer un crimen o simple delito plantea su ejecución a otra u otras personas.

Ambas situaciones son, por regla general, impunes: tan solo se castigan y son susceptibles de pena si la ley expresamente así lo autoriza, como en la Ley de Seguridad del Estado[28].

28 Otros ejemplos se encuentran en los delitos de los artículos 106, 107, 108, 109 y 110 en relación con el artículo 111 del Código Penal y en los artículos 121, 122 y 124 en relación con el artículo 125 del mismo Código.

Ahora bien, la asociación ilícita tipificada en el Código Penal implica justamente un acuerdo para cometer delitos en forma indeterminada en el tiempo, dentro de una entidad organizativa medianamente robusta, es decir, donde se identifican funciones y jefatura. Esta especie de conspiración más sofisticada por su permanencia en el tiempo, organización y jefatura está especialmente tipificada y, concurriendo los requisitos para que se configure, siempre es acreedora de sanción penal.

Una excepción es que se exime de la pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito a quien se desiste de la ejecución del delito antes de principiar su ejecución y lo pone en conocimiento de la autoridad. Esta excepción se encuentra en el artículo 295 del Código Penal respecto de quienes, formando parte de una asociación ilícita, revelen el plan a la autoridad antes de cometer los delitos.

Por otro lado, como se ha adelantado, las faltas solo se castigan cuando están consumadas. Respecto de ellas no son aplicables las reglas de *iter criminis*. Según expone el artículo 55 del Código Penal, las disposiciones generales contenidas en las normas que tratan la autoría y participación y el *iter criminis* 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.

La concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad y la prescripción de algunas de ellas

La presencia de circunstancias modificatorias, es decir, agravantes o atenuantes, influye en forma directa en la individualización judicial de las penas. El Código Penal chileno contiene un número cerrado de atenuantes y agravantes, reguladas en los artículos 11 y 12, respectivamente. Además, en el Libro Segundo se regulan circunstancias modificatorias asociadas a distintos tipos penales o bien a grupos de delitos en particular.

Atenuantes

El Código Penal, en el artículo 11, contempla diez circunstancias que atenúan la pena, la que se ha tratado de catalogar en distintos grupos: eximente incompleta, atenuantes pasionales, irreprochable conducta anterior, reparación del mal causado, colaboración con la justicia y obrar por celo de ella.

Respecto de la eximente incompleta, el número 1 del artículo 11 indica que se configura esta atenuante "[c]uando no concurran todos los

requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en todos sus casos". Su aplicación exige revisar las eximentes de responsabilidad penal del artículo 10 del Código Penal, las que se relacionan con la inimputabilidad del sujeto activo, la legítima defensa, el estado de necesidad, fuerza irresistible, miedo insuperable y cumplimiento del deber; todas atienden a la juridicidad del acto del sujeto activo, a la omisión insuperable y a los cuasidelitos en los casos no penados por la ley en forma especial.

En este sentido, si alguna de las eximentes del artículo 10 no se configura en su totalidad –por lo que, lógicamente, no exime al sujeto de la responsabilidad penal–, es posible atenuar la pena por la vía del número 1 del artículo 11 del Código Penal. El fundamento de esta atenuante parece estar en el mal causado y en la culpabilidad del autor.

Con todo, la doctrina mayoritaria manifiesta que esta atenuante no es posible de aplicar en todos los casos del artículo 10, pues en algunos de ellos no es posible graduar si la eximente se produce completamente o no. Es el caso de los numerales 2, 3, 8, 9 y 13. Sin embargo, la jurisprudencia ha tenido soluciones distintas a las señaladas por la doctrina, y ha considerado la procedencia de la atenuante aun en casos en los que la doctrina no lo prevé como posible.

Se califican como atenuantes pasionales las de los números 3, 4 y 5 del artículo 11, es decir: "La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito"; "la de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o su conviviente, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos", y "la de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación".

El fundamento de este grupo de atenuantes atiende al estado anímico alterado del sujeto activo, dados los estímulos que motivan su actuar. El agente estaría actuando bajo una condición que no favorece su autodeterminación reflexiva. Cuando se aplican estas atenuantes, debe aplicarse solo una de ellas y no las tres o dos de ellas simultáneamente. Normalmente, una de ellas será más atinente y precisa al caso concreto.

La atenuante de irreprochable conducta anterior, consagrada en el número 6 del artículo 11, es por lejos la más utilizada en la práctica. Se relaciona con la idea de dar una segunda oportunidad a quienes no han delinquido antes, y opera tanto para rebajar las penas como para obtener

beneficios y salidas alternativas. Un aspecto discutible de esta atenuante es si es necesario que la conducta sea del todo irreprochable penalmente o el sujeto puede haber tenido algún incidente en su juventud, superado a la época de la posible aplicación de la atenuante. Antes era así y solo se consideraban condenas penales y otras infracciones.

La atenuante del número 7, procurar con celo reparar el mal causado, también es una de las más utilizadas, después de la de irreprochable conducta anterior. Tiene su fundamento en la necesidad de política criminal de evitar que el daño causado por el delito se expanda o de motivar a la reparación si ello fuese posible. Por la descripción, parece que solo aplica a los delitos de resultado material, pero la jurisprudencia no ha distinguido esta circunstancia para limitar su aplicación.

Las últimas tres atenuantes del artículo 11 –números 8, 9 y 10– están vinculadas con la acción de la justicia. En concreto, se relacionan con la posibilidad de juzgar y castigar al autor del delito, de esclarecer los hechos y con el hecho de que el sujeto activo obrara por celo de la justicia.

La colaboración con la justicia se aprecia en la posibilidad de autodenunciarse, de prestar declaración voluntariamente, aunque como imputado tenga derecho a guardar silencio, y de colaborar con la investigación de tal manera que la información que se aporte al Ministerio Público sirva para esclarecer de manera sustancial los hechos que se investigan.

Todas estas atenuantes se amparan en razones de política criminal, para motivar a tiempo y de la manera más eficiente posible la acción de la justicia tras la comisión de un ilícito.

Fuera de las atenuantes aquí descritas, que son de aplicación general, en leyes especiales o en algunas materias en particular se regulan otras circunstancias que atañen específicamente a los hechos ahí descritos. En general, las atenuantes específicas se asocian a los fundamentos de las generales, por ejemplo, la atenuante específica de cooperación eficaz del artículo 22 de la Ley Nº 20.000[29].

29 Incisos primero a tercero del artículo 22 de la Ley Nº 20.000: "Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados. Sin embargo, tratándose del delito contemplado en el artículo 16, la reducción de la pena podrá comprender hasta tres grados. Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero".

Agravantes

Las circunstancias agravantes, por su parte, se establecen en el artículo 12 del Código Penal, se distribuyen a lo largo de veintitrés numerales. En general, la doctrina critica la norma porque, aparentemente, no presenta ningún orden que permita su sistematización, y con esfuerzo las clasifica en objetivas o materiales y subjetivas o personales.

La agravante del número 1 del artículo 12 es la alevosía, y es aplicable solo a los delitos contra las personas. Consiste en el aprovechamiento por parte del autor de la indefensión de la víctima, lo que le da un carácter marcadamente subjetivo[30].

La segunda agravante es que el sujeto activo realice la conducta motivado por un precio, recompensa o promesa. Esta agravante intenta desmotivar la profesionalización del delito. Hay ciertos tipos penales que, en la parte especial del Código Penal, consideran esta misma circunstancia como agravante, por ejemplo, el homicidio y el secuestro. Si se aplica la atenuante destinada para el tipo penal en particular, no debe aplicarse a la vez la establecida en el artículo 12 en general.

La agravante del número 3 del artículo 12 implica que el sujeto activo haya cometido el delito por medio de "inundación, incendio, veneno u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas". La descripción de la norma sugiere que la pena se agrava solo si se utilizan estas circunstancias como medio para la comisión del delito y no si tan solo hay un aprovechamiento de estas situaciones ni tampoco si el delito en sí mismo es provocarlas. Si hay un aprovechamiento de estas situaciones, se debe aplicar la agravante del número 10 del artículo 12.

En el número 4 se regula el hecho de "aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución". A esta agravante se le denomina ensañamiento y, como la del número 2, también se recoge en tipos penales en particular, como el homicidio y la tortura.

En el número 5 del artículo 12 se regula la premeditación del agente como agravante aplicable solo en los delitos contra las personas. La premeditación, a su vez, se ha caracterizado como la "firme, persistente y reflexiva decisión dirigida a cometer el delito"[31].

La sexta agravante fue modificada el año 2004 y actualmente se define como:

30 Garrido (2009), p. 178.
31 Garrido (1997), p. 202.

> "Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa".

Se vincula con factores subjetivos del agente y del eventual aprovechamiento de ellos en la comisión del delito.

Respecto de las circunstancias de los números 7, 8 y 9, es decir, abuso de confianza, prevalerse del carácter público que tenga el culpable, y añadir ignominia, no hay aspectos relevantes a tratar más allá de lo que se menciona en la norma y en los manuales en general a su respecto. La primera de ellas es, a su vez, agravante en distintos tipos penales, por lo que en aquellos casos no es aplicable la regla general. La segunda es de escasa aplicación por encontrarse incorporada en las descripciones típicas en general de los delitos funcionarios. La tercera implica añadir a los efectos del delito elementos que injurien, avergüencen o humillen a la víctima más allá de lo requerido para su ejecución.

En el número 10 del artículo 12 se considera como agravante el aprovechamiento de la calamidad, estrago, incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular o desgracia. No es igual a la circunstancia del número 3 ya indicada.

Las circunstancias 11, 12 y 13 atañen al lugar de ejecución del hecho, con distintas consideraciones: "Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad", "ejecutarlo de noche o en despoblado", "ejecutarlo en desprecio o con ofensa de la autoridad pública o en el lugar en que se halle ejerciendo sus funciones". Todas estas circunstancias serán evaluadas por el tribunal caso a caso al determinar las penas.

Las circunstancias 14, 15 y 16 están enfocadas en la existencia de historia delictiva del sujeto activo del delito, las llamadas reincidencias. Así, la agravante número 14 atiende a quien "comete un delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento", reincidencia impropia; la número 15 atiende a condenas pasadas con igual o mayor pena, reincidencia propia genérica, y la número 16 refiere a la comisión anterior de delitos de la misma especie, reincidencia propia específica.

El artículo 104 del Código Penal releva la importancia del paso del tiempo vinculado a las agravantes de los números 15 y 16. Según la norma, tratándose de crímenes, estas agravantes no se considerarán después de

diez años a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos.

La circunstancia número 17 vuelve sobre el lugar de ejecución, pero esta vez agrava la pena por cometer el delito en un lugar destinado al ejercicio de un culto permitido en la República.

La agravante número 18 del artículo 12 refiere a quien ejecuta un delito "con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso". Para Garrido Montt, es difícil aplicar esta agravante sin dejar fuera una posible colisión constitucional con la igualdad ante la ley y la protección del honor que se propugna para todos los habitantes del territorio nacional.

En el número 19 se regula como agravante la ejecución del delito "por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado". La fractura se manifiesta específicamente también en los delitos contra la propiedad como el robo con fuerza; en estos casos, la concurrencia de esta agravante es el requisito que transforma al hurto simple en robo.

Los numerales del artículo 12 (20, 21 y 22) son incorporaciones de los últimos años, y atienden a tres situaciones diferentes. El número 20 refiere al porte de armas por parte del sujeto activo del delito, y señala que se trata de las armas consideradas en el artículo 132 del Código Penal. Por su parte, el número 21 agrava la pena de quien actúa motivado por "la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca", esta incorporación fue motivada por el caso "Zamudio"[32]. Por último, el número 22 –incorporado el año 2022– indica que es una circunstancia agravante "cometer el delito contra una víctima menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad, en los términos de la ley Nº 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad". Aún no sabemos cómo ha sido el comportamiento de la jurisprudencia frente a esta nueva agravante.

Una última agravante del artículo 12 (23) castiga a quien ejecuta crímenes o simples delitos y forma parte de una agrupación de dos o más personas sin constituir una asociación delictiva o criminal y ello ha fa-

32 Ley Nº 20.609, conocida mediáticamente como Ley Zamudio.

cilitado la perpetración del delito o ha aumentado el peligro para la integridad física de la víctima o haber ejecutado el hecho con violencia, intimidación o engaño.

Análisis de parentesco o relación entre el hechor y la víctima

En nuestro ordenamiento jurídico existen normas que alteran el régimen general de las penas basadas en relaciones de parentesco entre el hechor y la víctima. En especial se atiende a los delitos contra la propiedad y a los delitos en contexto de violencia intrafamiliar o doméstica.

En las reglas generales, el artículo 13 del Código Penal contempla, finalmente, la denominada *circunstancia mixta del parentesco*, que puede operar como agravante o atenuante según la naturaleza y accidentes del delito. El artículo dispone:

> "Es circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes del delito.
>
> Ser el agraviado cónyuge o conviviente civil, pariente por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, padre o hijo del ofensor".

En general, en los delitos contra las personas las circunstancias de parentesco operan como agravantes y en los delitos patrimoniales operan como atenuantes.

Un ejemplo de ello es el artículo 400 del Código Penal, incisos primero y segundo, en el que se agravan las penas de los delitos de lesiones cuando:

> "[…] se ejecutan en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5º de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, o con cualquiera de las circunstancias Segunda, Tercera o Cuarta del número 1º del artículo 391 de este Código, las penas se aumentarán en un grado.
>
> Asimismo, si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de un menor de dieciocho años de edad, adulto mayor o persona en situación de discapacidad, por quienes tengan encomendado su cuidado, la pena señalada para el delito se aumentará en un grado".

Por otro lado, el artículo 489 del Código Penal, respecto del hurto, dice:

> "Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1.º Los parientes consanguíneos en toda la línea recta.
2.º Los parientes consanguíneos hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral.
3.º Los parientes afines en toda la línea recta.
4.º Derogado.
5.º Los cónyuges.
6.º Los convivientes civiles.

La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito, ni tampoco entre cónyuges cuando se trate de los delitos de daños indicados en el párrafo anterior.

Además, esta exención no será aplicable cuando la víctima sea una persona mayor de sesenta años".

Capítulo 3
Concurso de delitos

Los jueces y las juezas deben representarse hechos del pasado a través de la prueba que se ha presentado en juicio e intentar subsumirlos en un tipo penal, para luego proceder al reproche individual llamado juicio de culpabilidad. En ese proceso, se enfrentan al desafío de resolver si lo que sucedió se traduce en un solo hecho penalmente relevante, en varios o en uno con diversas consecuencias. Si los hechos pueden subsumirse en distintos tipos penales, es labor del juez decidir por cuál de ellos juzgará el injusto de la conducta del agente.

El problema de determinar si la conducta que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos configura uno o varios delitos –si es un hecho o son varios hechos penalmente relevantes–, se conoce como concurso de delitos. Las normas para resolver este problema sin comprometer el *ne bis in idem* son las que conocemos como reglas de concursos o teoría de concursos.

Lo que normalmente se estudia en las clases de derecho penal está lejos de la realidad. En la teoría, un solo agente, una conducta y un solo resultado, todo compone un solo delito. En la realidad, una sola acción puede dar lugar a diversos resultados o consecuencias penalmente relevantes; un solo hecho puede ser subsumido en distintos tipos penales; una acción puede lesionar diversos bienes jurídicos o bien un mismo sujeto puede cometer diversos tipos penales en un único espacio de tiempo. Todo esto debe considerarse al momento de determinar e individualizar las penas.

Otra circunstancia que puede ocurrir es que la ley considere que determinada conducta repetida en el tiempo en forma sucesiva constituya un solo delito continuado o que exista una norma particular para la reiteración de delitos de la misma especie que altere nuevamente las reglas de determinación e individualización de la pena en el caso concreto.

Estas situaciones se regulan en los artículos 74 y 75 del Código Penal y en el artículo 351 del Código Procesal Penal, sin perder de vista que lo relevante es no juzgar dos veces a una misma persona por los mismos hechos y juzgar de acuerdo con el principio de proporcionalidad entre el hecho –o los hechos penalmente relevantes– y la pena.

En este trabajo no se intenta agotar ni resolver ninguno de los problemas que presentan los concursos de delitos y de leyes penales; tan solo se pretende examinar las reglas de esta materia que influyen en la determinación de las penas.

Concurso aparente de leyes penales

Comenzamos con este concurso por tratarse de una de las primeras tareas que tendrá que realizar el juez penal al enfrentarse a un caso: decidir qué tipo penal será aplicable al caso concreto. Se trata, en realidad, de una labor de interpretación y no de un problema de concurrencia de tipos penales. Es por lo que se le denomina concurso aparente de leyes.

La mayoría de la doctrina sostiene que hay concurso aparente de leyes penales cuando "un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, solo será regulado por uno de ellos, pues los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas"[33].

Se trata de casos en los que los hechos conocidos por el juez presentan los elementos de dos o más tipos penales sin que exista una pluralidad de delitos. Cuando esto sucede, se recurre a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad, con los que se debiera solucionar el problema de aplicación de la ley al caso concreto.

Los casos de concurso aparente de leyes, en verdad, son casos de unidad jurídica, en los que hay un problema de tipicidad y no de pluralidad de hechos de delitos. Esta forma de analizar y entender el concurso aparente de leyes penales es la mayoritaria en nuestro país. Una visión opuesta señala que, en realidad, sí concurren formal y efectivamente varios tipos penales[34].

Como se adelantó, los principios que se utilizan, en general, como fórmulas de solución en los casos de concurso aparente son:

Principio de consunción o absorción

Consiste en optar por la norma jurídico-penal que valorativamente, no lógicamente, y por su extensión o amplitud comprenda a otra; es decir, aquella que tiene suficiencia de poder ser aplicada simultáneamente, por abarcar de igual manera el hecho concreto.

33 Cury (2020), p. 667.
34 Mañalich (2014), p. 1023.

Atiende a la elección de una figura principal que comprenda al resto de las figuras en las que es posible subsumir los hechos juzgados. No refiere literalmente a una comprensión de los hechos, sino de los injustos; si hay una figura principal que englobe el injusto por completo se debe recurrir a ella, a efectos de no infringir el principio *ne bis in idem*.

Principio de alternatividad

La solución que otorga este principio es que en un supuesto de hecho que es valorado de manera distinta por más de una norma penal o una misma norma contempla una pluralidad de hipótesis, si ellas establecen la misma pena se puede recurrir a cualquiera de ellas, desplazándose mutuamente. Si las penas son distintas, debiera preferirse el precepto penal con la pena más grave, el que excluirá a los demás que castiguen el hecho con pena menor.

Principio de especialidad

El principio de especialidad normativa supone que, en el supuesto de contradicción entre una norma general y otra especial, se debe preferir la norma especial. Esto sucede cuando hay una relación de género-especie entre descripciones típicas, como sucede entre el hurto y el robo con fuerza o el robo con violencia o intimidación. La descripción especial contiene todos los elementos típicos de la descripción general. A veces es complejo definir cuál es la norma especial en el caso en concreto, y es tarea del juez realizarlo. En materia penal, una buena guía es atender a las familias de delitos, al tipo penal básico, y desde él analizar los detalles del caso para lograr subsumir correctamente los hechos en la norma que de mejor forma contenga cada uno de los elementos.

Principio de subsidiariedad

Ante la concurrencia de dos tipos penales, según este principio, debe preferirse aquel que, por expresa o tácita disposición de la ley, desplaza al otro. Ante una circunstancia que parece ser un concurso ideal, la propia ley considera que uno se castigará solo si el otro no concurre.

Concurso real o material de delitos

El concurso real o material, a diferencia del aparente, es un verdadero ejemplo de concurrencia de tipos penales. Se trata de aquellos casos en

que una persona protagoniza más de un hecho y cada uno de ellos es penalmente relevante y puede subsumirse en un tipo penal distinto. Además, los hechos no están conectados entre sí. Para ser juzgados juntos, es necesario que no exista condena previa en ninguno de ellos.

Lo central es reconocer la existencia de varias acciones de relevancia jurídica, esto es, que no se trate de una sola. Para ello es importante el concepto de *hecho relevante penalmente*. La pregunta no es si sucedió un acontecimiento o dos o más, sino cuántos hechos de relevancia penal sucedieron.

Los elementos fundamentales para estar ante un concurso material o real de delitos son:

Primero, la unidad del sujeto activo: es imperativo que una misma o unas mismas personas hayan realizado las diversas acciones delictivas; si no, no existiría el problema de posible *ne bis in idem* respecto de la pluralidad de hechos relevantes penalmente. La participación del sujeto puede ser en distintas calidades en la pluralidad de hechos.

En segundo lugar, se requiere una pluralidad de hechos relevantes penalmente; se debe tratar de más de una conducta delictiva, constitutiva cada una de un delito independiente, sin conexión material ni jurídica. Estos pueden ser de la misma naturaleza jurídica o no, es decir, puede haber concurso real homogéneo o heterogéneo.

Tercero, no debe haber sentencia condenatoria ejecutoriada respecto de alguno de los delitos. De haberla, se estaría juzgando nuevamente por los mismos hechos.

Sin embargo, si existe una sentencia condenatoria firme previa respecto del mismo sujeto pero por otros hechos, se está ante un caso de reincidencia, situación que tendrá su tratamiento bajo las circunstancias agravantes ya vistas.

Las soluciones del concurso real que entrega la ley son: acumulación material de todas las penas, acumulación jurídica o aspiración y absorción de la pena.

La acumulación material consiste en imponer al condenado las penas que corresponden a los diversos delitos, comenzando a cumplirlas desde la más grave en adelante.

El artículo 74 del Código Penal señala:

> "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 pena de las comprendidas en la escala gradual núm. 1".

Por su parte, la acumulación jurídica de las penas –o aspiración– se encuentra en el artículo 351 del Código Procesal Penal, el que de alguna manera reemplazó al artículo 509 del antiguo Código de Procedimiento Penal, y menciona:

> "[…] 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".

En el caso de las faltas, se aplica el artículo 397 del Código Procesal Penal que redirige al 351:

> "En caso de reiteración de faltas de una misma especie se aplicará, en lo que correspondiere, las reglas contenidas en el artículo 351".

Finalmente, la absorción de penas se encuentra en el artículo 75 del Código Penal que dice:

> "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".

La noción de necesidad –en la expresión "medio necesario"– debe evaluarse en el caso concreto, apreciando todas las circunstancias concurrentes. Algunos sectores de la doctrina estiman que deben considerarse exclusivamente las condiciones inherentes a los tipos penales en juego; entre los delitos debe existir lo que se ha denominado una "conexión ideológica"[35]. En cualquier caso, si la pena resulta más gravosa, se debe aplicar la del artículo 74 del Código Penal.

Concurso ideal o formal de delitos

El concurso ideal medial se trata, en el fondo, de un concurso real de delitos que se vinculan ideológicamente en una relación de medio a fin. Para los efectos de su punibilidad reciben un tratamiento igual al de aquellos delitos que concurren en un concurso ideal, es decir, se aplica el artículo 75 del Código Penal antes visto.

El concurso ideal existe cuando una acción o un conjunto de acciones unitariamente consideradas cumplen las exigencias de dos o más figuras penales. En otras palabras, una acción constituye al mismo tiempo dos o más delitos distintos. Este tipo de concurso se ha categorizado en homogéneo y heterogéneo, dependiendo de si una acción da lugar a delitos de igual naturaleza o de distinta naturaleza.

Un ejemplo clásico de concurso ideal homogéneo es el homicidio de varias personas con un solo artefacto explosivo. Al tratarse de delitos contra bienes jurídicos personalísimos, se está en realidad ante una suma de delitos de homicidio: cada muerte es un delito. En el concurso homogéneo hay varias acciones, tantas como finalidades típicas existan y bienes jurídicos personales resultan afectados.

El concurso ideal heterogéneo, por su parte, se produce cuando la acción única o las acciones unitariamente consideradas configuran al mismo tiempo dos o más delitos de distinta clase o naturaleza. Por ejemplo, la muerte de la embarazada que al mismo tiempo da lugar a un delito de aborto.

Los presupuestos del concurso ideal son: que el agente o grupo que comete el delito sea el mismo, que exista unidad de acción, es decir, que aunque exista más de una actividad, todas ellas importen un solo hecho de relevancia penal. Son situaciones de alguna forma indivisibles y es por esto que su penalidad es única. La valoración jurídica de ese hecho indi-

35 Politoff *et al.* (2009), p. 449.

visible penalmente relevante debe ser plural, es decir, se debe subsumir en más de un tipo penal o en el mismo más de una vez.

El tratamiento o la solución que el Código Penal señala para el concurso ideal es la absorción de penas que consagra el artículo 75, esto es, aplicar la pena mayor asignada al delito más grave. Por "delito más grave" se debe entender aquel que tiene la sanción más elevada entre los distintos tipos penales posibles. Si esa pena tiene diversos grados, se impondrá el más alto.

Casos especiales de unidad jurídica de acción

Dentro del estudio de los concursos se categorizan algunos casos en que se identifica una unidad jurídica de acción que tiene un tratamiento especial respecto de la pena.

El delito continuado

Esta situación se produce cuando existe una "continuidad" entre distintas acciones típicas que permite que se les considere como una unidad. Esta conexión entre ellas es de naturaleza subjetiva. Se trata de una serie de actividades que se realizan bajo un criterio global de dolo del autor.

En la legislación nacional, el delito continuado no se encuentra reglado, pero sí se aplica habitualmente por la jurisprudencia. Aun cuando exista una serie de conductas que individualmente configuran un delito por sí solas, se les considera como un solo delito cuando existe unidad (identidad) de autor y del tipo penal o de bienes jurídicos semejantes durante cierto lapso prolongado de tiempo y con un propósito común.

En general, para identificar un delito continuado se requiere, cuando menos, una unidad de sujeto activo; una pluralidad de hechos o acciones que podrían subsumirse de manera individual en el mismo tipo penal; separación cronológica entre una actividad y otra, y afectación a bienes jurídicos similares, es decir, delitos de la misma especie. En caso de tratarse de bienes jurídicos personalísimos, debería tratarse de la misma víctima.

Desde la década del sesenta, la jurisprudencia ha tratado los delitos continuados asignándoles una sola pena por tratarse de un solo delito, lo que ha sido problematizado por un sector minoritario de la doctrina, como Eduardo Montreal y, en la actualidad, por Maldonado[36].

36 Maldonado (2015), p. 1.

Regla para la reiteración de hurtos

El artículo 451 del Código Penal regula la solución a los casos de hurtos reiterados y indica:

> "En los casos de reiteración de hurtos, aunque se trate de faltas, a una misma persona, o a distintas personas en una misma casa, establecimiento de comercio, centro comercial, feria, recinto o lugar el tribunal calificará el ilícito y hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, y la impondrá al delincuente en su grado superior.
>
> Esta regla es sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 447".

La solución es la absorción agravada. En esta se suma el valor de los objetos totales sustraídos y se establece la pena determinada de acuerdo con ese valor total, imponiéndola en el grado superior.

Delitos complejos

Otro caso de unidad jurídica de acción en que el legislador reúne en la descripción del tipo penal los supuestos de dos o más figuras penales que son individualmente punibles. El ejemplo clásico es el robo calificado (artículo 433 número 1, robo con homicidio) y el robo con violencia (artículo 436).

En estos casos, a diferencia del delito continuado, la unión se produce por las propias exigencias del tipo penal. Es la propia ley la que resuelve este tipo de situaciones y asigna una pena más grave en la medida que se trata de delitos complejos, si se compara con la hipótesis básica asociada a la unidad jurídica de acción.

Delitos permanentes

Los casos de delito permanente son otro ejemplo de unidad jurídica. En estos, una misma acción antijurídica prolonga sus efectos en el tiempo. Los ejemplos tradicionales son el secuestro y la sustracción de menores. La mantención de la antijuridicidad depende del cese de la actividad del autor. No son lo mismo que los tipos que se configuran en un acto cuyos efectos son permanentes.

Casos hipotéticos de aplicación de reglas concursales

Los casos seleccionados pertenecen a una investigación empírica realizada por el profesor Salinero, en la que se presentaron diversos casos a jueces y juezas penales de Chile para preguntarles, uno a uno, sobre la posibilidad de concursos y soluciones en cada caso. Los hallazgos del trabajo se encuentran publicados en el estudio "El concurso de delitos en la práctica de la judicatura chilena. Una aproximación empírica desde el estudio de casos simulados"[37].

Caso 1: delitos sexuales

> "Tristán es un joven de 25 años que sigue por algunas cuadras a Mabel, mujer de 20 años, quien viene saliendo de su trabajo un día de verano a eso de las 20.00 hrs. Mientras Mabel caminaba tranquilamente, Tristán la aborda, tomándola del cuello y la cintura, y la introduce mediante fuerza en una casa con su puerta entreabierta que había en el sector por donde ambos transitaban. Casa que tenía claros signos de estar desocupada. Ya en el interior, mientras la mujer hacía alardes de gritar pidiendo auxilio, el hombre coloca una media en la boca y ata sus manos con unas esposas que traía consigo. La tira sobre una colchoneta y procede a subirle las faldas y quitarle las bragas que llevaba, para posteriormente practicarle sexo oral (consistente sólo en la frotación de su lengua con la parte externa de la cavidad vaginal) y de manera coetánea frotaba los pechos de la mujer, cosa que hace por aproximadamente cinco minutos. Luego de ello, y un tanto frustrado por no logra lubricar el sexo de la mujer, decide introducir en la cavidad un consolador que también llevaba consigo, con el cual la penetra en reiteradas ocasiones por la vagina. Una vez transcurridos uno veinte minutos y la muchacha un tanto desmayada por la situación y el trauma vivenciado, Tristán se va a una botillería del sector para comprar y tomarse dos botellas pequeñas (petacas) de Ron, cosa que hace por el transcurso de una hora, tras lo cual vuelve a la casa y procede a penetrar con su miembro viril la cavidad vaginal y anal de Mabel por el lapso de unos quince minutos. Finalmente, decide arrancar del lugar[38].

37 Salinero (2021), p. 2.
38 Salinero (2021), p. 44.

Unidad de delito

Si bien en este caso la mayoría de los jueces y juezas reconoció la existencia de una pluralidad de delitos, una minoría –tres de los diez encuestados– manifestó que se trata de un solo tipo penal: el delito de violación. Al preguntar por los argumentos para considerar que se trata de un solo delito, el contexto situacional aparece como respuesta predominante:

> "[E]xiste un delito de violación porque todo el hecho se enmarca en un solo contexto espacio-temporal […]. Todo lo demás resulta irrelevante porque están dentro la misma situación típica"[39].

En este caso, la unanimidad de los encuestados reconoce la presencia del delito de violación[40].

Pluralidad de delitos

Seis de diez encuestados consideraron que, en el caso simulado, existía una pluralidad de delitos: violación, delitos de abuso sexual y de abuso sexual agravado. Adicionalmente, dos de los diez jueces y juezas dijeron que concurrían también los delitos de secuestro y de violación de morada. El ejercicio de la investigación de Salinero[41] da cuenta de que las soluciones para los casos de pluralidad de delitos son del todo heterogéneas. Un sentenciador manifestó que se trata de un caso de concurso ideal; otros dos afirmaron que este es un caso de concurso real que se resuelve como delito continuado, y otros afirmaron que este es un caso de concurso aparente de leyes penales.

El sentenciador que defiende el concurso ideal consideró que en el caso simulado existía una unidad jurídica, pues los tipos penales concurrentes se presentaron en un mismo contexto temporal y, a su juicio, en ese contexto prevalece la violación como delito que "absorbe" a los demás delitos.

Los dos jueces que sostienen un concurso real reconocen que en el caso existe una diversidad de hechos asociados a cada delito, pero también reconocen que, en todos ellos, hay equivalencia de participantes (mismo victimario y misma víctima); todos ocurren en un mismo espacio temporal y todos afectan un mismo bien jurídico, por lo que consideran que hay

39 Salinero (2021), pp. 44-45.
40 Salinero (2021), p. 46.
41 Salinero (2021), p. 45.

un delito continuado. Con todo, uno de los sentenciadores condenaría al imputado por delito de violación, y el otro sentenciador considera que en los hechos existe un delito de secuestro calificado.

Un tercer grupo afirmó que este era un caso de concurso aparente. Los jueces y juezas de este grupo reconocieron que hay unidad de acción, un delito de mayor gravedad –la violación– y otros delitos de menor entidad con respecto a este último. Destacaron que los delitos fueron cometidos en un solo espacio, en un acto continuo en contra de una misma víctima. Además, llamaron la atención respecto a que la fuerza –como medio para cometer el delito– no puede dividirse para configurar dos delitos distintos; la violación contiene el abuso sexual que lo antecede y, en consecuencia, la protección que brinda la sanción al delito de violación incluye la protección de los abusos; el marco penal de la violación permite recoger todas las especiales particularidades del caso. De esta forma, se afirma el concurso aparente porque los diversos delitos concurrentes afectan al mismo bien jurídico: la libertad sexual.

Pese a la heterogeneidad de posiciones, nueve de diez sentenciadores optaron por condenar por un solo delito, el de violación. El décimo juez optó por una condena por el delito de secuestro con violación.

La investigación permitió reconocer qué elementos del caso son observados por la judicatura a la hora de resolver si se trata o no de un concurso de delitos. Llama la atención, como resultado de la investigación, la primacía de una concepción cuantitativa; es decir, jueces y juezas consideran que hay concurso cuando pueden reconocer la concurrencia de dos o más delitos, de varias normas jurídicas aplicables o la existencia de varias víctimas o de diversos intereses jurídicos involucrados:

> "[L]as condicionantes para saber si estamos en presencia de un concurso son la pluralidad de delitos, la pluralidad de normas aplicables, la pluralidad de víctimas, también bienes jurídicos distintos"[42].

También destaca que los jueces y las juezas partieron su análisis observando el mundo real –lo que ocurrió–, para luego detenerse en el tipo penal correspondiente y, finalmente, en las normas concursales que puedan ser aplicables al caso concreto:

42 Salinero (2021), p. 46.

"[U]no mira el hecho que sucedió y está pensando en la parte especial del derecho, una vez definida la situación concursal, mira las normas de los artículos 74, 75 y 351"[43].

Caso 2: delitos contra la vida

"Mientras Juan, Manuel y Luis se encuentran en una reunión discutiendo sobre los diversos aspectos de la sociedad comercial que conforman los tres. Luis (gerente de la compañía) es increpado por Manuel, debido al manejo poco cuidadoso y profesional en la dirección de los negocios, el que ha traído como consecuencia la pérdida de diversas licitaciones que implican negocios futuros no adjudicados. Las elocuciones sobre la administración de Luis son fuertes (no mal educados), pero con un tono sarcástico que hacen que el afectado se ofusque y decida retirarse intempestivamente de la cita. Ya en el exterior, Luis al ver que sale Manuel de la empresa, decide tomar la camioneta de Juan, quien acostumbra a dejar las llaves al volante, se trataba de una hermosa Ford 350, del año, avaluada en el mercado automotriz en más de M$30, enciende el motor y como un enajenado pone en marcha la máquina y enviste a alta velocidad a Manuel, causándole inmediatamente la muerte por diversos traumas mortales. A raíz del choque, la camioneta de Juan queda con daños menores, avaluados en cien mil pesos"[44].

Todos los jueces encuestados consideraron que se trata de un caso de concurso de delitos: homicidio y daños. Adicionalmente, algunos sentenciadores reconocieron la concurrencia de otros tipos penales[45].

Caso 3: delitos contra la propiedad

"Era un día lluvioso en Santiago, a eso de las 11 am, y Eliot, conocido como el asaltante solitario, decide entrar a robar a la sucursal de Teletrack (oficina de apuesta de caballos) de Av. Apoquindo. En su interior, había sólo dos cajeros y un guardia de seguridad, seguido por dos apostadores de sexo masculino quienes estudiaban en un libro como distribuirían sus apuestas en la jornada de carreras (total de cinco personas). Eliot,

43 Ídem.
44 Salinero (2021), p. 47.
45 Salinero (2021), p. 48.

> premunido de una ametralladora, de aquellas que se veían en la época de los mafiosos de la ley seca de Chicago, la cual tenía empuñaduras de madera y una bobina cilíndrica de fierro negro que contenía las balas, la cual intimidaba elocuentemente en aspecto, entra al lugar y grita 'todos los CTM[46] con las manos arriba o los mato', mientras con el arma hacía un paneo apuntando a todos y cada uno de los presentes. Acto seguido, les indica a todos que se tiren al piso y comienza a registrar los bolsillos de cada uno de los presentes, sacando de ellos diversas especies, como: celulares; billeteras; un maletín, cuyo dueño opone resistencia, pero recibe un culatazo en su cara fracturando la mandíbula de su dueño, uno de los apostadores. Finalmente, a uno de los cajeros le sustrae el dinero previsto para comenzar la caja de la reunión hípica, el cual no pasaba de unos cien mil pesos en diversos billetes y monedas. No está demás decir que las especies de mayor valor eran un celular Huawei de uno de los cajeros, el cual estaba avaluados en M$1, y el maletín del apostador golpeado que contenía M$5"[47].

La mayoría de los jueces encuestados por Salinero[48] reconoció la existencia de un delito de robo con violencia, sin que sea posible dividir la conducta según la cantidad de víctimas. Lo anterior, pues la voluntad del sujeto era robar, sin importar el número. Los encuestados destacan que el dolo del delito engloba todas las demás conductas, pese a la pluralidad de víctimas.

Sin embargo, uno de los jueces advirtió la existencia de un concurso medial. A su juicio, el robo con intimidación constituiría el medio para cometer el robo con violencia. Señaló que el autor comienza con las amenazas propias del robo con intimidación, las que posteriormente se transformaron en una lesión de la integridad física de la víctima. Con todo, prevalece el robo con violencia en base a un criterio de gravedad –la afectación a la salud es más grave que la amenaza–.

> "Comienza como un robo con intimidación, pero se transforma en uno con violencia. El robo con violencia se come a la intimidación porque es un acto más grave pese a que tienen igual pena, pero es más grave porque pasas del riesgo de la afectación a la indemnidad física al hecho puro de agredir a una persona […] la amenaza se transforma en el resultado. Y

46 "Concha de tu madre" es una expresión del habla hispana que se usa para insultar.
47 Salinero (2021), p. 50.
48 Salinero (2021), p. 51.

el bien jurídico comprometido en este delito es más importante, es la integridad de la persona […]. Para mí es un concurso medial, pues partió con la amenaza que es el medio, pero terminó con un resultado distinto"[49].

La perspectiva de género en casos prácticos

En esta última parte se transcribe la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco dictada en el caso conocido mediáticamente en Chile como caso "Antonia", en que se acogió el recurso de apelación presentado por la Fiscalía y los querellantes en contra de la resolución que rechazaba la solicitud de prisión preventiva del imputado Martín Pradenas, y, en consecuencia, se impone la medida cautelar[50]. Se ha considerado que, en esta ocasión, la judicatura falló con perspectiva de género.

"Vistos:

Que, se ha deducido apelación por parte de la Fiscalía y querellantes en contra de la resolución dictada por el Juez A Quo con fecha 22 de julio de 2020, por la cual se resolvió denegar la petición de prisión preventiva respecto del imputado Martín Pradenas Durr, por estimar que sólo habían antecedentes de un solo delito de los formalizados; que no se han allegado antecedentes para justificar la cautelar solicitada, por estimar que no hay peligro para la seguridad de la sociedad en la libertad del imputado, y menos peligro de fuga.

Que, conforme al mérito de las alegaciones vertidas en audiencia y los antecedentes que han sido expuestos en estrados, luego de haberse exhibido los medios audiovisuales y teniendo a la vista los demás antecedentes invocados en esta instancia, es posible estimar que en esta etapa procesal investigativa se han entregado elementos que permiten justificar la existencia de los hechos signados como número 2, 4 y 5 de la formalización, teniendo en especial consideración las declaraciones de las víctimas de los diversos delitos señalados, existiendo en todos los casos una sindicación directa e inmediata respecto del imputado Pradenas; testimonios que fueron objeto de pericias cuyas conclusiones dan cuenta de su coherencia y fiabilidad, encontrándose además corroborados por otras declaraciones prestadas por testigos y pruebas recolectadas por el ente persecutor, y que están claramente individualizadas en la resolución recurrida, no resulta necesario detallar.

49 Salinero (2021), p. 52.
50 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol Nº 595-2020, de 24 de julio de 2020.

Que, se han entregado antecedentes que dan cuenta de la concurrencia de elementos típicos de los delitos investigados, que permiten presumir la existencia y participación del imputado en los cuatro delitos a que se refiere la resolución apelada, todos los cuales comparten elementos comunes, relativos a la forma de comisión, que se repiten en todos los casos y respecto de víctimas, que no se encontraban en condiciones de consentir en actos de significación sexual y menos aún, oponer resistencia a las agresiones ejercidas por el imputado Pradenas. En cada uno de los casos, se han dado indicios del comportamiento del imputado, respecto de las víctimas, siendo coincidentes los relatos de las mismas y de los testigos sobre tal conducta. Recordando que la sola ebriedad o el consumo de sustancias tóxicas, no puede considerarse como un consentimiento anticipado para sostener una relación de connotación sexual; tal condición disminuye, afecta o limita la capacidad volitiva de la víctima.

Que, para el cumplimiento de los requisitos materiales debe tenerse en especial consideración que se trató de agresiones sexuales que se produjeron en la esfera privada, que afectaron diversos derechos de las víctimas, que obstan a una develación por tener las mismas, el justo temor de no ser atendidas en la denuncia, porque dichas agresiones a la indemnidad y autodeterminación sexual, implican muchas veces un proceso interno de reparación, previo a explicitar los hechos o delitos de los cuales fueron víctimas; por tal motivo, el estándar aplicable en la especie no puede ser el mismo que se tiene cuando nos enfrentamos a delitos cuyos bienes jurídicos son disponibles, como los atentados a la propiedad. Que, para la determinación de la medida cautelar aplicable, debe tenerse en especial consideración el contexto en el cual se produjeron las diversas agresiones sexuales que son encuadrables dentro del fenómeno de la violencia de género, cuyo concepto obliga a esta Corte a ampliar el análisis a su procedencia en nuestra Legislación Nacional y Convencional, respecto de conflictos como el sometido a la presente decisión.

Que, teniendo presente las disposiciones contenidas en las letras b), d) y f) del artículo 7º de la Convención de Belém do Pará que, obligan a los Estados y, por cierto, a sus tribunales a: 'Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer'; 'Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad'; 'Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales

procedimientos', resulta estrictamente necesario que la aplicación de las normas contenidas en el Código Procesal Penal, lo sea con la debida concordancia con la obligatoriedad que nos plantea la materia y los estándares internacionales, que obligan a esta Corte a ampliar el análisis de la procedencia de medidas cautelares conforme a tales parámetros.

Que, dentro del citado marco normativo y teniendo a la vista la necesidad de cautela conforme a los términos establecidos en la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal, debe tenerse en cuenta el carácter de los delitos por los cuales se ha formalizado al imputado, cuyas penas, conforme a lo establecido en el artículo 1º de la ley Nº 18.216, no pueden ser, en caso de condena, objeto de penas sustitutivas; atendido el número y naturaleza de los delitos cometidos contra de los derechos humanos de la mujer, que permiten concluir que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad y, también para la seguridad de las víctimas de estos autos, teniendo presente que es indispensable para asegurar la protección de las afectadas, obligación que es impuesta al Estado de Chile, al haber suscrito la Convención ya referida, teniendo en miras el fin último que es la preservación del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia.

Que, atendida la conducta desplegada por el imputado a contar de la denuncia de los hechos, consistentes en la presunta destrucción de su teléfono móvil, la circunstancia de haber borrado una serie de archivos de su computador personal y todas las conversaciones sostenidas por Instagram con la víctima de los hechos consignados en el número 5, como las demás situaciones que han afectado a testigos de la causa, señalados por los querellantes en esta audiencia, la libertad del encartado constituye, además, un peligro para la éxito de la investigación.

Que, por estas consideraciones y cumpliéndose en la especie cada uno de los presupuestos del artículo 140 del Código Procesal Penal, lo establecido en los artículos 1, 4, 6 y 7 de la Convención Interamericana de Belém Do Pará en relación al artículo quinto de la Constitución Política de la República, SE REVOCA, la resolución apelada de fecha veintidós de julio de dos mil veinte, que negó lugar a la petición de la Fiscalía y querellantes fijando cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal, y en su lugar se resuelve que se decreta la prisión preventiva del imputado Martín Pradenas Durr, por estimar que su libertad es un peligro para la seguridad de la sociedad, de las víctimas y para el éxito la investigación".

Incidencia de la perspectiva de género en la determinación de las penas en el derecho penal chileno

Antes de referir a la incidencia de la perspectiva de género en la determinación de las penas conviene tener presente, como antecedente, cuáles son los principios específicos de la *Política de Igualdad de Género y No Discriminación* fijados dentro del Poder Judicial.

Principio de igualdad

Refiere al goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos de las personas, independiente de su sexo, género identidad de género y/u orientación sexual, y el acceso a los bienes y servicios indispensables para el diseño y ejecución de su proyecto de vida, incluyendo aquellos de carácter judicial. Este principio reconoce la importancia de la adopción de aquellas medidas que resulten apropiadas para garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en igualdad de condiciones a todas las personas[51].

Principio de no discriminación de género

Refiere a la prohibición de toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, género, identidad de género y/u orientación sexual, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil de las personas independientemente de su estado civil o cualquiera otra condición[52].

Enfoque de género en el acceso a la justicia

La incorporación del enfoque de género en todo el quehacer del Poder Judicial tanto en lo referido a la solución efectiva de los conflictos y el ejercicio de la labor jurisdiccional como en los servicios de atención de usuarios y usuarias[53].

51 Poder Judicial (2018), p. 27.
52 Poder Judicial (2018), pp. 27-28.
53 Poder Judicial (2018), p. 28.

Principio de no violencia de género

Implica orientar los esfuerzos del Poder Judicial a evitar cualquier acción o conducta basada en el género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a todas las personas tanto en el ámbito público como en el privado. Esto, desde una doble dimensión, es decir, velando para que la violencia de género sea erradicada de las relaciones interpersonales entre funcionarios y funcionarias de la institución, y para que el principio sea efectivamente implementado en la tarea de impartir justicia[54].

Principio de participación e inclusión

Refiere a que la toma de decisiones vinculadas con el diseño, implementación y evaluación de la Política promoverá la incorporación de mecanismos participativos mediante los que los funcionarios y funcionarias del Poder Judicial, la sociedad civil y la ciudadanía puedan informarse y manifestar sus inquietudes y necesidades[55].

Fin y propósito de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial chileno

El fin de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial chileno es garantizar la igualdad de género y la no discriminación en todo el quehacer del Poder Judicial.

El propósito de la Política es promover la incorporación de la igualdad de género y la no discriminación en la atención de usuarios y usuarias y en el ejercicio de la labor jurisdiccional, con miras a garantizar un efectivo acceso a la justicia a toda la población, así como el establecimiento de relaciones igualitarias entre quienes integran este poder del Estado[56].

Los ejes estratégicos que hacen operativos los principios

Los principios enumerados marcan la pauta o guía en el actuar de juezas y jueces dentro del Poder Judicial, y para ello se han fijado los llamados *ejes estratégicos,* que refieren a la manera de hacer operativa la implementación de la *Política de Igualdad de Género y No Discriminación* dentro del Poder Judicial chileno.

---

54 Poder Judicial (2018), p. 29.
55 Poder Judicial (2018), p. 41.
56 Poder Judicial (2018), p. 31.

Enfoque de género en el acceso a la justicia

El propósito fundamental de este eje es incorporar de manera integral la perspectiva de género en todas las actividades del Poder Judicial, centrándose especialmente en la atención a los usuarios y en el desempeño de las funciones jurisdiccionales. Esto se hace con el objetivo de asegurar un acceso efectivo a la justicia.

La línea de acción para el trabajo de este eje es:

> "Promover la incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia, con el objeto de permitir a juzgadores y juzgadoras detectar las condiciones que pueden perpetuar violaciones a los derechos humanos de las personas en razón de su género y de cualquier otra condición de vulnerabilidad, que impidan u obstaculicen su acceso a la justicia"[57].

Como se advierte, de la *Política de Igualdad de Género y No Discriminación* dentro del Poder Judicial, no hay ningún eje estratégico que se refiera de manera directa y como línea de acción en el tópico de este manual relativo a la determinación y aplicación de una pena en adultos y adolescentes. Simplemente, y tal como indica una sentencia del Tribunal Constitucional chileno, en uno de sus motivos, sirve la propia dictación de una sentencia penal de carácter condenatorio por un delito sexual en contra de una mujer, como una herramienta propicia para la erradicación de la violencia en contra de la mujer en cualquiera de sus formas. Así se señala en el motivo cuadragésimo cuarto:

> "Por consiguiente, la sanción penal por delitos sexuales cometidos contra la mujer constituye una herramienta más para la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, tanto desde la perspectiva de la disuasión de la conducta delictiva, así como de la del reproche penal que merece. En este sentido, las estadísticas oficiales sobre tasa de denuncias por delitos de violación y por violencia intrafamiliar en Isla de Pascua alertan sobre una situación deficitaria en materia de protección de la mujer y, particularmente, de la mujer indígena frente a la violencia de género"[58].

57 Poder Judicial (2018), p. 35.
58 Tribunal Constitucional, Rol Nº 8792-2020-INA, de 29 de enero de 2021.

Evitar los estereotipos en las decisiones judiciales

Un estereotipo de género es, en esencia, una creencia preconcebida. Esa creencia puede hacer que una persona, al estereotipar, realice suposiciones e inferencias sobre mujeres y hombres individuales basados en la creencia preconcebida y los supuestos relacionados[59].

Cuando la magistratura se encierra en los estereotipos, adopta una decisión basada en esa creencia preconcebida de las personas por el solo hecho de ser hombres o mujeres. Esa determinación no se fundamenta en el derecho, ni en los hechos, ni en la prueba y se hace caso omiso a las necesidades, capacidades o circunstancias reales de la persona en particular.

Cinco formas en que los estereotipos judiciales pueden conducir a errores judiciales

Ciertos estereotipos podrían conducir a errores en la determinación de las penas[60].

Compromiso de la imparcialidad

La primera, y posiblemente la principal forma en que los estereotipos socavan la justicia, es al comprometer la imparcialidad de las decisiones de los jueces y las juezas. Se supone que la magistratura, como sabemos, debe adoptar imparcialmente sus decisiones sobre la base de los hechos y del derecho. Cuando los jueces toman la decisión de un caso basándose en creencias preconcebidas, cuando ignoran la ley o los hechos en favor de los estereotipos, cuando no toman en consideración las necesidades, habilidades o circunstancias reales de una persona, comprometen esa imparcialidad y distorsionan el proceso de búsqueda de la verdad.

Los estereotipos afectan la comprensión de la naturaleza de los delitos

Los estereotipos también pueden influir en la comprensión de la naturaleza de los diferentes delitos penales y su percepción de si se ha cometido o no un delito.

59 Cusack (2022), p. 21.
60 Cusack (2022), p. 23.

Los estereotipos suelen estar presentes en delitos de índole sexual

Por ejemplo, en los casos de violación de mujeres casadas por parte de sus maridos o en los casos de violencia que sufren las trabajadoras sexuales, y en las actitudes frente a la violencia intrafamiliar entre personas del mismo sexo.

Los estereotipos pueden afectar las opiniones de los jueces y las juezas sobre la credibilidad y capacidad jurídica de los testigos

Se trata de aquellos casos en que jueces y juezas tienen una opinión negativa respecto a la credibilidad de las mujeres víctimas que no se comportan de la manera esperada a la de una "víctima ideal".

Los estereotipos pueden impedir que la magistratura responsabilice legalmente a los infractores por los delitos, e incluso pueden hacer que culpen a la víctima por dichos delitos.

Notas respecto de la perspectiva de género al momento de juzgar

La perspectiva de género es una herramienta de análisis para juezas y jueces que les permite conocer y juzgar los casos a los que se enfrentan, visibilizando las barreras que pueden dificultar el goce o ejercicio igualitario de derechos a un determinado grupo y ser capaces, en consecuencia, de interpretar y aplicar el derecho de una manera que no perpetúe esas discriminaciones. Para ello, al juzgar deben evitar los estereotipos basados en el género de las personas, pues tal como manifiesta Krause:

> "En la medida en que no nos demos cuenta de esos estereotipos y no los desenmascaremos y combatamos, la posibilidad de acceder a la verdad en el procedimiento judicial puede verse truncada. En definitiva, sin un enfoque de género en la argumentación –que detecte e impida que los estereotipos de género distorsionen el conocimiento de los hechos en la forma que hemos visto– se corre el serio riesgo de que no se satisfaga la finalidad epistemológica del proceso judicial. De ahí su importancia y su urgencia"[61].

Por otro lado, en materia de determinación y aplicación de las penas y conforme a la política de género dentro del Poder Judicial, juzgar con

61 Krause (2022), p. 40.

perspectiva de género significará usar todas las herramientas que el sistema jurídico provea, no solo de la legislación nacional, cada vez que se encuentren sometidos al conocimiento de un delito que implique el ejercicio de violencia de género, ya sea en el contexto de un delito sexual propiamente tal o bien se trate de delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. Lo anterior importará condenar al autor cuando el mérito de la prueba así lo indique. Respecto al *quantum* de la sanción, servirán los parámetros usados por el legislador en el Código Penal que justificarían la pena que el juez o la jueza penal estimen consigna a los hechos sufridos por la víctima. De esta forma, se obtendrá una condena o sanción penal que servirá como "una herramienta más para la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, tanto desde la perspectiva de la disuasión de la conducta delictiva, así como de la del reproche penal que merece su autor"[62].

62 Krause (2022), p. 41.

Capítulo 4

Sistema de penas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

En este apartado se revisará el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, cuyo catálogo de delitos ha ido aumentando y, debido a los proyectos de ley actualmente en discusión, se vislumbra que en el corto plazo siga recogiendo aún más figuras.

¿Por qué responsabilidad y no imputación?

La primera característica de este sistema –ya no tan nuevo, pero aún bastante desconocido en el derecho nacional– es que se le denomina sistema de *responsabilidad* y no de *imputación*. Lo mismo ocurre con el sistema de responsabilidad penal de adolescentes.

El concepto de imputación viene del latín *imputatio,* y significa atribuir algo a alguien como suyo[63]. En el lenguaje jurídico, el uso del término proviene de los trabajos de Santo Tomás en los que *imputare* expresa "un modo de predicación auténticamente real, en el sentido de que aquello que se imputa (la acción y algunas de sus consecuencias) puede ser imputado en la medida en que exprese plenamente su pertenencia a aquel a quien se imputa, como propio de su conducta"[64].

La imputación considera como preconcepto con la conducta humana exterior, solo se atribuye al hombre algo que proviene de su conducta, y no se trata de cualquiera, sino de la que realiza y está orientada a la vida social, la que a su vez es objeto de regulación o de exigencias por parte del derecho. La significación humana de la conducta –proveniente del fuero interno y exteriorizada de modo que importe al derecho– contiene una perspectiva jurídica de atribución que, en principio y por definición, pertenece a los seres humanos, y no a cualquier ser humano, sino solo a aquel al que el derecho le reconoce capacidad.

63 El concepto se utiliza para nombrar la acción y efecto de imputar: atribuir la responsabilidad de un hecho reprobable a una persona; señalar la aplicación de una cantidad para que sea tomada en cuenta en un registro.

64 Lamas (2004), p. 40.

Desde la perspectiva del derecho, la conducta atribuible a un ser humano es posible de considerar como jurídica o antijurídica. Este proceso implica considerar que el objeto material de la experiencia jurídica es la conducta del sujeto, como algo que pertenece a la persona y que expresa su significado propiamente humano[65].

El vínculo entre una persona, sus circunstancias y el contexto de hecho en el que se toman las decisiones que le serán atribuidas es relevante al momento de juzgar. Como se ha visto, jueces y juezas deben considerar los aspectos subjetivos y objetivos de la conducta, y luego, la concurrencia o no de circunstancias atenuantes o agravantes vinculadas al actuar del sujeto como ser humano.

En definitiva, la idea misma de ser humano y sus características está vinculada a la atribución de un hecho con relevancia jurídica a una persona. De esta forma, las instituciones jurídicas, desde lo más temprano de su desarrollo, han estado ligadas a la concepción de persona natural.

A su vez, se le ha reconocido a las personas la capacidad de obrar en forma libre y racional, lo que en algunos casos es extremadamente dudoso. Con todo, se sigue aceptando que la base sobre la que se regula el comportamiento humano es la capacidad de conocer y decidir lo que se hace o deja de hacer. La situación es diferente para los fenómenos naturales y sus consecuencias, entre los que solo media una relación de causalidad. Mientras que, entre la persona y su acto, por una parte, y (algunas de) sus consecuencias, por la otra, existe una relación de "autoría intencional", que se define cómo imputación[66]. Esta relación entre la conducta y la persona es del tipo óntico y axiológico, es decir, se vincula con la esencia del ser humano y su sistema valórico.

Para el derecho, la persona, de acuerdo con su plan vital, tendría la capacidad de tomar decisiones que lo conduzcan a él. En este sentido, la persona se reconoce como parte de una unidad mayor en la que se desenvuelve con libertad para tomar decisiones, siempre vinculadas a sus circunstancias de vida.

De esta aseveración emerge la idea de *autonomía*, según la que las personas participan libremente en la sociedad y de la cual se deriva la posibilidad de castigar, y antes de eso, la de la imputar; es decir, atribuir una acción o resultado a una persona respecto de quien el derecho mantiene expectativas de conducta por las que puede sancionar en caso de no cumplirse.

65 Lamas (2004), p. 41.
66 Lamas (2013), p. 51.

Entonces, de la persona deriva la conducta, de la conducta la imputación y de ella la posibilidad de sancionar y/o exigir al sujeto que se comporte de acuerdo con el derecho. Esta exigencia y la posibilidad de sancionar a quien no actúa de la forma exigida está conectada a la idea de imputación, sin la que no habría verdadera responsabilidad.

El término *responsabilidad* proviene de la raíz latina *spondeo*, del verbo *respondere*[67]. Considerando la etimología de los conceptos imputación y responsabilidad es evidente la diferencia entre ambos. Imputar algo a alguien es reconocer que ese algo le pertenece porque él es su causa moral; hacer responsable es sacar las consecuencias del reconocimiento efectuado mediante la imputación[68].

La imputación predica la relación del sujeto con la transformación significativa del mundo producida por su acción. La responsabilidad, la relación entre el sujeto y la comunidad en función de la transformación producida por este con la acción. Los dos términos, por lo tanto, evocan situaciones contiguas, pero distintas. El primero tiene que ver con la esfera del ser. El juez, solo una vez reconocidos los elementos fácticos y valóricos como propios del sujeto, se los imputa.

Como revela aún el uso de los términos *imputable* e *imputabilidad* en el derecho vigente, así como el término *imputado* en el derecho procesal, la acusación tiene que ver con la condición integral del sujeto que es *causa* del evento significativo. Solo en este momento el juez o jueza puede hacer responsable al sujeto, con un acto que, reconocida la racionalidad de la imputación, le aplica el premio o la pena por aquello que es auténticamente suyo. La *responsabilidad* es un concepto secundario respecto a la imputación, ya que la primera es motivada racionalmente por aquello que, perteneciendo propiamente a la persona, es racionalmente referible a la misma.

Corresponde, en parte, al magisterio penal de la ley –a la norma impuesta por la autoridad política legítima– establecer los límites y modos de la responsabilidad. Sin embargo, la responsabilidad, como la imputación, no tiene un carácter arbitrario, pues no puede huir de ciertos principios óntico-axiológicos que pertenecen a la raíz de la imputación según el principio del carácter personal del derecho penal.

---

67 El término *responsabilidad* tiene su origen en la palabra *responsable* que, a su vez, procede del latín *responsum*, supino de *responderé,* que significa *responder* en el sentido de *obligarse*, de *comprometerse a algo*. El término se ha sufijado con "dad", que confiere significado de *cualidad de*, es decir, *cualidad de responsable*.

68 Lamas (2013), p. 52.

Para dar solo algunos ejemplos: la ley positiva podrá establecer que el sujeto responda según criterios de imputabilidad focalizados exclusivamente en la intencionalidad de las consecuencias provocadas, o bien podrá admitir también criterios extendidos para cubrir las consecuencias previstas o, incluso, solo previsibles de la conducta. No podrá, sin embargo, llegar a imputar actos que no se relacionan en modo alguno con las consecuencias.

La ley podrá disponer que solo ciertos trastornos psiquiátricos –aquellos que anulan, total o parcialmente el funcionamiento del cerebro– influyan en la imputación, excluyéndola o limitándola. Podrá, sin embargo, ampliar la gama de patologías que influyen en la responsabilidad. Pero no podrá hacer responder a la persona allí donde no haya podido actuar, por cualquier motivo, de acuerdo con su propia naturaleza de agente racional. Esto vale también con referencia a las situaciones de ignorancia y de violencia, como factores que afectan a la voluntariedad y, por lo tanto, a la imputación del acto.

La separación de la responsabilidad respecto a la imputación es una grave distorsión del correcto funcionamiento del derecho penal. Es necesario, en toda circunstancia, tener presente que la responsabilidad es el correlato de la imputación y que, sin imputación, no puede haber responsabilidad.

De la responsabilidad fluye la pena, como consecuencia proporcionada que la autoridad legítimamente vincula a la primera. Esta vinculación sigue una secuencia, no solo lógica, sino ontológica y axiológica, que parte de la imputación, pasa a través de la responsabilidad y desemboca en la pena. La imputación pone en evidencia el fundamento ético y personal de la conducta. Mientras que la responsabilidad saca las consecuencias de la imputación, una vez que, por supuesto, el hecho ha sido probado en el justo proceso, siendo fijada en la formulación de un juicio público de atribución del hecho a la persona.

Con el principio de responsabilidad se toma conciencia, por lo tanto, del contraste de la conducta con la norma, así como de su intrínseca arbitrariedad, por la violación de la relación de proporción con el derecho de los demás y, de modo fundamental, por su desorden respecto al fin jurídico de la paz y de la concordia social. La pena, por último, es la consecuencia lógica, ontológica y axiológica de la responsabilidad, ya que según el principio de realidad y por las consecuencias injustas causadas a otros por los propios actos, el *respondere* se vería frustrado si no le siguiera una reparación correspondiente y proporcionada.

¿Cuál es la relevancia del sistema?

Para poder atribuir responsabilidad a una persona jurídica, es decir, a un ente ficticio al que el derecho reconoce existencia legal –y, desde la Ley Nº 20.393, la posibilidad de responder civil y penalmente–, se han construido diversas propuestas configuradas como sistemas de atribución de la responsabilidad.

La relevancia de estos sistemas está en la fórmula que seleccionan para atribuir una conducta a una persona jurídica a quien se le hará responsable por ella.

Sistema vicarial (heterorresponsabilidad)

Este sistema se caracteriza por atribuir responsabilidad a la persona jurídica por la realización de uno o más delitos por parte de una persona natural que pertenece a la organización empresarial. Para ello, se basa en la conexión existente entre la conducta y la persona jurídica, generalmente vinculado al grado de responsabilidad que ostenta la persona natural dentro del ente societario.

Este sistema es propio de los países que operan bajo la tradición jurídica del *common law*, "en los que se permite fundamentar la responsabilidad penal sobre la base de la simple realización o producción de determinadas conductas peligrosas, como son los casos de responsabilidad sin culpa, no tienen demasiadas dificultades a la hora de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas"[69]. En este sistema es posible condenar a una persona jurídica si las conductas fueron autorizadas, solicitadas, ordenadas o ejecutadas por los directivos o por un alto gerente que actúe en representación de la sociedad.

Este sistema de heterorresponsabilidad presenta algunas variables, como la que se utiliza en Estados Unidos o el sistema seleccionado para responsabilizar a las personas jurídicas en Inglaterra. En el caso de Estados Unidos, una empresa será responsable penalmente si se cumplen los siguientes requisitos:

> "a) Realización del hecho típico por un agente determinado dentro de la empresa (que en la mayoría de los casos será una persona con cierto control en la sociedad o que se encuentra en directa dependencia de aquella);

69 Núñez (2008), p. 161.

b) que ese hecho típico se haya realizado en directa relación con el giro de la empresa o ente societario, es decir, que el hecho no sea ajeno a los fines de la empresa como si –por ejemplo– el presidente de un directorio asesina a un hijo, lo que es distinto a que por la mala fabricación de un producto mueran un número determinado de personas, y c) que el hecho típico se haya realizado con el fin de beneficiar a la empresa y no –como podría suceder– a la persona que lo realizó"[70].

Por su parte, el sistema vicarial que adoptó Inglaterra ha sido denominado como *teoría de la identificación,* y su máxima es que el hecho penalmente relevante y punible haya sido "realizado, omitido o ignorado –conociendo de su existencia– por un ente superior que tenga ciertas facultades de administración dentro de la sociedad"[71]. El autor de la actividad debe haber sido un superior y no cualquier persona de la organización. Incluso puede ser un superior que ejerció defectuosamente sus facultades de control y supervigilancia.

Para Núñez, y según lo antes expuesto respecto de la imputabilidad, los sistemas vicariales asumen que las "personas jurídicas no pueden actuar ni ser consideradas culpables de posibles actuaciones delictivas, sí podrán bajo determinadas condiciones ser sujetos de imputación de las responsabilidades penales que se pudiesen derivar de las acciones que hayan realizado sus representantes o subordinados"[72].

Sistema o teoría mixta de atribución de responsabilidad

Estos modelos buscan soluciones intermedias que favorecen equilibrar, por un lado, la posibilidad de culpabilidad de la empresa –entendiéndola como sujeto activo del delito– y, por otro, la responsabilidad individual de la persona natural que interviene directamente en un hecho delictivo.

Para Hernández, estos modelos son versiones "atenuadas" o "más estructuradas" que el de la responsabilidad vicarial pura. Esto, porque la culpabilidad tiene como agregado alguna clase de atribución relacionada con la organización empresarial misma y su desempeño funcional, y no únicamente con la realización de un ilícito por una persona natural dentro de la estructura empresarial[73].

70 Artaza (2021), p. 68.
71 Artaza (2021), p. 69.
72 Núñez (2008), p. 162.
73 Hernández (2010), p. 216.

Para Artaza, la hipótesis es opuesta. A su juicio, el sistema atendería "a modelos de culpabilidad propia de la empresa que son atenuados a través, por un lado, de la importancia que se atribuya a la intervención de la persona natural y, por otro, al rechazo que existe en algunos estamentos de la doctrina en torno a que pueda existir una 'verdadera' culpabilidad de la empresa completamente distinta y paralela a la del sujeto y persona natural"[74].

Este modelo busca encontrar algún elemento que dé cuenta de esa culpabilidad atribuible a la organización. Para eso exige, además de la conducta antijurídica de una persona natural con una cierta posición dentro de la organización, otros factores, como algún defecto atribuible a la organización, que esté a su vez relacionado con la conducta antijurídica de la persona natural. Todo esto para poder argumentar que el ilícito es de la empresa u organización y de la persona natural, y que, simplemente por la posición que tiene en la organización, este se le traspasa.

En estos modelos mixtos se pueden encontrar elementos tanto de los sistemas de atribución de responsabilidad por culpabilidad como de los sistemas vicarios. Según Artaza, los elementos que los constituyen son:

> "a) La comisión de un delito por un sujeto integrante de la persona jurídica pero que sea parte de una determinada clase de empleados de la empresa, esto es, principalmente órganos de dirección y algunos dependientes directos de aquellos, b) que ese ilícito sea cometido en interés de la persona jurídica y, finalmente, c) que ese delito cometido por la persona natural sea consecuencia de una orden de superiores o al menos haya sido 'tolerado' o indirectamente impulsado por los órganos directos de la empresa, o que se haya podido cometer como consecuencia de algún grado de culpa o dolo de la organización empresarial"[75].

El primer elemento supone que un sujeto con un grado de responsabilidad o un lugar específico dentro de la organización tenga participación en un delito de aquellos por los que puede responder la persona jurídica. El modelo teórico no exige que el sujeto sea condenado por el delito.

Como segundo elemento, para lograr la conexión entre aquella conducta típica y antijurídica que solo atañe la responsabilidad penal de la persona natural, y aquella que implica la responsabilidad penal de la persona jurí-

74 Artaza (2021), p. 72.
75 Artaza (2021), p. 86.

dica, es fundamental el interés de la persona jurídica en las consecuencias del delito, es decir, que esta actividad que realiza la persona natural no sea en su propio provecho, sino que, en provecho de la organización.

El hecho de que el juez logre determinar el provecho que obtuvo la persona jurídica por la acción de la persona natural está relacionado con el injusto por el que es legítimo que responda una persona jurídica, además, es parte del conocimiento del caso y de la valoración de los hechos. Más adelante se revisará cómo han hecho este ejercicio los tribunales nacionales a la fecha.

El tercer elemento señala que la persona jurídica u organización debe realizar –o dejar de realizar– algo que esté dentro de sus deberes u obligaciones, que conectado con la conducta de la persona natural, presente un vínculo mediante el cual se atribuye la responsabilidad penal a la organización.

En la doctrina se han elaborado teorías para determinar cuando existe algún grado efectivo de vínculo entre esta obligación o deber de la persona jurídica y la conducta de la persona natural, lo que redunda en la posibilidad de ser declarado culpable[76].

Sistema de culpabilidad de la empresa

Este modelo intenta atribuir culpabilidad directamente a la empresa sin que sea necesario –como en la responsabilidad vicaria o en la heterorresponsabilidad– que se realice un traspaso de responsabilidad de la persona natural a la empresa. Esta culpabilidad tiene como núcleo fundamental y como centro de imputación al ente colectivo u organización, sin dependencia de las personas naturales que lo integran.

Lo esencial es el reconocimiento de la posibilidad de que sea la propia persona jurídica la culpable de sus conductas ilícitas. Se les denomina sistemas de autorresponsabilidad y, según Núñez, lo que los caracteriza es que:

> "Los sistemas de autorresponsabilidad entienden que las personas jurídicas tienen capacidad de acción, de culpabilidad y de punibilidad propia y diferente de las personas físicas que la representan o actúan en su nombre. Ello implica que se les debe considerar como directamente responsables de las infracciones penales que hubiesen cometido"[77].

76 Artaza (2021), p. 68.
77 Castaño (2008), p. 162.

La culpa de la organización o de la empresa es por haber actuado en forma descuidada o haber aumentado el riesgo permitido legalmente. Este modelo simplifica la responsabilidad en los entramados empresariales complejos, en los que se vuelve un problema complejo determinar qué persona natural actuó en beneficio de la persona jurídica.

En esa línea, el profesor Gómez Jara sostiene una verdadera culpabilidad propia de la empresa u organización, no derivada de los actos de las personas naturales, ni de los defectos de organización. Para el autor, "la concepción autopoética del derecho implica que el sistema jurídico no está compuesto por seres humanos, o por acciones, sino por comunicación jurídica". A través del reemplazo del ser humano por comunicación jurídica, el autor pretende soslayar el aspecto psicológico y volitivo de las acciones de las personas jurídicas, para otorgarle una posibilidad de reproche de culpabilidad directamente a la organización por lo que serían sus acciones comunicativas[78].

Modelo de atribución de responsabilidad penal consagrado en la Ley Nº 20.393

La Ley Nº 20.393, que estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, tuvo que elegir entre los sistemas expuestos uno que definiera la fórmula en que esta responsabilidad se haría efectiva en el país.

Se revisará el texto vigente –fundamentalmente los primeros artículos de la ley– para revisar cada uno de los temas con los que se configura la responsabilidad penal de las personas jurídicas y comprender qué modelo se utiliza en nuestro país.

De la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas

> "Artículo 3º. Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1º que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión.

78 Gómez (2010), p. 456.

> Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.
>
> Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.
>
> Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero".

En virtud de esta norma se considera que en Chile opera un sistema mixto, en el que debe existir la conducta punible de una persona natural, con cierta posición dentro de la organización, cuyo actuar debe ir en provecho de la ella y, a su vez, la organización debe haber faltado a sus deberes de prevención, y esta omisión o falta debe vincularse con la acción de la persona natural. Esta acción debe ir en provecho de la persona jurídica, lo que configura un régimen intermedio lejos del vicarial o de heterorresponsabilidad y del de culpabilidad propia de la persona jurídica.

Modelo de prevención de delitos

En cuanto a los deberes de prevención de la persona jurídica, estos se establecen detalladamente en el artículo 4º de la Ley Nº 20.393:

> "Artículo 4º. Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención al que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:
>
> 1) Designación de un encargado de prevención.
>
> a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea esta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la 'Administración de la Persona Jurídica', deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.
>
> b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de

sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.

La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y las facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:

a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1º.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal".

En definitiva, las personas jurídicas en Chile deben prevenir los delitos cumpliendo con el modelo indicado en el artículo transcrito. A la fecha, en la práctica forense, la falta de modelo de prevención en una persona jurídica ha motivado sentencias condenatorias por parte de los tribunales chilenos, entendiendo que si falta alguno de los requisitos del modelo de prevención hay una infracción al deber de prevenir los delitos, sin profundizar en si el cumplimiento con el modelo es realmente eficiente para los fines de la organización.

Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica

El artículo 5º de la Ley Nº 20.393 señala que en Chile la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma de la de las personas naturales, y establece las circunstancias en las que ella subsiste a pesar de la responsabilidad de las personas naturales.

"Artículo 5º. Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo

los demás requisitos previstos en el artículo 3º, se presente alguna de las siguientes situaciones:

1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1º y 6º del artículo 93 del Código Penal.

2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3º se decretare el sobreseimiento temporal de el o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal.

También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1º y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3º, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3º".

Determinación de las penas para las personas jurídicas

La Ley Nº 20.393, en su título segundo, determina las penas aplicables a las personas jurídicas en Chile y regula los aspectos a considerar para imponerlas. A fin de conocer el régimen de determinación de penas para personas jurídicas, a continuación se transcribe parte de las normas que regulan la materia.

El Título II comienza con el artículo 8º, el que trata de las penas en general:

"Artículo 8º. Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.

2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con el Estado.

3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.

4) Multa a beneficio fiscal.
5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13".

Luego de listar las penas aplicables, entre los artículos 9º y 12, la ley regula detalladamente cada una de ellas:

"Artículo 9º. Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. La disolución o cancelación producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica.

La sentencia que declare la disolución o cancelación designará, de acuerdo a su tipo y naturaleza jurídica y a falta de disposición legal expresa que la regule, al o a los liquidadores encargados de la liquidación de la persona jurídica. Asimismo, y en iguales condiciones, les encomendará la realización de los actos o contratos necesarios para:

1) Concluir toda actividad de la persona jurídica, salvo aquellas que fueren indispensables para el éxito de la liquidación;

2) Pagar los pasivos de la persona jurídica, incluidos los derivados de la comisión del delito. Los plazos de todas esas deudas se entenderán caducados de pleno derecho, haciéndolas inmediatamente exigibles, y su pago deberá realizarse respetando plenamente las preferencias y la prelación de créditos establecidas en el Título XLI del Libro IV del Código Civil, particularmente los derechos de los trabajadores de la persona jurídica, y

3) Repartir los bienes remanentes entre los accionistas, socios, dueños o propietarios, a prorrata de sus respectivas participaciones. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del derecho de los afectados para perseguir el resarcimiento de los perjuicios sufridos contra los responsables del delito. En el caso de las sociedades anónimas se aplicará lo establecido en el artículo 133 bis de la ley Nº18.046.

Sin embargo, cuando así lo aconseje el interés social, el juez, mediante resolución fundada, podrá ordenar la enajenación de todo o parte del activo de la persona jurídica disuelta como un conjunto o unidad económica, en subasta pública y al mejor postor. Esta deberá efectuarse ante el propio juez.

Esta pena se podrá imponer únicamente en los casos de crímenes y simples delitos en que concurra la circunstancia agravante establecida en el artículo 7º. Asimismo, se podrá aplicar cuando se condene por crímenes cometidos en carácter de reiterados, de conformidad a lo establecido en el artículo 351 del Código Procesal Penal".

"Artículo 10.- Prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado.

Esta pena consiste en la prohibición de contratar a cualquier título con

órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que este tenga una participación mayoritaria; así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado.

Para determinar esta pena, el tribunal se ceñirá a la siguiente escala:

1) Prohibición perpetua de celebrar actos y contratos con el Estado.

2) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con el Estado. Su duración se graduará del siguiente modo:

a) En su grado mínimo: de dos a tres años.

b) En su grado medio: de tres años y un día a cuatro años.

c) En su grado máximo: de cuatro años y un día a cinco años.

La prohibición regirá a contar de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada. El tribunal comunicará tal circunstancia a la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha Dirección mantendrá un registro actualizado de las personas jurídicas a las que se les haya impuesto esta pena".

"Artículo 11.- De la pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado. Se entenderá, para efectos de esta ley, por beneficios fiscales aquellos que otorga el Estado o sus organismos por concepto de subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de estos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y otras de similar naturaleza.

Esta pena se graduará del siguiente modo:

1) En su grado mínimo: pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal.

2) En su grado medio: pérdida del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio fiscal.

3) En su grado máximo: pérdida del setenta y uno al cien por ciento del beneficio fiscal.

En caso de que la persona jurídica no sea acreedora de tales beneficios fiscales, se podrá aplicar como sanción la prohibición absoluta de percibirlos por un período de entre dos y cinco años, el que se contará desde que la sentencia que declare su responsabilidad se encuentre ejecutoriada. El tribunal deberá comunicar que ha impuesto esta sanción a la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda y a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, con el fin de que sea consignada en los registros centrales de colaboradores

del Estado y Municipalidades que, respectivamente, la ley Nº 19.862 les encomienda administrar".

"Artículo 12.- Multa a beneficio fiscal. Esta pena se graduará del siguiente modo:

1) En su grado mínimo: desde cuatrocientas a cuatro mil unidades tributarias mensuales.

2) En su grado medio: desde cuatro mil una a cuarenta mil unidades tributarias mensuales.

3) En su grado máximo: desde cuarenta mil una a trescientas mil unidades tributarias mensuales.

El tribunal podrá autorizar que el pago de la multa se efectúe por parcialidades, dentro de un límite que no exceda de veinticuatro meses, cuando la cuantía de ella pueda poner en riesgo la continuidad del giro de la persona jurídica sancionada, o cuando así lo aconseje el interés social.

El tribunal, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, comunicará la aplicación de la multa a la Tesorería General de la República, quien se hará cargo de su cobro y pago".

Las penas accesorias aplicables a las personas jurídicas se detallan en el artículo 13.

"Artículo 13.- Penas accesorias. Se aplicarán, accesoriamente a las penas señaladas en los artículos anteriores, las siguientes:

1) Publicación de un extracto de la sentencia. El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutiva de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional.

La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.

2) Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos, instrumentos, dineros o valores del mismo serán decomisados. Cuando por cualquier circunstancia no sea posible decomisar estas especies, se podrá aplicar el comiso a una suma de dinero equivalente a su valor.

Asimismo, en todos los casos, se decomisarán los activos patrimoniales cuyo valor correspondiere a la cuantía de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del delito.

Dichas ganancias comprenden los frutos obtenidos y las utilidades que se hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Sin embargo, no podrá imponerse el comiso respecto de las ganancias obtenidas por o para una persona jurídica y que hubieren sido distribuidas entre sus socios, accionistas o beneficiarios que no hubieren tenido

conocimiento de su procedencia ilícita al momento de su adquisición.

3) En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada".

De la determinación de las penas

Posterior a la enunciación y explicación del contenido de las penas, la ley establece el régimen de acuerdo con el que estas se determinarán en cada caso. Desde el artículo 14 al 18 se establecen las reglas generales en cuanto a las escalas y determinación de penas aplicables a las personas jurídicas.

"Artículo 14.- Escala general. La pena que se imponga a la persona jurídica se determinará en relación con la prevista para el delito correspondiente señalado en el artículo 1º, de conformidad a la siguiente escala:

Escala general de penas para personas jurídicas

1.- Penas de crímenes.

a)Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

b) Prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado en su grado máximo a perpetuo.

c) Pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo o prohibición absoluta de recepción de los mismos de tres años y un día a cinco años.

d) Multa a beneficio fiscal, en su grado máximo.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.

2.- Penas de simples delitos.

a) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con el Estado en su grado mínimo a medio.

b) Pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años.

c) Multa en su grado mínimo a medio.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13".

El artículo 15 establece qué tipos penales, de aquellos de los que son responsables las personas jurídicas, son acreedores de pena de simple delito o de crimen.

> "Artículo 15.- Determinación legal de la pena aplicable al delito. A los delitos sancionados en los artículos 240, 250, incisos segundo y tercero, 287 bis, 287 ter, 318 ter, 456 bis A y 470, numeral 1º y párrafos primero y segundo del numeral 11 del Código Penal, en el Título I de la ley que sanciona delitos informáticos y en el artículo 8º de la ley Nº 18.314, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior.
>
> A los delitos contemplados en los artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el artículo 27 de la ley Nº 19.913 y en los artículos 250 incisos cuarto y quinto, 251 bis y 470 numeral 11 párrafo tercero, del Código Penal, les serán aplicables las penas de crímenes, según lo dispuesto en el artículo precedente.
>
> A los delitos contemplados en el Título II de la ley Nº 17.798, sobre control de armas, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los crímenes o simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior, en consideración a la pena asignada a cada delito en abstracto".

El artículo 16, por su parte, regula la situación de las agravantes y atenuantes en la Ley Nº 20.393.

> "Artículo 16.- Circunstancias modificatorias de responsabilidad. En caso de concurrir una circunstancia atenuante y ninguna agravante, tratándose de simples delitos se aplicarán sólo dos de las penas contempladas en el artículo 14, debiendo imponerse una de ellas en su grado mínimo. Tratándose de crímenes, el tribunal aplicará sólo dos de las penas contempladas en dicho artículo en su mínimum, si procediere.
>
> En caso de concurrir la circunstancia agravante contemplada en esta ley y ninguna atenuante, tratándose de simples delitos el tribunal aplicará todas las penas en su grado máximo o la disolución o cancelación. Tratándose de crímenes deberá aplicar las penas en su máximum, si procediere, o la disolución o cancelación.
>
> Si concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, tratándose de simples delitos el tribunal deberá aplicar sólo una pena, pudiendo recorrerla en toda su extensión. Tratándose de crímenes deberá aplicar dos penas de las contempladas para los simples delitos.
>
> Si concurren varias atenuantes y la agravante prevista en esta ley, esta se compensará racionalmente con alguna de las atenuantes, debiendo ajustarse las penas conforme a los incisos anteriores".

El artículo 17 señala las reglas específicas para la individualización judicial de las penas a aplicar a las personas jurídicas por el juez al dictar la sentencia:

"Artículo 17.- Reglas de determinación judicial de la pena. Para regular la cuantía y naturaleza de las penas a imponer, el tribunal deberá atender, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo, a los siguientes criterios:

1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito.

2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica.

3) La capacidad económica de la persona jurídica.

4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual.

5) La extensión del mal causado por el delito.

6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública".

El artículo 18 determina cómo se transmite la responsabilidad penal de las personas jurídicas si es que esta sufre transformaciones, a efectos de que los cambios no impliquen impunidad.

La norma indica:

"Artículo 18.- Transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos a que se refiere el artículo 1º, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos, si las hubiere, de acuerdo a las reglas siguientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

1) Si se impone la pena de multa, en los casos de transformación, fusión o absorción de una persona jurídica, la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de división, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables del pago de la misma.

2) En los casos de disolución de común acuerdo de una persona jurídica con fines de lucro, la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere asignado.

3) Si se trata de cualquiera otra pena, el juez valorará, atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen, su conveniencia.

> Para adoptar esta decisión deberá atender sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada.
>
> 4) Desde que se hubiere solicitado la audiencia de formalización de la investigación en contra de una persona jurídica sin fines de lucro y hasta la sentencia absolutoria o condenatoria y en tanto esta no esté cumplida, no podrá concederse la autorización del inciso primero del artículo 559 del Código Civil".

El Título II, sobre las consecuencias de la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica, termina haciendo referencia a las causales por las que se puede extinguir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

> "Artículo 19.- Extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad penal de la persona jurídica se extingue por las mismas causales señaladas en el artículo 93 del Código Penal, salvo la prevista en su número 1º".

La excepción se encuentra en la causal de muerte del imputado, ya que las personas jurídicas no mueren. Sin embargo, y como se adelantó, la propia ley regula las formas de transmisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se disuelven.

Cómo se determina la pena dependiendo de el o los delitos por los que se condene a una persona jurídica y qué reglas influyen en la determinación

Revisadas las normas que establecen las penas, vale la pena detenerse en el análisis de los distintos delitos del catálogo del régimen de responsabilidad las personas jurídicas.

Las penas del artículo 14 se establecen para los simples delitos, es decir, para los delitos contenidos en los artículos 240, 250 inciso segundo y tercero, 287 bis, 287 ter, 318 ter, 456 bis A y 470, numeral 10 y párrafos primero y segundo del artículo 110 del Código Penal, y en el artículo 80 de la Ley Nº 18.314.

Las mismas penas del artículo 14 para los crímenes serán aplicables a los delitos contemplados en los artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura; en el artículo 27 de la Ley Nº 19.913, y en los artículos 250 incisos cuarto y quinto, 251 bis y 470 numeral 110, párrafo tercero, del Código Penal.

Los delitos de las personas jurídicas se pueden clasificar en: delitos sancionados con penas de simple delito y delitos sancionados con penas de crimen.

Sancionados con penas de simple delito

Los delitos sancionados con penas de simple delito son: la negociación incompatible, artículo 240 del Código Penal; el soborno en razón del cargo y el soborno para la realización de un acto propio del cargo, incisos segundo y tercero del artículo 250 del Código Penal; la corrupción entre particulares (conducta del empleado o mandatario; conducta del tercero), artículos 287 bis y ter del Código Penal.

En la época más álgida de la pandemia se incluyó en el catálogo el artículo 318 ter del Código Penal, que regula una especie de delito contra la libertad y señala:

> "El que, a sabiendas y teniendo autoridad para disponer el trabajo de un subordinado, le ordene concurrir al lugar de desempeño de sus labores cuando este sea distinto de su domicilio o residencia, y el trabajador se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad sanitaria […]".

También tienen pena de simple delito: la receptación, artículo 456 bis A del Código Penal y la apropiación indebida tipificada en el artículo 470 número 1 del Código Penal. Una de las últimas incorporaciones fue el nuevo delito de administración desleal tanto en su figura básica como en aquella en que el sujeto activo es guardador, tutor o curador de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad. La incorporación más reciente a este catálogo es la trata de personas del artículo 411 quáter del Código Penal.

Delitos sancionados con penas de crimen

Los delitos del catálogo de responsabilidad penal de las personas jurídicas sancionados con penas de crimen son los de los artículos 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA), esto es, introducción de agentes contaminantes en cuerpos acuáticos, tanto en sus hipótesis dolosa e imprudente, y del artículo 139 de dicha ley, es decir, del procesamiento, apozamiento, transformación, transporte, comercialización y almacena-

miento de recursos hidrobiológicos vedados, y la elaboración, comercialización y el almacenamiento de productos derivados de estos. También el artículo 139 bis de la LGPA, que implica la realización de actividades extractivas en áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos, sin ser titular de los derechos respectivos y el artículo 139 ter de la LGPA, esto es, el procesamiento, elaboración o almacenamiento de recursos hidrobiológicos o productos derivados de ellos, respecto de los cuales no acredite su origen legal, y que correspondan a recursos en estado de colapsado o sobreexplotado.

Para conocer la calidad del recurso de *colapsado* o *sobreexplotado* se debe recurrir al registro que lleva el Servicio Nacional de Pesca, y conforme al artículo 65, determinar quién comercialice recursos hidrobiológicos que se encuentren en estado de colapsados o sobreexplotados, o productos derivados de ellos, sin acreditar su origen legal.

También se sancionará con penas de crimen la tenencia, a cualquier título, de recursos hidrobiológicos o productos derivados de ellos de aquellos que trata el artículo 139 ter de la LGPA, conociendo o no pudiendo menos que conocer el origen ilegal de unos u otros se sanciona con pena de crimen.

El delito de lavado de activos descrito en el artículo 27 de la Ley Nº 19.913 tanto en las letras a) y b) como en sus hipótesis dolosa e imprudente tienen pena de crimen.

El financiamiento del terrorismo del artículo 8º de la Ley Nº 18.314; el soborno para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, de los incisos cuarto y quinto del artículo 250 del Código Penal; el soborno para la realización de un hecho constitutivo de delitos; el artículo 251 bis del Código Penal sobre el cohecho de funcionario público extranjero, párrafo tercero del numeral 11 del artículo 470 del Código Penal, y la administración desleal en caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial. Todas aquellas conductas tienen asignadas pena de crimen.

Las penas en particular de las personas jurídicas

Según la escala general de penas para personas jurídicas, regulada en el artículo 14 de la Ley Nº 20.393 tanto en los supuestos de crimen como en los de simple delito deben aplicarse las penas accesorias del artículo 13 de la ley.

Como se adelantó, las reglas acerca de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal están en el artículo 16, donde también se regulan los efectos para la determinación de la pena que derivan de su concurrencia.

Resulta fundamental, entonces, conocer qué es aquello que vale como circunstancia modificatoria de responsabilidad penal para efectos de la determinación de la pena aplicable a una persona jurídica.

En su artículo 6º de la Ley Nº 20.393 reconoce las siguientes circunstancias atenuantes:

> "Artículo 6º.- Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:
> 1) La prevista en el número 7º del artículo 11 del Código Penal.
> 2) La prevista en el número 9º del artículo 11 del Código Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados.
> 3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación".

Mientras que, según el artículo 7º, la única agravante es "haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito".

Por último, los criterios que se deben considerar al determinar la pena de la persona jurídica están en el artículo 17 y son:

1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito.
2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica.
3) La capacidad económica de la persona jurídica.
4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual.
5) La extensión del mal causado por el delito.
6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública.

Casos destacados

Los siguientes casos fueron recogidos del trabajo de investigación realizado por los profesores Iván Navas y Antonia Jaar Labarca, en el que estudiaron caso a caso el comportamiento de la jurisprudencia chilena en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas[79].

Caso "Maggi"

Se trata de una sentencia condenatoria dictada el día 14 de abril de 2014, en causa caratulada "Fisco de Chile con Eadez", RIT Nº 1104-2011, RUC Nº 1000854916-3, por el Juzgado de Garantía de Chillán, en contra de Sociedad Áridos Maggi Limitada por el delito de cohecho. La condenada interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, el cual se tramitó ante la Corte de Apelaciones de Chillán bajo el RIT Nº 105-2014.

Persona natural vinculada a la persona jurídica: i) administrador de Áridos Maggi Limitada; y ii) gerente general y representante legal de la misma empresa.

Interés directo e inmediato de la persona jurídica: la sentencia no hace mención a este requisito.

Incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica.

Caso "Ceresita"

Suspensión condicional del procedimiento en contra de Industrias Ceresita S.A., en causa caratulada "Ministerio Público con Reyes", RIT Nº 157-2012, RUC Nº 1101272897-4. La sentencia fue dictada por el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, por el delito de cohecho.

Persona natural vinculada a la persona jurídica: gerente de Recursos Humanos de Ceresita S.A.

Interés directo e inmediato de la persona jurídica: en la formalización el Ministerio Público lo planteó de la siguiente forma:

Incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica: el tribunal, para afirmar que no se cumplieron los deberes de dirección y supervisión, argumenta que no se implementó ningún modelo de prevención y que la empresa no tenía mecanismos

79 Navas y Jaar (2018), p. 1034.

para evitar la comisión del delito. Sin embargo, no se justifica ni se prueba el hecho que empresa no contara con ellos para prevenir la comisión del delito. Al parecer, no se exige que el Ministerio Público pruebe esta afirmación, y si es que se exigió, esto no quedó plasmada en la sentencia.

Caso "Colbún"

Sentencia condenatoria dictada el 12 de agosto de 2013 en la causa caratulada "Ministerio Público con Rojas", RIT Nº 9211-2012, RUC Nº 1201092968-5, por el Juzgado de Garantía de Talca, en contra de Salmones Colbún Limitada y Servicios Agrícolas Mecanizados Limitada por el delito de cohecho.

Persona natural vinculada a la persona jurídica: i) socio, propietario y representante legal de Salmones Colbún Limitada; ii) socio, propietario y representante legal de Sociedad Agrícola Mecanizados Limitada; iii) gerente comercial de Salmones Colbún Limitada, y iv) asesor legal de la misma empresa.

Interés directo e inmediato de la persona jurídica: el tribunal considera que el delito beneficia a la persona jurídica en cuanto "permitió un aumento patrimonial de los activos de cada empresa, mediante la incorporación fraudulenta de derechos de aguas en predios de su propiedad ubicados en la región de Maule equivalente a 3.300 litros por segundo".

Incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica:

> "Se razona de este modo toda vez que dicho ilícito fue cometido directa e inmediatamente en su interés o provecho por sus dueños y representantes y como consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión, los cuales no se consideran cumplidos toda vez que no se ha adoptado ni implementado un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos conforme al artículo 4º de la ley Nº 20.393, esto último acreditado mediante el Oficio 1.831 del 28 de enero de 2013 de la Superintendencia de Valores y Seguros, a quien corresponde llevar el registro de las Entidades Certificadoras de Modelos de Prevención de Delitos que alude el artículo 4 de la ley Nº 20.293, las cuales deben remitir información anual sobre las personas jurídicas que certifiquen, que da cuenta que Salmones Colbún Ltda. y Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda. no figuran en la información remitida como personas jurídicas certificadas".

Caso "Asevertrans"

Sentencia absolutoria dictada el 2 de junio de 2015 dictada en la causa caratulada "Consejo de Defensa del Estado con Asevertrans Limitada", RIT Nº 33-2014, RUC Nº 1100770074-3, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, que acusa a la persona jurídica Asevertrans Limitada por el delito de cohecho para luego absolverla.

Persona natural vinculada a la persona jurídica: dueño y representante legal de Asevertrans Limitada.

Interés directo e inmediato de la persona jurídica: el tribunal indica que "la acción de soborno de Frías era para obtener la renovación de la PP 9/2009, es decir, una acción que iba en directo beneficio de su empresa Asevertrans". En relación con este caso, el tribunal considera difícil poder distinguir la actuación de una y otra persona, ya que en el fondo es imposible diferenciar el actuar de la persona natural y el de la persona jurídica:

> "En efecto, la conducta desplegada por JFE de sobornar a funcionarios públicos iba en directo beneficio no sólo de su empresa, sino que de él directamente, lo que hace que la existencia o no de cualquier modelo de prevención en la especie es inocuo, ya que al ser Asevertrans una empresa unipersonal, no hay acciones que puedan diferenciar la conducta de JFE con la de la empresa, ya que en la práctica es la persona natural la que actúa o dicho de otra forma, la persona natural y jurídica se confunden en el ejercicio de su vida comercial".

Incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica.

Caso "Pehuenche"

Sentencia condenatoria dictada el 19 de agosto de 2015 en la causa caratulada "Ilustre Municipalidad de Santiago con Droguett", RIT Nº 11862-2014, RUC Nº 1400129785-7, por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en contra de Empresa Constructora Pehuenche por el delito de cohecho.

Persona natural vinculada a la persona jurídica: representante legal y socio de Constructora Pehuenche Limitada.

Interés directo e inmediato de la persona jurídica: el tribunal manifiesta que el interés para la empresa es que durante la ejecución del contrato de

pavimentación, el municipio dejó de cursar multas a la empresa por un monto aproximado y total de $188.472.735, y de no mediar las conductas desplegadas por el subdirector de Pavimentación SDE, se hubiese puesto término al mismo por el incumplimiento.

Incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica:

> "La comisión de delito en comento, fue consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica imputada, esto es, empresa constructora Pehuenche Limitada, toda vez que, de acuerdo a los dispuesto en el artículo 3º de la ley 20.393, esta sociedad no adoptó ni implementó, con anterioridad a los hechos, un modelo de prevención de delitos en los términos del artículo número 4 de la misma ley, ni contó con mecanismos para prevenir la conducta de soborno antes descrita".

Caso "Universidad del Mar"

Sentencia condenatoria dictada el 2 de junio de 2016 en la causa caratulada "Ministerio Público con Luis Eugenio Díaz", RIT Nº 4799-2012, RUC Nº 1200084351-0, por el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, en contra de la Universidad del Mar por el delito de cohecho.

Persona natural vinculada a la persona jurídica: rector de la Universidad del Mar.

Interés directo e inmediato de la persona jurídica: el provecho se relaciona con que, al obtener la acreditación institucional, las universidades pueden recibir alumnos con beneficio CAE (Crédito con Aval del Estado). Ello tiene consecuencias financieras importantes para la institución, ya que obtiene retornos seguros, aun respecto de alumnos de escasos recursos. Las conductas fueron ejecutadas en directo interés y provecho de la Universidad, por cuanto el rector, autoridad máxima de la institución, consintió en dar un beneficio económico a un funcionario público a cambio de obtener la acreditación institucional.

Incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica: la sentencia no se limita a usar la fórmula tipo de las dos sentencias anteriores, sino que explica con mayor detalle por qué este requisito se verifica enumerando diversas medidas que la institución podría haber tomado y que no fueron implementadas:

"No se designaron en ninguna de ellas a un encargado de prevención u oficial de cumplimiento que estableciera método para la aplicación efectiva de un modelo y que realizara asimismo labores de supervisión y mejora. No se destinaron por parte de la Corporación recursos ni medios materiales para realizar labores de prevención ni capacitaciones para prevenir dicho ilícito, no se realizaron labores para identificar dentro de la corporación las actividades o procesos de la entidad en que se generaba o incrementaba el riesgo de la comisión del delito de soborno, especialmente en relación con la CNA y sus integrantes. [...] No se establecieron por dichas Corporaciones un sistema de denuncia o prosecución de responsabilidades para el caso de incumplimiento, ni un sistema de denuncias anónimas sobre posibles conductas contrarias a la probidad pública".

Capítulo 5

Reglas de determinación legal y judicial de la pena en adultos

En relación con la aplicación de las penas, el Mensaje de nuestro Código Penal advierte a los jueces y juezas que no se trata de una tarea sencilla:

> "Sería largo enumerar las reformas que contiene el libro primero con respecto a los principios que dominan en la legislación vigente. Bastará mencionar entre las principales la adopción de circunstancias atenuantes y agravantes sometidas a reglas fijas, para apreciar el grado de responsabilidad resultante de los delitos, la determinación precisa de las únicas penas que la ley permite aplicar, y la fijación de los preceptos a los que debe someterse la prescripción tanto de la pena como del delito, materias todas que si no pueden considerarse olvidadas por completo en nuestras leyes penales, se ofrecen en ellas a lo menos rodeadas de dudas y ambigüedades que mal se avienen con la claridad que debe distinguirlas".

Luego, se agregó un consejo –y una esperanza–: confiar en la rectitud y el criterio de los jueces y juezas:

> "En cuanto a lo primero, se ha procurado dar reglas bastante comprensivas, pero precisas al mismo tiempo, para que puedan fácilmente ser aplicadas por el tribunal en cualquier caso sometido a su decisión. En esta materia, como en todo lo que concierne al Derecho Penal, es indispensable confiar a la rectitud y al sano criterio del magistrado gran parte de lo que debiera, en rigor, hallarse consignado en la ley, pues no hay precepto alguno general, por claro y perfecto que se suponga, que pueda suplir a la apreciación juiciosa de los hechos, propia sólo del tribunal que los ve y los pesa".

Precisamente, por esto último es que la tarea de juzgar es delicada, es ejecutada por personas para juzgar a personas y, por lo mismo, es falible. Por eso, jueces y juezas deben, en la medida de lo posible, ser lo más justos que puedan; recuérdese que la mayoría de las sanciones equivalen a privaciones de derechos, algunos inalienables para todo ser humano, como la libertad.

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, es decir, fijar las consecuencias jurídicas del delito[80].

Para Juan Pablo Mañalich, "cabe entender por reglas de determinación de la pena aquellas que determinan la naturaleza, la magnitud y el modo de ejecución de una pena en tanto consecuencia jurídica impuesta sobre la persona responsable de un hecho jurídico-penalmente delictivo"[81].

Se habla del uso de un doble juego de reglas para la determinación de la pena. Por un lado, están aquellas que permiten la fijación legal de la pena, que son las que están ya determinadas por el legislador, y, por el otro, están las llamadas reglas de individualización judicial de la pena, que son las que utilizan los jueces y las juezas. Se trata, entonces, de "actividades realizadas por organismos distintos y regidos por reglas jurídicas diferentes, aunque no debe desconocerse su relación funcional, al estar dirigidos ambos al mismo objetivo: la determinación e individualización de la pena concreta a imponer al condenado"[82].

Mañalich[83] también alude a la existencia de estos dos tipos de reglas de determinación de penas, las legales y las judiciales, y añade que cada uno de estos estratos se subdivide en reglas de determinación en sentido amplio y restringido. Para este autor, las reglas legales de determinación en sentido estricto serían aquellas por medio de las que la ley fija la posible extensión de la pena –lo que nosotros llamamos el *marco penal*–; mientras que las reglas legales de determinación en sentido amplio serían todas aquellas que hacen posible que ese marco penal se vea alterado. Según Mañalich, un subconjunto paradigmático de reglas legales de determinación en sentido amplio estaría constituido por las normas relativas a los concursos de hechos punibles.

Por otro lado, el autor indica que las reglas judiciales de determinación en sentido estricto serían las que permiten efectuar la determinación exacta de la pena; aquí incluye los juegos de atenuantes y agravantes y el artículo 69 del Código Penal. Finalmente, como reglas judiciales de determinación de la pena en sentido amplio comprende las penas sustitutivas que el juez o la jueza penal pueden aplicar[84].

80 Cury (1997), p. 381.
81 Mañalich (2018), p. 215.
82 Matus y Ramírez (2021), p. 600.
83 Mañalich (2018), p. 216.
84 Mañalich (2018), pp. 216-218.

Tanto la pena adulta –aplicable a los mayores de 18 años– como la pena juvenil –aplicable a menores adolescentes entre 14 y 18 años– emplean el doble juego de reglas anteriores.

Lógicamente, el uso de ambos tipos de reglas queda en manos del juzgador. Las reglas de la determinación legal de la pena que confiere el legislador en el Código Penal, y en las leyes especiales, fijan para el juez el grado de la pena a aplicar, en tanto las de individualización judicial son las que permiten fijar el *quantum* exacto de la pena dentro de ese grado.

Para adultos, los artículos 69 y 69 bis del Código Penal contienen las reglas de individualización judicial de la pena. Para el caso de los adolescentes, es el artículo 24 de la Ley Nº 20.084 el que se hace cargo de ello.

Respecto de los adolescentes, hay que tener claro, desde ya, que la Ley Nº 21.527, publicada en el *Diario Oficial* el 12 de enero de 2023, modifica el artículo 24 actual de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, con entrada en vigencia diferida a contar del 12 de enero de 2024 en algunas regiones, para terminar el 12 de enero de 2026. Lo anterior quiere decir que habrá dualidad de normas vigentes, dependiendo del lugar donde funciona el tribunal respectivo.

Tanto en delitos cometidos por mayores como por menores adolescentes, el uso de las reglas de individualización judicial de la sanción será más difícil de controlar, pues operan dentro del marco de discrecionalidad del juez. Este marco de discrecionalidad permite al juez o jueza elegir el *quantum* de una pena o sanción específica dentro de uno o la más grados completos o bien dentro del máximum o mínimum, si lo que queda por aplicar es un grado de una pena divisible o bien alguna de las sanciones de la escala fijada para menores adolescentes.

El ámbito de la discrecionalidad del juez es criticado por parte de la doctrina, a veces, en mi opinión, confundiéndolo con arbitrariedad.

Al respecto, Medina Schulz expone:

> "Ambas premisas bajo las cuales opera la determinación de pena en nuestro derecho han transformado a esta etapa de la atribución de responsabilidad por hechos ilícitos en el espacio predilecto de la arbitrariedad judicial, de forma tal que, con prescindencia de los esfuerzos dogmáticos a fin de refinar el proceso de subsunción de un comportamiento bajo una determinada norma penal, el resultado concreto se puede ver notoriamente alterado de acuerdo a la aplicación que de esas disposiciones efectúen los tribunales. La facultad judicial de determinar la pena concreta es invaluable

> y, por cierto, irrenunciable. Sin embargo, ella no puede convertirse en el vehículo predilecto del decisionismo contra-legislativo"[85].

La discrecionalidad de la judicatura se acentúa aún más en la determinación judicial de la pena juvenil, pues no solo opera el *quantum*, sino que, además, jueces y juezas deben elegir las sanciones posibles en el artículo 23 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

Por otra parte, el uso (in)adecuado de las reglas de determinación legal de la pena será más fácil de pesquisar.

Como se adelantó, las reglas de individualización judicial de la sanción en el caso de los adultos se reducen a los artículos 69, 69 bis y 70 del Código Penal y la de los menores adolescentes al artículo 24 de la Ley Nº 20.084, que es bastante más pródiga. A futuro sería bueno contar con algunos de los criterios del artículo 24 para una mejor justificación de la sanción de los adultos.

La doctrina ha sido crítica, y con razón en muchos casos, acerca del nulo, poco o mal uso de la regla del artículo 69 del Código Penal, única norma que permite justificar el *quantum* de la sanción dentro del grado que la aplicará. Es de suma importancia determinar correctamente, y para el caso concreto, cuáles y cuántas atenuantes y agravantes concurren, y cuál es su *entidad* –concepto que no aparece explicado en ninguna parte– y luego definir la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, locuciones que también requerirán de interpretación judicial.

Garrido Montt señala:

> "Uno de los aspectos complejos en el área penal es la determinación de la sanción que corresponde a cada delito, aspecto que afecta tanto a la actividad legislativa como a la judicial. No es fácil establecer los parámetros que han de precisarla; el sistema que se emplee dependerá, en buena parte, de los fines que se pretenda alcanzar con la pena y la naturaleza de esta"[86].

En efecto, y como se explicará, para hacer una correcta determinación de la pena para los adultos juegan una serie de variables que él o la juzgadora deben conocer.

85 Medina (2009), p. 203.
86 Garrido (2001), p. 305.

La determinación del castigo en adultos

Tatiana Vargas expone que *determinar* no solo dice relación con la decisión final respecto de la elección de la pena concreta en la sentencia condenatoria, sino que también con "la decisión acerca de si corresponde suspenderla o sustituirla, con atención a criterios de merecimiento y necesidad de pena, junto con circunstancias fácticas del injusto penal y condiciones personales de su autor"[87].

Aplicar la sanción correcta no es una tarea fácil. Son muchas las variables que la ley establece y que el juez o la jueza debe tomar en cuenta. Además, para el caso de los adultos, la ley solo determina tramos posibles de penas a aplicar, expresados en grados; por ejemplo, la pena de presidio o reclusión menor en su grado medio recorre un tramo que va desde los 541 días hasta los 3 años.

Pues bien, una vez determinado el grado o grados de pena a aplicar, el juez o la jueza deben decidir qué pena concreta en tiempo eligen para la persona condenada, ubicada dentro de la escala propuesta. En el ejemplo anterior, la judicatura puede decidir 541 días, 543, 651, 700 días, 2 años, 2 años 6 meses, 3 años, todas ellas son posibles. Sin embargo, la elección de cualquiera de ellas debe ser fundamentada y basarse en los parámetros asignados por la ley en el artículo 69 del Código Penal, justamente para que la decisión tomada no se torne o vea por terceros como una decisión arbitraria.

La mecánica anterior supone, entonces, dos pasos. Primero, el de la determinación legal de la sanción que nos dará uno o más grados posibles de pena desde dónde elegir y, segundo, el de la determinación de la pena exacta, o determinación judicial de la sanción.

Sobre esta operación, la excelentísima Corte Suprema ha manifestado:

> "Que, el proceso de determinación de las penas contempla dos etapas: una, legal y otra, judicial. En la primera, se obtiene el denominado marco legal y, en el sistema denominado de 'determinación judicial', se procede por el juez a tomar en cuenta las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y hace la valoración que de estas conforme lo permiten, en cada caso, los artículos 63 a 73 del Código Penal. Este ejercicio conduce a fijar el castigo en concreto, esto es, la clase y medida de la reacción penal

87 Vargas (2014), p. 105. Por ello, en este libro se comprende también, en otro apartado, el tema de las penas sustitutivas.

> frente a quien ha intervenido en un hecho punible, fase que constituye una función autónoma del juez"[88].

En una sentencia anterior, la Corte Suprema expuso:

> "Que, a mayor abundamiento, debe agregarse que el proceso de determinación de las penas contempla en general dos etapas, una legal y otra judicial. En la primera, que se encuentra debidamente reglamentada en la legislación en los artículos 50 a 61 del Código Penal, luego de considerar la sanción establecida por la ley, el grado de desarrollo del delito y la autoría y participación criminal, se obtiene el denominado 'marco legal'. Y a continuación, se confrontan dichos extremos, de conformidad al sistema denominado 'determinación judicial', ello de acuerdo al artículo 62 y siguientes del código en referencia, en que se procede por los jueces a considerar las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal concurrentes en el hecho y la valoración que de estas hacen y permiten en cada caso los artículos 63 a 73 del texto punitivo, a los que cabe agregar –cuando se está en presencia de pluralidad de ilícitos–, las reglas de los artículos 74 y 75 del mismo código ya citado, así como el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, cuyo ejercicio llevará finalmente a fijar el castigo en concreto"[89].

Tal como advierte Vargas, se trata de un *proceso de determinación*, pues "la decisión del juez (o jueza) no es automática ni ocurre en un solo momento y se habla de 'proceso' porque existe una serie de etapas por las que pasa la pena hasta que el juzgador, luego de establecer la responsabilidad penal de un sujeto por la comisión de un delito, elige la sanción exacta"[90].

Conceptos básicos para la determinación de la pena de adultos

Coincidimos con Medina cuando expone:

> "La cuestión sobre determinación de pena en el derecho chileno obedece a un doble sistema, de determinación legal de marcos y determinación

88 Así aparece en motivo séptimo de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 402-2005, de 15 de julio de 2015.

89 Así aparece en motivo duodécimo de la sentencia de la Corte Suprema, Rol Nº 7235-2008.

90 Vargas (2014), p. 105.

judicial de la pena concreta a aplicar, momento en el cual tanto la clase de sanción como su extensión son elementos sobre los cuáles ha de reflexionarse"[91].

En efecto, hay un doble juego de normas que operan, por un lado, aquellas expuestas en la ley y que permiten fijar el o los grados posibles de pena a aplicar y luego, aquellas normas que permiten al juez, dentro del grado elegido imponer una pena precisa.

Vargas menciona que en la determinación judicial la elección del *quantum* se hace en atención a la conducta injusta (nivel de injusto) y al grado de reproche del agente[92].

El artículo 69 del Código Penal indica que, dentro de los límites de cada grado, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención a la entidad y al número de las circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. Se añade ahora la *calidad de la víctima*, y se atiende a si es menor de edad, adulto mayor o persona en situación de discapacidad, con lo que el legislador también contempla el nivel de injusto y el grado de reproche del agente. En materia de algunos delitos sexuales, por modificación de la Ley Nº 21.153 y la incorporación de un nuevo artículo 369 bis A, se comprende, dentro de los parámetros para determinar la extensión del mal causado, la afectación psíquica o mental de la víctima.

En el sistema de determinación de penas del Código Penal hay, al decir de Garrido Montt[93], una estrecha cooperación entre el legislador y el juez. El primero crea un marco penal que es el mismo para todos los casos que se subsuman en el precepto penal; al segundo le corresponde escoger entre las distintas alternativas que señale la ley –por ejemplo, tratándose de penas disyuntivas entre una pecuniaria y una privativa de libertad– y, además, después de optar por una de ellas, le corresponde fijarla en su *quantum* o medida, considerando para ello la naturaleza y gravedad del delito, la culpabilidad, la forma de participación, el *iter criminis*, etcétera.

El legislador contempla diversas penas que, *grosso modo,* pueden dividirse en penas privativas de libertad, privativas de derechos, pecuniarias y penas accesorias de todas las anteriores.

91 Medina (2009), p. 203.
92 Vargas (2014), p. 106.
93 Garrido (2001), p. 306.

Las privativas de libertad son la de presidio perpetuo calificado, presidio perpetuo, reclusión perpetua, presidio mayor, presidio menor, reclusión mayor, reclusión menor y la de prisión. Las últimas cinco comprenden, a su vez, tres grados cada una: máximo, medio y mínimo.

Por otra parte, son penas privativas de derechos, el confinamiento, el extrañamiento, el destierro y la relegación.

Las penas accesorias son: la inhabilidad absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad; la inhabilidad absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y la inhabilidad absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena o bien la suspensión de cargo u oficio público o profesión titular durante el tiempo de la condena.

Finalmente, la pena pecuniaria por excelencia es la multa, que, además, se considera como la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales. Según indican los incisos primero y segundo del artículo 60 del Código Penal, para fijar la cuantía de la multa se adopta 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.

Una excepción a esta regla está en el delito de evasión de detenidos del artículo 304 del Código Penal:

> "Cuando empleando las reglas anteriores para aplicar la pena, no pudiera esta determinarse por falta de grados inferiores o por no ser aplicables las de inhabilitación y suspensión, se impondrá la última que contenga la respectiva escala gradual".

Las penas del Código Penal se clasifican en tres escalas

Según se indicó, el artículo 21 del Código Penal categoriza las penas según su gravedad en: penas de crímenes, penas de simples delitos y penas de faltas. Existen, además, penas comunes a las tres clases anteriores. Estas son: multas y pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito.

Penas de crímenes

- Presidio perpetuo calificado.

- Presidio perpetuo.
- Reclusión perpetua.
- Presidio mayor.
- Reclusión mayor.
- Relegación perpetua.
- Confinamiento mayor.
- Extrañamiento mayor.
- Relegación mayor.
- Inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares.
- Inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.
- Inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad.
- Inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que este tenga una participación mayoritaria, o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública.
- Inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio público o profesión titular.
- Inhabilitación absoluta temporal para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que este tenga una participación mayoritaria, o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad públicas.
- Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

- Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad.
- Inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares.
- Inhabilitación especial temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular.

Penas de simples delitos

- Presidio menor.
- Reclusión menor.
- Confinamiento menor.
- Extrañamiento menor.
- Relegación menor.
- Destierro.
- Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.
- Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad.
- Inhabilitación absoluta temporal para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que este tenga una participación mayoritaria, o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública.
- Inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas.
- Suspensión de cargo u oficio público o profesión titular.
- Inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.

- Suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.
- Inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales.

Penas de faltas

- Prisión.
- Inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.
- Suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.

Duración de las distintas penas según el Código Penal

Según señala el artículo 25 del Código Penal, las penas tienen los siguientes límites temporales:

- Penas temporales[94] mayores: 5 años y 1 día a 20 años.
- Penas temporales menores: 61 días a 5 años.
- Inhabilitación absoluta y especial temporales para cargos y oficios públicos y profesiones titulares: 3 años y 1 día a 10 años.
- Suspensión de cargo u oficio público o profesión titular: 61 días a 3 años.

Penas principales y penas accesorias

La tabla 1 sintetiza las reglas de los artículos 27 al 30 del Código Penal en cuanto a la relación entre penas principales y accesorias.

Tabla 1. Penas principales y accesorias

Artículo del Código Penal	Penas principales	Penas accesorias
27	Presidio, reclusión y relegación perpetuos.	Inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida de los penados y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máximum que establece el Código Penal.
28	Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores.	Inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.
29	Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos.	Inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

94 Según dispone el artículo 26 del Código Penal, la duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado.

Artículo del Código Penal	Penas principales	Penas accesorias
30	Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados medios y mínimos, y las de destierro y prisión.	Suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.
31	Pena de Comiso para crímenes y simples delitos.	Se impondrá el comiso de toda cosa que ha sido empleada como instrumento en la perpetración de un delito y sea especialmente apta para ser empleada delictivamente. Se entenderá que son especialmente aptas para ser utilizadas delictivamente, en todo caso, aquellas cosas cuya tenencia o porte se encuentra en general prohibida por la ley. El tribunal deberá decretar el comiso de cosas especialmente aptas para ser utilizadas delictivamente aun si el imputado resulta absuelto o sobreseído. Para ello bastará el establecimiento de su uso en un hecho delictivo. En este caso, el comiso será impuesto de conformidad con el procedimiento establecido en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal. El comiso de instrumentos especialmente aptos para ser utilizados delictivamente procederá aun respecto de terceros de buena fe y que tengan título para poseer la cosa, a menos que se establezca que el dueño no tuvo responsabilidad en el uso de la cosa por parte del hechor. Si el comiso afecta a un tercero de buena fe y que no tiene responsabilidad por el hecho, éste podrá solicitar indemnización al hechor. El comiso de una cosa que no sea especialmente apta para ser utilizada delictivamente y que ha servido de instrumento en la perpetración del hecho solo será impuesto en la sentencia condenatoria y siempre que la cosa haya sido utilizada en la perpetración de un delito. Lo dispuesto en el inciso anterior no procederá respecto de terceros de buena fe. El tribunal prescindirá de su imposición cuando la privación de su propiedad le ocasione un perjuicio desproporcionado al afectado

Fuente: Elaboración propia.

Definición, naturaleza y efectos de algunas penas

Pena de presidio

La pena de presidio es la que sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal durante el tiempo que dure su condena.

Penas de reclusión y prisión

Las penas de reclusión y prisión no le imponen al condenado trabajo alguno (artículo 32 del Código Penal).

Presidio perpetuo calificado

El presidio perpetuo calificado importa la privación de libertad del condenado de por vida, bajo un régimen especial de cumplimiento que se rige por las reglas del artículo 32 bis del Código Penal:

> "1.ª No se podrá conceder la libertad condicional sino una vez transcurridos cuarenta años de privación de libertad efectiva, debiendo en todo caso darse cumplimiento a las demás normas y requisitos que regulen su otorgamiento y revocación;
> 2.ª El condenado no podrá ser favorecido con ninguno de los beneficios que contemple el reglamento de establecimientos penitenciarios, o cualquier otro cuerpo legal o reglamentario, que importe su puesta en libertad, aun en forma transitoria. Sin perjuicio de ello, podrá autorizarse su salida, con las medidas de seguridad que se requieran, cuando su cónyuge, su conviviente civil, o alguno de sus padres o hijos se encontrare en inminente riesgo de muerte o hubiere fallecido;
> 3.ª No se favorecerá al condenado por las leyes que concedan amnistía ni indultos generales, salvo que se le hagan expresamente aplicables. Asimismo, sólo procederá a su respecto el indulto particular por razones de Estado o por el padecimiento de un estado de salud grave e irrecuperable, debidamente acreditado, que importe inminente riesgo de muerte o inutilidad física de tal magnitud que le impida valerse por sí mismo. En todo caso el beneficio del indulto deberá ser concedido de conformidad a las normas legales que lo regulen".

Presidio perpetuo simple

La pena de presidio perpetuo simple es la que sujeta al condenado a una privación de libertad de por vida, sin el régimen especial del artículo 32 bis. Algunos ejemplos de delitos con pena abstracta de presidio perpetuo calificado son: los de los artículos 106, 141 inciso final, 150 B número 1, 268 ter, 372 bis, 390, 390 bis y 433 número 1 del Código Penal.

Confinamiento

El confinamiento es la expulsión de la persona condenada del territorio de la República con residencia forzosa en un lugar determinado (artículo 33 del Código Penal). Son ejemplos de delitos con pena abstracta de confinamiento los tipificados en los artículos 121, 124 y 126 del Código Penal.

Extrañamiento

El extrañamiento es la expulsión del condenado del territorio de la República al lugar de su elección (artículo 34 del Código Penal). Algunos delitos sometidos a esta pena son los de los artículos 118, 121, 123, 125 y 126 del Código Penal.

Relegación

La relegación es la traslación de la persona condenada a un punto habitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad (artículo 35 del Código Penal). Ejemplos de delitos con pena abstracta de relegación son: artículos 133, 388, 399, 401, 471, 473, 490 número 1 y 490 número 2 del Código Penal.

Destierro

El destierro es la expulsión del condenado de algún punto de la República (artículo 36 del Código Penal). Actualmente no hay delitos con pena abstracta de destierro; antes existía para el delito de amancebamiento del artículo 381 del Código Penal, hoy derogado.

Las penas se dividen en grados

En la tabla 2 se resume la división en grados de las penas privativas de libertad (principales y accesorias) y la extensión de cada grado en tiempo.

Tabla 2. Extensión de las penas privativas de libertad principales y accesorias

Penas	Grado mínimo	Grado medio	Grado máximo	Toda la pena
Prisión.	1 a 20 días	21 a 40 días	41 a 60 días	1 a 60 días
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores y destierro.	61 a 540 días	541 días a 3 años	3 años y 1 día a 5 años	61 días a 5 años
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores.	5 años y 1 día a 10 años	10 años y 1 día a 15 años	15 años y 1 día a 20 años	5 años y 1 día a 20 años
Inhabilitación absoluta y especial temporales.	3 años y 1 día a 5 años	5 años y 1 día a 7 años	7 años y 1 día a 10 años	3 años y 1 día a 10 años
Suspensión de cargo y oficio público y profesión titular.	61 días a 1 año	1 año y 1 día a 2 años	2 años y 1 día a 3 años	61 días a 3 años

Fuente: Elaboración propia.

Las penas divisibles y los grados de las penas

Como adelantamos, las penas divisibles constan de tres grados: mínimo, medio y máximo (artículo 56 del Código Penal). Cada grado de una pena divisible constituye una pena distinta (artículo 57 del Código Penal).

Dentro de un grado, las penas se descomponen en máximum y mínimum. Existen distintas fórmulas que permiten calcular el mínimum y el máximum dentro de un grado.

Por ejemplo, el Código Penal, en el artículo 67 inciso tercero, señala:

> "Para determinar en tales casos el mínimum y el máximum de la pena, se divide por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximum y la más baja el mínimum".

La fórmula del artículo 67 resulta de fácil aplicación para las penas de prisión y de presidio o reclusión mayor, ya que cada grado es igual a otro en días de duración. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el presidio o reclusión menor.

Duración en días de las penas privativas de libertad

La duración en días de los distintos grados de las penas es igual para todos los grados de la prisión y del presidio o reclusión mayor, no así para el presidio o reclusión menor:

a) La prisión:
   1 a 20 días = 20 días prisión en su grado mínimo
   21 a 40 días = 20 días prisión en su grado medio
   41 a 60 días = 20 días prisión en su grado máximo
b) El presidio o reclusión menor:
   61 a 540 días = 479 días presidio menor grado mínimo
   541 a 1.095 días = 554 días presidio menor grado medio
   1.096 a 1.825 días = 729 días presidio menor grado máximo
c) El presidio o reclusión mayor:
   1.826 a 3.650 días = 1.824 días presidio mayor grado mínimo
   3.651 a 5.475 días = 1.824 días presidio mayor grado medio
   5.476 a 7.300 días = 1.824 días presidio mayor grado máximo

Las penas compuestas tienen grado mínimo y máximo de penalidad. De esta forma, en los casos en que la ley señala una pena compuesta de dos o más penas distintas, cada una de ellas forma un grado de penalidad, la más leve será el grado mínimo y la más grave el máximo.

Las escalas graduales de penas

Hay cinco escalas graduales de penas. La escala gradual más ocupada es la número 1, que se compone de 11 grados y se sintetiza según muestra la tabla 3.

Tabla 3. Primera escala gradual de penas

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

Fuente: Elaboración propia.

¿Cómo se aplican las penas?

Nuestro legislador, entre los artículos 50 y 78 del Código Penal, da diversas reglas relativas a la aplicación de las penas. Como se indicó, hay diversos factores de la parte general que inciden en la determinación de la pena.

El legislador parte por establecer dos reglas que inciden directamente en el marco legal de la pena asignada en la ley para los delitos consumados y que permiten rebajar la pena en uno, dos, tres o cuatro grados. Según estas reglas, la rebaja dependerá del grado de ejecución del delito –consumado, frustrado o se encuentra en grado de tentativa– y del grado de participación del imputado –autor, cómplice o encubridor–. Esto se regula entre los artículos 50 a 54 del Código Penal.

"Iter criminis" y grado de participación

Las penas indicadas en cada tipo penal son una sanción para el autor de un delito consumado. Luego, si se trata de un delito en grado imperfecto o no acabado en su ejecución (frustrado y tentativa) o de un partícipe no autor (cómplice o encubridor), el legislador señala ciertas rebajas (tabla 4).

Tabla 4. Modificación de la pena según grado de ejecución del delito y grado de participación del sujeto

	Autor	Cómplice	Encubridor
Delito consumado	Toda la pena (artículo 50)	Un grado menos (artículo 51)	Dos grados menos (artículo 52)
Delito frustrado	Un grado menos (artículo 51)	Dos grados menos (artículo 52)	Tres grados menos (artículo 52)
Tentativa	Dos grados menos (artículo 52)	Tres grados menos (artículo 53)	Cuatro grados menos (artículo 54)

Fuente: Elaboración propia.

Según el artículo 8º del Código Penal, la conspiración y proposición para cometer un crimen o simple delito –circunstancias que se encuentran debajo de la tentativa en el *iter criminis*– solo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente. Se castiga la conspiración y la proposición en los delitos de los artículos 106, 107, 108, 109 y 110 en relación con el artículo 111 del Código Penal y en los artículos 121, 122 y 124 con relación al artículo 125 del Código Penal.

Además, las disposiciones generales contenidas en los artículos 51, 52, 53 y 54 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 (artículo 55 del Código Penal).

Una vez que se tiene determinado el grado de ejecución del delito y el grado de participación del responsable, debe haber claridad respecto a si en el hecho que se le imputa concurren o no circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. De ello se hace cargo el legislador entre los artículos 62 a 69 bis del Código Penal y regula cómo es que incide la existencia de atenuantes o agravantes en el aumento o rebaja de la pena en grados.

Las circunstancias atenuantes y agravantes

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 la ley (artículo 62 del Código Penal).

Regla especial para las agravantes (artículo 63 del Código Penal)

> "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".

La excepción a esta regla está en el nuevo artículo 368 bis del Código Penal, que permite el uso de la agravante del artículo 12 número 1 en varios delitos sexuales. La norma lo señala expresamente al decir que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63, en los delitos señalados en los párrafos V, VI y VII del Título VII del Libro II del Código Penal, serán circunstancias agravantes, además de la pluralidad simple de autoría, la agravante primera del artículo 12, esto es:

> "Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro".

Regla especial de comunicabilidad para agravantes y atenuantes (artículo 64 del Código Penal)

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

Según Etcheverry:

> "Es posible que en la comisión de un hecho concurran determinadas circunstancias con respecto a algunos de los partícipes, y no con respecto a los demás. Estas circunstancias, consideradas aisladamente, determinarían una penalidad diferente para cada partícipe. El problema central radica aquí en determinar si, por el hecho de tratarse de una obra común, tanto en lo objetivo como en lo subjetivo, estas circunstancias afectan a la totalidad de los partícipes o no […].

Del precepto citado se desprende la división de las circunstancias en dos grupos: las personales y las materiales (o reales). Las primeras afectan a la persona más que al hecho, y pueden radicar en la disposición moral

(premeditación), en las relaciones particulares con el ofendido (pariente, empleado público) o en otra causa personal reincidencia, irreprochable conducta anterior). Las otras consisten en la ejecución material del hecho (veneno) o en los medios empleados para realizarlo (abuso de armas, medio catastrófico). Las primeras no se comunican nunca; las segundas afectan según el conocimiento de las mismas que los respectivos partícipes tengan en el momento de la acción (si son ejecutores) o de su cooperación para el delito (si son otra clase de partícipes)"[95].

Regla cuando hay una sola pena indivisible (artículo 65 del Código Penal)

> "Art. 65. Cuando la ley señala una sola pena indivisible, la aplicará el tribunal sin consideración a las circunstancias agravantes que concurran 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".

En la tabla 5 se sintetiza la regla del artículo 65 transcrito.

Tabla 5. Concurrencia de circunstancias modificatorias frente a una pena indivisible (presidio perpetuo calificado)

Número de atenuantes	Número de agravantes	Resultado
0	0	Se debe aplicar perpetuo calificado.
1	0	Se debe aplicar perpetuo calificado.
1 muy calificada (artículo 68 bis)	0	Se puede (debe) imponer la pena inferior en grado: presidio perpetuo simple.
0	1 o más	Se debe aplicar perpetuo calificado.
1	1	Se puede recorrer toda la pena.
2 o más	0	Se puede (debe) imponer la pena inferior en 1 o 2 grados: presidio perpetuo simple o presidio mayor en su grado máximo.

Fuente: Elaboración propia.

Regla cuando hay una pena compuesta de dos penas indivisibles (artículo 66 del Código Penal)

> "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.

95 Etcheverry (1997), pp. 81-82.

Cuando solo 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 la tabla 6 se sintetiza la regla del artículo 66 transcrito.

Tabla 6. Concurrencia de circunstancias modificatorias frente a una pena compuesta dos penas indivisibles (presidio perpetuo simple a presidio perpetuo calificado)

Número de atenuantes	Número de agravantes	Resultado
0	0	El tribunal puede aplicar cualquiera de los dos grados: presidio perpetuo simple o calificado.
1	0	Se debe aplicar en su grado mínimo, o sea presidio perpetuo simple.
1 muy calificada (artículo 68 bis)	0	Se puede (debe) imponer la pena inferior en grado –entendemos que a partir del mínimo–, es decir, una de presidio mayor en su grado máximo.
0 1 2 1 2	1 o más 1 1 2 2	Se debe aplicar en su grado máximo, es decir una de presidio perpetuo calificado. El tribunal las compensará racionalmente, graduando el valor de unas y otras y aplicará ahí las otras reglas.
2 o más	0	Se puede (debe) imponer la pena inferior en 1 o 2 grados al mínimo: presidio mayor en su grado máximo o presidio mayor en su grado medio.

Fuente: Elaboración propia.

El ejemplo del delito que contempla esta drástica sanción es el del artículo 372 bis del Código Penal:

"El que, con ocasión de violación, cometiere además homicidio en la persona de la víctima, será castigado con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado.

Si el autor del delito descrito en el inciso anterior es un hombre y la víctima una mujer, el delito tendrá el nombre de violación con femicidio".

La determinación de penas de los artículos 59 y 77 del Código Penal son de aplicación general

Así, para determinar cuál es la pena superior o inferior en grado, primero debe buscarse esta en las escalas graduales y una vez encontrada, subir o bajar en la misma escala el número de grados necesarios.

Si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva, se impondrá el presidio perpetuo. Sin embargo, cuando se trate de la escala número 1 prevista en el artículo 59 (tabla 3), se impondrá el presidio perpetuo calificado. En caso de no haber 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.

Hay excepciones, como el artículo 449 del Código Penal (que comprende varios delitos contra la propiedad), en las que no se consideran lo establecido en los artículos 65 a 69, sino que las dos reglas que se señalan en el número 1 y número 2 del artículo 449 del Código Penal. Otro ejemplo de excepción lo encontramos en el artículo 17 B inciso segundo de la Ley Nº 17.798.

Aplicación práctica del artículo 61 del Código Penal

> "Art. 61. La designación de las penas que corresponde aplicar en los diversos casos a que se refiere el art. 59, se hará con sujeción a las siguientes reglas:
>
> 1.º 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 art. 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".

Por ejemplo, algunos desórdenes públicos del inciso primero del artículo 268 septies del Código Penal:

> "El que, sin estar autorizado, interrumpiere completamente la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública, mediante violencia o

intimidación en las personas o la instalación de obstáculos levantados en la misma con objetos diversos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo. Idéntica pena se impondrá a los que, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, interpusieren sus vehículos en la vía, en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por esta".

Para los autores del delito consumado, la pena en abstracto, es decir, la que contempla el respectivo tipo penal, es una que va entre 61 a 540 días de presidio menor en su grado mínimo.

Según el artículo 61, la pena abstracta para los autores del delito frustrado y los cómplices del consumado es una pena que va de 41 a 60 días de prisión en su grado máximo. Y así se sigue bajando en un grado para los demás partícipes.

A modo ejemplar, para los autores del delito tentado y los cómplices del frustrado, se baja otro grado y la pena abstracta quedará en una que va entre 21 y 40 días de prisión en su grado medio.

Continúa el artículo 61:

"2.º 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.

3.º 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.

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

5.º 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".

La compensación racional

El artículo 66 del Código Penal es la primera de las normas que habla a juezas y jueces acerca de la "compensación racional" de atenuantes y agravantes cuando aquellas concurran simultáneamente.

Debemos dejar en claro, desde ya, que no se trata de una operación simplemente aritmética, donde si hay una atenuante cualquiera y una agravante cualquiera, ellas se restan y el resultado queda en cero circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, como suele hacerse.

Con todo, ello puede ocurrir, pero solo cuando el juzgador les haya dado, previamente, el mismo valor a la atenuante que a la agravante que concurran. Tal como dice Vargas, "la compensación racional y no matemática permite comparar las circunstancias, ponderarlas y valorarlas según el caso concreto"[96].

Una pista de lo que quiere el legislador aparece en el inciso final del artículo 67 del Código Penal, cuando aquel señala:

> "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*" [énfasis añadido].

Ergo, se faculta a cada jueza o juez para graduar las atenuantes o agravantes concurrentes.

Por ejemplo, un juez o jueza podría decir que, en el caso del imputado X, se dará mayor valor a la atenuante del artículo 11 número 6 del Código Penal en consideración a que tiene 70 años y carece de reproches penales, con lo que manifiesta que ha estado varias decenas de años cumpliendo con la ley penal, en comparación con su compañero de delito Z, que tiene solo 22 años, y pese a que tampoco tiene anotaciones penales, recién lleva cuatro años alejado del mundo criminal desde que cumplió la mayoría de edad.

En España, este tema de la compensación racional tampoco ha sido ajeno, pues la norma –parecida a la nuestra– refiere:

> "Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena".

Además, en un Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998 se indicó que, "en el caso de persistir un

96 Vargas (2014), p. 164.

fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado, como se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior".

Tal como sucede en Chile, en España, según Besio:

> "Se trata, como se advierte, de un baremo de actuación judicial enraizado inescindiblemente a la tradición legal española de individualización de la pena. Sin embargo, y a pesar de ello, no es posible constatar ni en la literatura ni en la jurisprudencia información específica acerca de su contenido y operatividad práctica, esto es, en general, acerca de qué significa compensar circunstancias modificativas y bajo qué parámetros o criterios se lleva efecto dicha operación; salvo referencias genéricas asociadas principalmente a la proscripción de una compensación fundada exclusivamente en el componente numérico de las circunstancias concurrentes, y a la demanda de racionalidad que –se exige unánimemente – debe presidir su ejercicio. El escenario se configura, entonces, como un ámbito especialmente problemático al interior del proceso general de individualización de la pena, dado el enorme grado de arbitrio inherente a su operatividad práctica"[97].

La locución "racional" que sigue a la voz compensación aludiría a que el juez o la jueza penal deben expresar, en tal operación, un criterio, razón o motivo para no caer en un escenario de pura arbitrariedad judicial y, tampoco, en una simple operación aritmética.

La racionalidad exigirá atender principalmente a las circunstancias del hecho y a cómo las circunstancias modificatorias de responsabilidad influyen realmente en aras de una atenuación o agravación de la pena para el caso concreto. En definitiva, no se trata de una simple resta de agravantes y atenuantes.

Con todo, pareciera que el legislador le da mayor valor a las atenuantes de responsabilidad penal que a las agravantes, y ello queda de manifiesto en lo dispuesto en los artículos 66, 67, 68 y 68 bis del Código Penal, pues en todos esos casos la rebaja de pena –en grados– es mayor cuando hay atenuantes que él alza cuando hay agravantes.

97 Besio (2012), p. 3.

Cuando la pena señalada al delito es un grado de una pena divisible (artículo 67 del Código Penal)

"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 mínimum y en el segundo en su máximum.

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

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 la tabla 7 se sintetiza la regla del artículo 67 transcrito.

Tabla 7. Concurrencia de circunstancias modificatorias cuando la pena es un grado de una pena divisible

Número de atenuantes	Número de agravantes	Reglas
0	0	Se puede recorrer toda la extensión de la pena.
1	0	Se le aplica en el mínimum.
0	1	Se le aplica en el máximum.
1	1	Compensación racional.
2	0	Se puede imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de los señalados por la ley para el delito.
2	1	Compensación racional de una atenuante con una agravante, quedando en consecuencia una atenuante, no se puede aplicar en el máximum.
1	2	Compensación racional de una atenuante con una agravante, quedando en consecuencia una agravante, no se puede aplicar en el mínimum.
0	2	Se puede aplicar la pena superior en un grado al máximo de los designados por la ley.
1 muy calificada (68 bis)	0	Se puede imponer la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito.

Fuente: Elaboración propia.

Cuatro fórmulas para calcular el mínimum y el máximum

En la práctica judicial chilena existen cuatro fórmulas diferentes de cálculo del máximum y mínimum de la pena.

Fórmula uno

Se suman ambas penas, la cifra resultante se divide por dos y si no da un entero, es decir, si da una fracción, el resultado se aproxima al entero siguiente. Por ejemplo:

La pena va de 61 a 540 días.

61 + 540 = 601

601 ÷ 2 = 300,5

El resultado –300,5– debe aproximarse al entero siguiente, es decir, a 301, y ahí empieza la parte alta (el máximum de la pena).

El mínimum irá de 61 a 300 días y el máximum de 301 a 540 días. Cada fracción será igual: 300 - 61 = 239; 540 - 301 = 239.

Vargas emplea esta fórmula, señalando que "puede resultar complejo determinar el máximo o el mínimo de un grado de pena. Se hace sumando el total de la pena que luego se divide en dos. La primera mitad es el mínimo y la segunda, desde la mitad más uno, es el máximo"[98].

Fórmula dos

Se parte del máximo de la pena y se le resta el mínimo de la pena. El resultado de esa resta se divide por dos, y si no da un entero, es decir, si da una fracción, el resultado se rebaja al entero anterior. Luego, se suma ese número al mínimo de la pena y ahí estará el mínimum.

Por ejemplo:

La pena va de 541 días a 3 años.

El día es la unidad básica de toda pena privativa o restrictiva de libertad, por lo que es preciso reducir a días la extensión total de la pena.

3 años en días es: 365 × 3 = 1.095 días

Entonces, la pena va de 541 días a 1.095 días.

1.095 - 541 = 554

554 ÷ 2 = 277

98 Vargas (2014), p. 161.

Al resultado, se le suma el mínimo: 277 + 541 = 818

El mínimum irá de 541 a 818 días y el máximum de 819 días a 3 años.

Fórmula tres

Se transforma a días el máximo de la pena de años y a ese número total de días se le resta la pena inicial, también en días.

Por ejemplo:

La pena va de 3 años y 1 día a 5 años.

Es preciso transformar a días la extensión total de la pena. Como dijimos, el día es la unidad básica de toda pena privativa o restrictiva de libertad.

El máximo en días será: 365 × 5 = 1.825 días.

El mínimo en días será: (365 × 3) + 1 = 1.096 días.

1.825 - 1.096 = 729

729 ÷ 2 = 364,5

El resultado –364,5– debe aproximarse al entero siguiente, es decir, a 365 días (1 año).

3 años y 1 día + 365 días = 4 años y 1 día (nos da el máximum).

El mínimum irá de 3 años y 1 día a 4 años y el máximum de 4 años y 1 día a 5 años.

Garrido Montt lo indica de la siguiente manera:

> "Se reduce la pena a días y, efectuada la conversión, se resta al máximo de días de su duración el mínimo de días que tiene; la diferencia se divide por dos, y al cuociente –o sea al resultado que se obtenga de la división– se le suma el mínimo de días de duración de la pena. Esta suma es la mitad de la sanción; lo que esté sobre ella será el máximo, lo que esté bajo ella será el mínimo. Si se desea, por ejemplo, conocer el mínimo y el máximo de la pena de presidio menor en su grado mínimo (de sesenta y un días a quinientos cuarenta días), se restan al máximo de días el mínimo de días de duración (540 –61 = 479); la diferencia, o sea 479 días, se divide por dos (479 ÷ 2 = 239), despreciándose la fracción, y a este cuociente (resultado) se le agrega el mínimo de días de duración de la pena (239 + 61 = 300), lo que da 300 días; el mínimo de la pena de presidio menor en su grado mínimo fluctúa entre 61 y 300 días, y su máximo entre 301 y 540 días"[99].

99 Garrido (2001), p. 323.

Fórmula del Código Penal

Para determinar qué se entiende por máximum y mínimum de un grado de pena, debe tomarse la totalidad del grado respectivo y determinar su duración. Luego, dicho período se divide en dos: la parte superior será el máximum y la parte inferior será el mínimum[100].

Por ejemplo:

De 61 a 540 hay una duración de 479.

479 ÷ 2 = 239,5 (se baja a 239)

61 + 239= 300

De 61 a 300 es el mínimum y de 301 a 540 es el máximum. Cada fracción será igual: 300 - 61 = 239 días; 540 - 301 = 239 días.

Algunos autores señalan que:

> "En un ejemplo, la pena de presidio mayor en su grado medio tiene una duración de 5 años (10 años y 1 día a 15 años). La mitad de 5 años es 2 años y seis meses; se consiguiente, el mínimum de la pena de presidio mayor en su grado medio se extiende desde los 10 años y un día a los 12 años y seis meses, y el máximum va desde los 12 años seis meses y un día a los 15 años"[101].

Penas de presidio menor en cualquiera de sus tres grados

La aplicación de la fórmula del Código Penal para calcular el mínimum y el máximum en las penas de presidio menor en cualquiera de sus tres grados se resume de la siguiente forma:

---

100 Ortiz y Arévalo (2021), p. 305.

101 En cita a pie de página, Ortiz y Arévalo sostienen que, conforme al principio pro-reo procede la rebaja de la fracción. Así, refieren que la fórmula aritmética no resulta sencilla en algunos casos al dividir la pena, indicando: "Tal es el caso del grado que se extiende entre los 61 y 540 días. En efecto entre una y otra pena existe un período de 479 días, luego para determinar el máximum y el mínimum habría que dividir ese guarismo por dos lo que arroja un resultado de 293,5, esto es, una cifra no exacta. En estos casos ¿cuál es el máximum y el mínimum? La ley no entrega elementos para solucionar el problema. A nuestro juicio, no existiendo regla especial que solucione el punto, y teniendo presente que el juez debe imperativamente resolver acerca de la penalidad aplicable, conforme al principio pro-reo debería determinarse que la mitad inferior de la pena asciende a 293 días y la mitad superior al saldo restante". Ortiz y Arévalo (2021), p. 305.

Presidio menor mínimo

Pena de presidio o reclusión menor en su grado mínimo: 61 a 540 días.
Se suman ambas.
540 + 61 = 601 días
Esa cifra se divide por la mitad.
300,5 días, se aproxima a 301 días.
El mínimum de la pena irá entre 61 y 300 días.
El máximum estará entre 301 y 540 días.

Presidio menor medio

Pena de presidio o reclusión menor en su grado medio: 541 días a 3 años.
Se suman ambas[102].
541 + (365 × 3) = 541 + 1.095 = 1.636
Esa cifra se divide por la mitad.
El resultado es 818 días.
El mínimum de la pena irá entre 541 y 818 días.
El máximum estará entre 819 días y 3 años.

Presidio menor máximo

Pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo: 3 años y 1 día a 5 años.
Se suman ambas.
(365 × 3 + 1) + (365 × 5) = 1.096 + 1.825 = 2.921 días
Esa cifra se divide por la mitad.
El resultado es 1.460,5 días. Se aproxima a 1.461 y se divide por 365, el resultado es 4 años.
El mínimum de la pena irá entre 3 años y 1 día a 4 años.
El máximum estará entre 4 años y 1 día a 5 años.

Penas de presidio mayor en cualquiera de sus tres grados

La aplicación de la fórmula del Código Penal para calcular el mínimum y el máximum en las penas de presidio mayor en cualquiera de sus tres grados se resume de la siguiente forma:

102 Matus y Ramírez dicen que es "dominante la doctrina que estima necesario hacerlo mediante el mecanismo de transformar un año en 365 días, añadir un día y dividir por dos el total del tiempo comprendido en cada grado". Matus y Ramírez (2021), p. 647.

Presidio mayor mínimo

Pena de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo: 5 años 1 día a 10 años.

Se suman ambas.

(365 × 5 + 1) + (365 × 10) = 1.826 + 3.650 = 5.476

Esa cifra se divide por la mitad.

2.738 días, lo que equivale a 7 años (365 × 7) + 183 días, es decir, 7 años 6 meses y 3 días.

El mínimum de la pena irá entre 5 años y 1 día a 7 años 6 meses y 3 días.

El máximum estará entre 7 años 6 meses y 4 días a 10 años.

Presidio mayor medio

Pena de presidio o reclusión mayor en su grado medio: 10 años y 1 día a 15 años.

Se suman ambas:

(365 × 10 + 1) + (365 × 15) = (3.651 + 5.475) = 9.126

Esa cifra se divide por la mitad.

4.563 días, equivale a 12 años + 183 días, es decir, 12 años 6 meses y 3 días.

El mínimum de la pena irá entre 10 años y 1 día a 12 años y 6 meses y 3 días.

El máximum estará entre 12 años 6 meses y 4 días a 15 años.

Presidio mayor máximo

Pena de presidio o reclusión mayor en su grado máximo: 15 años y 1 día a 20 años.

Se suman ambas:

(365 × 15 + 1) + (365 × 20) = (5.475 + 7.300) = 12.775

Esa cifra se divide por la mitad.

6.387,5 días equivale a 17 años + 183 días, es decir, 17 años y 6 meses y 3 días.

El mínimum de la pena irá entre 15 años y 1 día a 17 años y 183 días.

El máximum estará entre los 17 años 6 meses y 4 días a los 20 años.

La tabla 8 resume los mínimum y los máximum de cada pena dentro de cada grado.

Tabla 8. Mínimum y máximum de la pena dentro de cada grado

Penas	Grado mínimo		Grado medio		Grado máximo	
	Mínimum	Máximum	Mínimum	Máximum	Mínimum	Máximum
Prisión	1-10 días	11-20 días	21-30 días	31-40 días	41-50 días	51-60 días
Presidio o reclusión menor	61-300 días	301-540 días	541-818 días	819 días a 3 años	3 años y 1 día a 4 años	4 años y 1 día a 5 años
Presidio o reclusión mayor	5 años y 1 día a 7 años 6 meses (183 días)	7 años, 6 meses y 1 día (184 días) a 10 años	10 años y 1 día a 12 años y 6 meses (183 días)	12 años 6 meses y 1 día (184 días) a 15 años	15 años y un día a 17 años y 6 meses (183 días)	17 años, 6 meses y un día (184 días) a 20 años

Fuente: Elaboración propia.

Problema de grados y penas divisibles e indivisibles: aplicación del artículo 68 del Código Penal

"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 la tabla 9 se sintetiza la regla del artículo 68 del Código Penal.

Tabla 9. Concurrencia de circunstancias modificatorias frente a una pena que conste de dos o más grados

Número de atenuantes	Número de agravantes	Reglas
0	0	Se puede recorrer toda la extensión de la pena.
1	0	No se aplica el grado máximo.
0	1	No se aplica el grado mínimo.

Número de atenuantes	Número de agravantes	Reglas
1	1	Compensación racional.
2	0	Se puede imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley para el delito.
2	1	Compensación racional de una atenuante con una agravante, quedando en consecuencia una atenuante, no se puede aplicar el grado máximo.
1	2	Compensación racional de una atenuante con una agravante, quedando en consecuencia una agravante, no se puede aplicar el grado mínimo.
0	2	Se puede imponer la pena inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley.
1 muy calificada (artículo 68 bis)	0	Se puede imponer la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito.

Fuente: Elaboración propia.

Atenuante muy calificada del artículo 68 bis del Código Penal

> "Art. 68 bis. Sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores, cuando sólo concurra una atenuante muy calificada el Tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al del delito".

El legislador no ha indicado lo que debe entenderse por "muy calificada". De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, el adverbio "muy" antepuesto a un adjetivo, "indica grado alto de la propiedad mencionada" y, por otro lado, el adjetivo "calificada" significa "que tiene todos los requisitos necesarios", mientras que el verbo calificar se define como "apreciar o determinar las cualidades o circunstancias de alguien o de algo".

Así, entonces, cuando concurra una atenuante de responsabilidad penal y el tribunal la estima cómo muy calificada –es decir, una circunstancia de gran entidad y por sobre lo normal– procederá con la rebaja de pena en un grado, la que es obligatoria. Aquí lo facultativo para el juez será la determinación de si está o no frente a una atenuante que merezca la caracterización de "muy calificada".

Se ha discutido por la doctrina si es que, dada la literalidad del precepto, al emplear las locuciones "cuando solo concurra una", se puede aplicar esta norma únicamente cuando exista una atenuante y no haya agravantes. Hay quienes piensan que el juez puede ocupar tal facultad incluso luego de haber compensado racionalmente, por ejemplo, otra

atenuante con una agravante y desee darle el carácter de muy calificada a la atenuante restante.

En esa línea, Oliver Calderón menciona:

> "Un planteamiento que aplique el señalado artículo cuando después de una compensación entre atenuantes y agravantes subsiste una atenuante muy calificada, no infringe la legalidad formal"[103].

Fijación judicial de la sanción: el *quantum*

El artículo 69 del Código Penal vigente hasta el 23 de agosto de 2022 disponía:

> "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 es la única regla de determinación o individualización judicial de la sanción penal. Aquí es donde, finalmente, el juzgador ocupa discrecionalmente su facultad para fijar –dentro del grado ya dado por el uso de todas las pautas legales de determinación de la sanción– el *quantum* final de la misma. La labor del juez en este punto es explicar, conforme a los parámetros del artículo 69 del Código Penal, las razones que lo movieron a fijar ese *quantum*.

Mirado desde fuera, en el sistema de aplicación de penas de adultos, pareciera que los jueces y juezas se mueven dentro de las partes altas o bajas de cada grado, pocas veces en las intermedias. Lo mismo ocurre cuando aplican los mínimum y los máximum, que también quedan comprendidos en la parte alta o baja de la pena.

Así, será frecuente ver en las sentencias condenatorias los siguientes guarismos: 61 días, 540 días, 541 días, 818 días, 819 días, 3 años, 3 años y 1 día, 4 años, 4 años y 1 día, 5 años, 5 años y 1 día, 10 años, 10 años y 1 día, 12 años y 183 días, 12 años y 184 días, 15 años, 15 años y 1 día, 17 años y 183 días, 17 años y 184 días, 20 años, presidio perpetuo simple, presidio perpetuo calificado.

Son poco frecuentes sanciones como 66 días, 81 días, 605 días, 743 días, etcétera. Normalmente, ello ocurre en los casos en que el juzgador quiere

103 Oliver (2011), pp. 171-172.

hacer calzar el tiempo de privación de libertad del acusado con la sanción privativa a imponer. Cuando ello no ocurre y quedan saldos a favor del condenado, las defensas suelen pedirlos como abonos en causas futuras en que son condenados. Es lo que se llama "cuenta corriente de abonos", y los tribunales suelen acceder a tales peticiones.

Algunos autores han criticado la falta de fundamentación de los jueces y las juezas en la aplicación del mentado artículo 69, señalando:

> "Sin embargo, a pesar de la inobjetable obligatoriedad del artículo 69 y de los reclamos que por una individualización judicial razonada y fundamentada hace nuestra doctrina, nuestros tribunales tienden a aplicar, por regla general, el mínimo del grado de la pena correspondiente, sin mayores fundamentos acerca del valor que a las circunstancias concurrentes se les asigna, la entidad que les atribuye o la extensión del mal que se estima causado, de acuerdo al mérito del proceso, o de la forma en que todos estos factores se han conjugado en su pensamiento para llevarlo a la determinación precisa de la pena impuesta"[104].

El actual artículo 69 del Código Penal

La Ley Nº 21.483, publicada en el *Diario Oficial* el 24 de agosto de 2022, modificó el artículo 69. La nueva literalidad de la norma es:

> "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, teniendo en especial consideración la circunstancia de ser la víctima un menor de 18 años, un adulto mayor, según lo dispuesto por la ley Nº 19.828, o una persona con discapacidad en los términos de la ley Nº 20.422".

Además, la Ley Nº 21.483 agregó un nuevo artículo 69 bis, del siguiente tenor:

> "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, en los delitos contra las personas, en el caso que concurra alguna de las circunstancias agravantes del número 22º del artículo 12, la pena se determinará excluyendo el grado mínimo si es compuesta, o el mínimum si consta de un solo grado".

104 Matus y Ramírez (2021), p. 649.

Variables para tener en cuenta al calcular una pena

La tabla 10 resume las 24 variables más comunes que inciden en la determinación de la pena.

Tabla 10. Variables para tener en cuenta al calcular una pena

Número	Variable
1	La pena asignada por la ley para el delito (siempre se fija el consumado).
2	Si el sujeto activo es mayor o menor de edad (mayor de 18 años a la fecha de comisión del delito). Si es mayor, se aplican las normas del Código Penal o leyes penales especiales.
3	Si el sujeto es menor de edad, debe aplicarse la Ley Nº 20.084.
4	Si el delito fue cometido por un adulto con la intervención de una o más personas menores de 18 años y mayores o menores de 14 años (artículo 72 del Código Penal).
5	Grado de participación del sujeto activo, si es autor, cómplice o encubridor del delito (artículos 14, 15, 16 y 17 del Código Penal).
6	Si el delito está consumado, es frustrado o tentado, o se trata de una conspiración o proposición para cometer un delito (artículos 7º y 8º del Código Penal). Hay ciertos delitos que se castigan como consumados aunque no lo estén (artículo 450 del Código Penal y Ley Nº 20.000).
7	Si concurre alguna de las diez atenuantes del artículo 11 del Código Penal (hay delitos en que no se aplican ciertas atenuantes).
8	Si concurre alguna de las veintitrés agravantes del artículo 12 del Código Penal y si ellas se comunican o no a otros partícipes conforme al artículo 64 del Código Penal.
9	Si al copartícipe se le comunican o no las circunstancias atenuantes o agravantes.
10	Si las agravantes de los números 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal están o no prescritas (artículo 104 del Código Penal).
11	Si el sujeto activo tiene alguna relación de parentesco con el ofendido en los términos del artículo 13 del Código Penal.
12	Si actuó solo o formando parte de una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer ciertos delitos contra la propiedad.
13	Si es un delito sexual hay que saber qué edad tiene la víctima.
14	Si hay eximentes pero están incompletas, se aplica el artículo 11 número 1 o el artículo 73 del Código Penal.
15	Si se trata de varios delitos, ver si se aplica el artículo 74 o 75 del Código Penal (concursos).
16	Si se trata de varios delitos reiterados, ver si se aplica el artículo 351 del Código Procesal Penal o el 74 del Código Penal.
17	Ver si es aplicable el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales cuando se pida unificación de penas.
18	Hay grupos de delitos en los que no se aplican los artículos 65 a 69 del Código Penal (muchos delitos contra la propiedad y delitos de la Ley de Control de Armas).
19	Hay delitos en que se obliga a imponer la pena superior en grado (por ejemplo, el artículo 400 del Código Penal, o bien cuando concurre en la Ley Nº 20.000, las mal llamadas agravantes del artículo 19 de dicha ley).
20	Hay delitos en que es facultativo aumentar la pena en un grado (por ejemplo, hurtos del artículo 447 del Código Penal).
21	La condición de la víctima en los delitos contra las personas (artículos 12 número 22 y 69 bis del Código Penal).
22	Ver si hay normas que rebajan la penalidad (por ejemplo, artículos 142 bis y 456 del Código Penal).
23	La media prescripción (artículo 103 del Código Penal).
24	Si son dos o más personas que forman parte de una agrupación u organización destinada a cometer crímenes o simples delitos, siempre que esta o aquella no constituya una asociación delictiva (artículo 12 Nº 23 del Código Penal).

Fuente: Elaboración propia.

Variable 1: la pena asignada por la ley al delito (consumado)

Esto es lo que los autores llaman "marco penal". Aquí se atiende a la pena en abstracto que el delito lleva consigo, la que puede estar compuesta de un solo grado o de más grados. Si la pena es de un solo grado, se aplicará el artículo 67 del Código Penal; si es de dos o más grados, se aplicará el artículo 68 del Código Penal. Lo anterior importará bajar o subir la pena en grados –en la forma en que se señala en cada una de estas dos disposiciones–, dependiendo del número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal existentes.

Respecto de las rebajas, parece haber consenso en la jurisprudencia y en la doctrina en orden a que se parte siempre del grado mínimo, pues, tal como señalan Cillero *et al.*:

> "Cuando se trata de rebajar la pena, la mayoría de los casos están expresamente resueltos por la ley, y siempre en el sentido de que debe partirse del grado mínimo del marco penal, y desde ahí bajar el número de grados que corresponda (así lo disponen, por ejemplo, el art. 61, regla 2a, para las rebajas establecidas en los arts. 5 1 a 54; el art. 66, inc. 30; el art. 68, inc. 30; el art. 68 bis; el art. 73, todos del Código Penal, y el art. 21 de la ley Nº 20.084, sobre Responsabilidad Penal del Adolescente); para los casos en que ello no está expresamente resuelto (un ejemplo: la regla del art. 1, inc. 2º, de la ley 20.000, que permite rebajar la pena en un grado para el tráfico de drogas que no produzcan efectos tóxicos o dañinos para la salud) la doctrina aplica la misma solución"[105].

Añaden estos autores que:

> "En cambio, cuando se trata de aumentar la pena, y salvo en algún caso en que la ley dispone expresamente que el aumento debe efectuarse a partir del grado máximo (en el art. 68, inc. 4, cuando concurre una pluralidad de agravantes, sin atenuantes), para los casos no regulados expresamente la doctrina se inclina por la fórmula que consiste en construir un nuevo marco penal, con el mismo número de penas que el original, pero aumentados, cada uno de ellos, en el número de grados exigido por la regla respectiva"[106].

105 Cillero *et al.* (2011), p. 521.
106 Ídem.

Como se aprecia, para el caso de rebaja en grados, se partirá siempre del grado mínimo del marco penal asignado para el delito.

Un ejemplo para el análisis: supongamos que se trata de un adulto, autor de un delito de robo por sorpresa de un celular a una víctima, también mayor de edad. Confluyen en favor del acusado las atenuantes de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal y no hay agravantes de responsabilidad penal.

El delito de robo por sorpresa, contemplado en el inciso segundo del artículo 436 del Código Penal, tiene un marco penal que va desde el presidio menor en sus grados medio a máximo, es decir, una pena que va desde los 541 días hasta los 5 años, compuesta, entonces, por dos grados.

La pena señalada en el marco penal está compuesta de más de un grado, por ende, se aplica la norma del artículo 68 del Código Penal, que en su inciso tercero refiere:

> "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".

Aquí no hay problema respecto a en qué parte de la pena comienza la rebaja, pues el propio artículo 68 establece que es a partir "del mínimo de los señalados por la ley". En este caso concreto del robo por sorpresa, la rebaja parte desde el presidio menor en su grado medio, por ende, sea que el juez rebaje uno, dos o tres grados, las penas posibles de aplicar serían, respectivamente, una de presidio menor en su grado máximo, de prisión en su grado máximo o de prisión en su grado medio.

Otro ejemplo para el análisis: esta vez se trata de un adulto, autor de un delito de calumnia respecto de la comisión de un crimen. La calumnia fue propagada por escrito y con publicidad. Confluyen en favor del acusado las atenuantes de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal y no hay agravantes de responsabilidad penal.

El delito de calumnia por escrito y con publicidad respecto de un crimen está contemplado en el artículo 413 número 1 del Código Penal, y tiene como marco penal la pena de reclusión menor en su grado medio y una multa de 11 a 20 UTM, es decir, reclusión desde los 541 días hasta los 3 años, más la multa.

La pena establecida en el marco penal está compuesta de un grado, por ende, se aplica la norma del artículo 67 del Código Penal, que en su inciso cuarto señala:

> "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".

Aquí, el legislador no refiere desde dónde parte la rebaja, pero la lógica es que, tratándose de una pena de un grado, la rebaja se haga, precisamente desde allí; es decir, desde donde inicia el marco penal. En suma, al autor de este delito podría aplicarse –dependiendo si se la rebaja en uno o dos grados, respectivamente– una pena de presidio menor en su grado mínimo y multa o bien una de prisión en su grado máximo y multa.

Sin embargo, tratándose del aumento de la pena en grados, no existe una regla como la del artículo 68 del Código Penal. Por ejemplo, en el caso del delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga del artículo 4º de la Ley Nº 20.000, cuando aquel simple delito se realice en la cárcel, se aplica la circunstancia especial de agravación de pena del artículo 19 letra h) de la Ley Nº 20.000, que señala:

> "La pena deberá ser aumentada en un grado […] si el delito fue cometido en un lugar de detención o reclusión".

La pena del delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga está establecida en el artículo 4º de la Ley Nº 20.000, y se sanciona con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta UTM, es decir, se trata de una pena compuesta de dos grados, por lo que debe aplicarse el artículo 68 del Código Penal.

La pregunta que un juez o jueza penal debe hacerse en este caso será si el aumento de la pena en un grado –a que lo obliga el artículo 19 letra h) de la Ley Nº 20.000– se hace al inicio de la operación de cálculo de la pena o bien al final.

Imaginemos que se trata de una mujer que es descubierta, dentro de un penal, llevando 10 gramos de *cannabis sativa* a su pareja que está recluida. La mujer tiene irreprochable conducta anterior, ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos y no hay agravantes de responsabilidad penal que considerar.

Posibilidad 1

El aumento de pena se hace desde el máximo de los dos grados y al inicio; es decir, se aumenta la pena desde el presidio menor en su grado máximo. Como resultado, quedamos con una pena compuesta de un grado: presidio mayor en su grado mínimo que va desde los 5 años y 1 día hasta

los 10 años. Como es una pena compuesta de un grado, se aplica la norma del inciso cuarto del artículo 67 y puede rebajársele en uno o dos grados y, en consecuencia, quedar con una pena de presidio menor en su grado máximo, si se baja un grado, o con una de presidio menor en su grado medio, si se la rebaja en dos grados.

Posibilidad 2

El aumento de pena se hace al final, una vez hecho el ejercicio de las atenuantes y agravantes existentes. Como se trata de una pena compuesta de dos grados, se aplica el artículo 68 del Código Penal, puntualmente el inciso tercero, que permite la rebaja en uno, dos o tres grados. En consecuencia, si el juez o la jueza penal rebajan la pena en un grado, deben hacerlo desde el mínimo del marco penal y aplicar una de presidio menor en su grado mínimo. Hecho lo anterior, la suben un grado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 h) de la Ley Nº 20.000, quedando, en definitiva, una pena de presidio menor en su grado medio. Si decide el juez o la jueza rebajar la pena en dos grados, quedaría en una de prisión en su grado máximo y sobre eso debe aplicarse el aumento de grado de la Ley Nº 20.000. El resultado sería una de presidio menor en su grado mínimo. Si, finalmente, el juez o la jueza decide rebajar la pena en tres grados, quedaría inicialmente en una de prisión en su grado medio, y como se debe subir en un grado por la Ley Nº 20.000, quedaría en una de prisión en su grado máximo.

Nuestra opinión va por la primera posibilidad, es decir, aplicar primero la agravación de pena desde el máximo, se trate de marcos penales de uno o dos grados. Con eso, se le está haciendo caso al legislador que lo que ha hecho con estas normas es dar un nuevo marco penal, y luego, desde allí, debe hacerse el juego de las agravantes y las atenuantes.

Variable 2: si el sujeto activo es mayor de edad

Si el sujeto activo es mayor de 18 años a la fecha de comisión del delito, se le aplican las reglas del Código Penal y de las leyes especiales que corresponda.

Variable 3: si el sujeto es menor de edad

Si el sujeto responsable es mayor de 14 y menor de 18 años, debe aplicarse la Ley Nº 20.084, Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA).

> "Artículo 3º.- Límites de edad a la responsabilidad. La presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de esta ley, se consideran adolescentes.
>
> En el caso que el delito tenga su inicio entre los catorce y los dieciocho años del imputado y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los dieciocho años de edad, la legislación aplicable será la que rija para los imputados mayores de edad.
>
> La edad del imputado deberá ser determinada por el juez competente en cualquiera de las formas establecidas en el Título XVII del Libro I del Código Civil".

Como se verá en el apartado siguiente, la regulación de la Ley Nº 20.084 no se trata simplemente de la aplicación de reglas especiales que aminoran la sanción para los adolescentes culpables de la comisión de delitos.

Tal como dice Couso:

> "De hecho, si se examina la doctrina y la jurisprudencia de los países que cuentan con legislaciones penales de adolescentes, puede constatarse que buena parte del desarrollo de estándares de juzgamiento diferenciados, que configuran la especialidad del sistema penal de adolescentes en esos ordenamientos, no está dada por la existencia de reglas legales explícitas, diferentes de las que rigen a los mayores de edad, sino por decisiones judiciales que aplican estándares diferentes a los adolescentes, en aplicación de aquellos principios especiales, en su caso, para resolver una cuestión general (la culpabilidad, o la proporcionalidad entre la severidad de la pena y la gravedad del delito) teniendo en cuenta la diversa situación fáctica en que se encuentra el adolescente, en comparación con el mayor de edad"[107].

Por su parte, Vargas señala:

> "Parte del reconocimiento de responsabilidad de menores de edad adolescentes, siempre, sin sometimiento a un juicio especial de discernimiento. El trato como responsables deja de lado sistemas tutelares. No es, sin embargo, una responsabilidad como la de los adultos, es acorde con el grado de desarrollo de las facultades intelectuales y volitivas precisamente porque está en capacidad de desarrollo. Esto marca una característica central del sistema, el merecimiento particular del adolescente.
>
> […]

107 Couso (2012), pp. 269-270.

> El merecimiento se aprecia desde el objeto de la ley, el regular la responsabilidad de adolescentes (artículo 1º). También tiene reconocimiento el particular nivel de merecimiento del adolescente (según su desarrollo), al partir desde una sanción menor –un grado menos– que la base desde la que comienza el proceso de selección de pena para los adultos (artículo 21)"[108].

Variable 4: delito cometido por un adulto con la intervención de un menor

A contar del 9 de abril de 2022, con la entrada en vigencia de la Ley Nº 21.444, la redacción del artículo 72 del Código Penal es:

> "Art. 72. Cuando el delito sea cometido con la intervención de una o más personas menores de dieciocho años de edad y mayores de catorce, se excluirá el mínimum o el grado mínimo de la pena señalada, según corresponda, respecto de los imputados mayores de edad que hubieren participado en él.
>
> Asimismo, se aumentará en un grado la pena al mayor de dieciocho años de edad cuando el crimen o simple delito sea cometido o perpetrado con la intervención de una o más personas menores de catorce años de edad.
>
> El consentimiento dado por el menor de dieciocho años no eximirá al mayor de esta edad de la aplicación de las reglas previstas en los incisos precedentes".

Para los delitos cometidos antes del 9 de abril de 2022, se aplica el antiguo artículo 72 del Código Penal que señalaba:

> "En los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito personas mayores de dieciocho años y menores de 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".

Variable 5: grado de participación del sujeto activo

Se trata, simplemente, de analizar el grado de participación del sujeto activo, si es autor, cómplice o encubridor en los términos de los artículos 14, 15, 16 y 17 del Código Penal, ya estudiados.

108 Vargas (2014), pp. 190-191.

Variable 6: grado de ejecución del delito

Analizar esta variable consiste en ver si el delito está consumado, frustrado o tentado, o si se trata de una conspiración o proposición para cometer un delito (artículos 7º y 8º del Código Penal). Hay que saber, en este punto, que hay ciertos delitos que se castigan como consumados aunque no lo estén (artículo 450 del Código Penal y Ley Nº 20.000).

Un primer ejemplo es el artículo 450 del Código Penal que señala en el inciso primero:

> "Los delitos a que se refiere el Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título [IX Crímenes y simples delitos contra la propiedad] se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa" [corchete añadido].

Los delitos a los que refiere la norma son:

- Artículo 433 del Código Penal (robos calificados).
- Robo con homicidio o violación (artículo 433 número 1).
- Robo causándose lesiones (artículos 395, 396 y 397 número 1; 433 número 2).
- Robo con lesiones (artículo 397 número 2) o robo con víctimas retenidas bajo rescate (artículo 433 número 3).
- Artículo 434: piratería.
- Artículo 436 inciso primero: robo con violencia o intimidación. Se comprenden los robos con violencia o intimidación de vehículos motorizados.
- Artículo 436 inciso segundo: robo por sorpresa.
- Artículo 436 inciso tercero: robo de vehículos motorizados por sorpresa, cuando se apreste a ingresar o hacer abandono de un lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias o su lugar de trabajo.
- Artículo 438: suscripción forzada de un instrumento público o privado.
- Artículo 440: robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o sus dependencias, en cualquiera de las tres modalidades (números 1, 2 y 3).

Otra excepción a la regla de sancionar los delitos consumados es el artículo 18 de la Ley Nº 20.000:

> "Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución".

Variable 7: concurrencia de atenuantes

El análisis de esta variable consiste en revisar si concurre en su favor alguna de las diez atenuantes del artículo 11 del Código Penal (hay delitos en que no se aplican ciertas atenuantes. Por ejemplo, en el delito del artículo 436 inciso primero no se aplica la atenuante del artículo 11 número 7).

Variable 8: concurrencia de agravantes

Analizar si concurre en perjuicio del autor alguna de las veintitrés agravantes del artículo 12 del Código Penal y si ella o ellas se comunican o no a otros partícipes.

Variable 9: comunicabilidad de atenuantes y agravantes a un copartícipe

Se trata de determinar si al copartícipe se le comunican o no las circunstancias atenuantes o agravantes conforme al artículo 64 del Código Penal.

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

Tal como menciona Vargas:

> "En relación a la comunicabilidad se establece que las circunstancias materiales, relativas a la ejecución del delito y sus medios de comunicación se comunican a todos los partícipes, siempre que tuvieran conocimiento de ellas. Las circunstancias personales, que se refieran a móviles o calidades personales, no se comunican"[109].

109 Vargas (2014), p. 163.

Variable 10: prescripción de las agravantes de los números 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal

Según lo dispuesto en el artículo 104 del Código Penal, se debe analizar si las agravantes de los números 15 y 16 del artículo 12 del mismo están o no prescritas.

> "Art. 104. Las circunstancias agravantes comprendidas en los núms. 15 y 16 del art. 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos".

Variable 11: parentesco entre ofensor y ofendido

Debe analizarse si acaso el sujeto activo tiene alguna relación de parentesco con el ofendido en los términos del artículo 13 del Código Penal.

> "Art. 13. Es circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes del delito.
> Ser el agraviado cónyuge o conviviente civil, pariente por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, padre o hijo del ofensor".

Variable 12: actuación en solitario o no

También es relevante ver si el sujeto activo actuó solo o formando parte de una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos contra la propiedad. Al respecto, el artículo 449 bis del Código Penal señala:

> "Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 1, 2, 3, 4, 4 bis y 4 ter de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo".

Variable 13: edad de la víctima si se trata de un delito sexual

En caso de tratarse de un delito sexual, dependiendo de la edad de la víctima, hay diferentes consideraciones para determinar las penas. Por

ejemplo, el artículo 361 del Código Penal establece: "Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años"; por su parte, el artículo 362 indica: "El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años"; el artículo 363 dispone: "Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años", y el artículo 366 agrega:

> "El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años […].
>
> Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años.
>
> Se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, siempre que ésta sea mayor de catorce años".

Variable 14: si hay eximentes analizar si están incompletas

Si en el caso hay eximentes de responsabilidad, pero están incompletas, se aplica el artículo 11 número 1 o el artículo 73 del Código Penal.

> "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 art. 10, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el número entidad de los requisitos que falten o concurran.
>
> Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el art. 71".

Variable 15: se trata de varios delitos

Es relevante revisar si se trata de uno o varios delitos. En el segundo escenario, se aplica el artículo 74 o 75 del Código Penal, tal como se explicó en el apartado dedicado a concursos.

Variable 16: se trata de delitos reiterados

Debe examinarse si se trata o no de varios delitos reiterados. En cada caso, habrá que analizar si se aplica el artículo 351 del Código Procesal Penal (CPP) o el 74 del Código Penal.

Frente a la comisión de varios delitos que se juzgan conjuntamente contra un único autor, los que cometió en fechas distintas, pero que son conocidos en un único juicio, lógicamente habrán tantas condenas como delitos acreditados en que resulte ser culpable.

Ejemplo de delitos reiterados

En los casos de delitos reiterados si un sujeto es juzgado en un juicio oral por haber cometido tres abusos sexuales en contra de una mujer menor de 14 años y resulta condenado, podría ser condenado a tres penas, una por cada delito de abuso sexual del artículo 366 bis del Código Penal, ilícito que tiene marco penal de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo; es decir, una pena que va desde los 3 años y 1 día hasta los 10 años. Supongamos que el sujeto goza de dos atenuantes, la de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal.

Como se trata de un delito con pena compuesta de dos grados, se aplica el artículo 68 del Código Penal en su inciso tercero, y al haber dos atenuantes y ninguna agravante, se debe rebajar la pena por cada delito en uno, dos o tres grados. El tribunal decide bajar la pena por cada delito en un grado, con lo que debiera aplicársele una pena ubicada en el rango de presidio menor en su grado medio, es decir, entre los 541 días y los 3 años por cada delito.

Sin embargo, en el juicio se acredita una gran afectación psíquica de la víctima de los tres hechos, con lo que, conforme a los artículos 69 y 369 bis A del Código Penal, el tribunal decide aplicarle la sanción en la parte más alta por cada delito, es decir, tres penas de 3 años.

Si solo existiera la regla del artículo 74 del Código Penal, el juez o la jueza penal debiera condenar al sujeto a tres penas de tres años de presidio menor en su grado medio, lo que da un total de nueve años. Empero, existe otra norma en el Código Procesal Penal relativa a la reiteración de crímenes o simples delitos.

> "Artículo 351.- 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".

En el ejemplo, sabemos que se trata de delitos idénticos: los tres son abusos sexuales del artículo 366 bis del Código Penal, que afectan un mismo bien jurídico, en suma, son de la misma especie.

Se aplica el inciso primero de la norma del Código Procesal Penal, esto es, se impone la pena correspondiente a las diversas infracciones estimadas como un solo delito de abuso sexual del artículo 366 bis del Código Penal, que tiene una pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. O sea, una pena de 3 años y 1 día hasta 10 años. Pues bien, la pena se eleva entonces un grado desde el máximo, y se puede imponer una sanción de presidio mayor en su grado medio, que va desde los 10 años y 1 día hasta los 15 años.

En este caso, aplicarle una sanción de 10 años y 1 día en virtud de lo dispuesto en el artículo 351 inciso primero del Código Procesal Penal resulta menos beneficioso para el imputado que aplicarle la norma del artículo 74 del Código Penal, razón por la cual debe aplicarse esta última.

Ejemplo de varios delitos

Si un sujeto es juzgado en un único juicio como autor de los siguientes delitos: robo por sorpresa (artículo 436 inciso segundo del Código Penal); robo en lugar destinado a la habitación (artículo 440 número 1 del Código Penal), y delito de hurto (artículos 432 y 446 número 3 del Código Penal). Supongamos que este sujeto no tiene modificatorias de responsabilidad penal que considerar, no es reincidente y se le aplica la norma del artículo 449 número 1 del Código Penal.

Si se le aplicaran las penas en su parte más baja, según el artículo 74, tendría las siguientes penas: 541 días + 5 años y 1 día + 61 días y multa

de 5 UTM; si lo llevamos todo a días, tenemos: 541 + 1.826 + 61 = 2.428 días, lo que equivale (en años) a 6 años 7 meses y 18 días, más la multa.

Hay que cuestionarse, entonces, qué es lo que sucede con la aplicación del inciso segundo del artículo 351 del Código Procesal Penal, ya que las diversas infracciones no pueden estimarse como un solo delito, por su diversa naturaleza, aunque todas son de la misma especie porque afectan el mismo bien jurídico: la propiedad.

En este caso, habría que tomar el delito que tenga la pena más grave y aumentarlo en uno o dos grados. Lógicamente, la aplicación de esta norma resultaría en la aplicación de una pena de 10 años y 1 día o más incluso, por lo que también debiera aplicarse el artículo 74 del Código Penal.

En nuestra opinión, el inciso primero del artículo 351 del Código Procesal Penal se aplica en los casos de reiteración de delitos idénticos, los que lógicamente afectan el mismo bien jurídico, y el inciso segundo de la norma debiese aplicarse cuando se afecte el mismo bien jurídico, pero mediante delitos distintos, que tengan distinta penalidad. Esta es la única manera de entender la aplicación del artículo, pues para su uso hay que tomar el delito de penalidad más grave.

Un ejemplo de delitos en que se aplicaría el inciso primero del artículo 351 del Código Procesal Penal: dos homicidios simples del artículo 391 número 2 del Código Penal. Por otro lado, son ejemplos de delitos en que se aplicaría el inciso segundo: un homicidio simple (artículo 391 número 2) y un homicidio calificado (artículo 391 número 1); o bien un homicidio simple (artículo 391 número 2) y un delito de lesiones menos graves (artículo 399); o bien un delito de lesiones graves (artículo 397 número 2), y un delito de lesiones menos graves (artículo 399).

Tal como establece Besio:

> "La respuesta primaria del sistema penal chileno a la comisión de varios ilícitos –fáctica y normativamente– independientes ejecutados por un mismo autor se traduce en la imposición conjunta o sucesiva a este de tantas penas como infracciones se hayan ejecutado, salvo que se trate de ilícitos que compartan un mismo objeto de protección, pues en ese entonces –solo en ese entonces– se prevé positivamente a través del art. 351 del Código Procesal Penal un sistema de tratamiento especial cuyo objetivo es morigerar esa respuesta original a través de la asignación de una única pena agravada, pero inferior a la primaria".

La verdad es que la aplicación de esta norma del Código Procesal Penal o de la del Código Penal no queda al arbitrio del juez o de la jueza

penal que deba aplicarla, sino que la judicatura debe, para cada caso, usar los cálculos de la pena final con la norma del artículo 351 del Código Procesal Penal y también con la del artículo 74 del Código Penal. Luego, comparando ambos resultados, está obligado a usar la norma que sea más beneficiosa o favorable al enjuiciado.

Para Besio, la aplicación de la norma del artículo 351 del Código Procesal Penal enfrenta dos problemas que ya son conocidos:

Primero, cuando se indica que se debe aumentar la sanción en uno o dos grados y se trata de penas compuestas de dos o más grados, desde qué grado se hace el alza.

Segundo, es determinar en qué momento se hace el juego de las modificatorias de responsabilidad penal, esto es si se hace antes o después del mentado aumento en grado.

Según Besio, este último problema solo se da en la reiteración de delitos del inciso primero, porque en su opinión:

> "Solo existe una regla explícita al efecto para el caso del inciso segundo del art. 351 del Código Procesal Penal, esto es, para aquellas infracciones que conforme a su naturaleza no pueden ser estimadas como un solo delito, escenario en el cual deben producir sus efectos primero las circunstancias concurrentes, pues el cálculo de pena se realiza –por expreso mandato legal– sobre la base del delito que aisladamente con las circunstancias del caso tenga asignada una pena mayor (pena mayor y delito base para el cálculo que se determina considerando las circunstancias que se presenten), para luego proceder al aumento respectivo"[110].

Forma de enfrentar al artículo 74 del Código Penal y artículo 351 del Código Procesal Penal

Al momento de individualizar las penas y aplicar uno u otro artículo, el juez o la jueza penal debe primero aplicar a cada uno de los delitos que resulte responsable el autor las modificatorias de responsabilidad penal, y luego de fijada esa sanción, debe hacer el aumento, así se evitan los problemas señalados.

110 Besio (2012), p. 547.

Ejemplo uno

Un sujeto comete dos homicidios simples en distintas fechas y es juzgado en un único juicio. Respecto del homicidio 1, concurren dos atenuantes y ninguna agravante. En lo que toca al homicidio 2, tiene una atenuante y una agravante.

Pena para el homicidio 1: se trata de una pena compuesta de dos grados. Se aplica el artículo 68 del Código Penal.

Marco penal abstracto del artículo 391 número 2 del Código Penal: presidio mayor en sus grados medio a máximo, esto es, 10 años y 1 día a 20 años.

Aplicación de modificatorias: tiene dos atenuantes y cero agravantes, se aplica el inciso tercero del artículo 68 del Código Penal y, entonces, puede rebajarse la pena en uno, dos o tres grados desde el mínimo.

El tribunal hace uso de la facultad de la rebaja en un grado y, en suma, puede aplicar una pena de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años).

Pena para el homicidio 2: se trata de una pena compuesta de dos grados. Se aplica el artículo 68 del Código Penal.

Marco penal abstracto del artículo 391 número 2 del Código Penal: presidio mayor en sus grados medio a máximo (10 años y 1 día a 20 años).

Aplicación de modificatorias: tiene una atenuante y una agravante, se aplica el inciso final del artículo 68, que nos remite al inciso final del artículo 67, es decir, se hace una compensación racional de las modificatorias. El tribunal hace el ejercicio –no una simple operación aritmética– y las anula. En suma, no hay circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que considerar, con lo que el juez vuelve al inciso primero del artículo 68 del Código Penal y puede recorrer la pena asignada al delito en toda su extensión.

El tribunal, haciendo uso de la norma, decide aplicar la pena en su parte más baja: presidio mayor en su grado medio (10 años y 1 día a 15 años).

Imaginamos también para este ejemplo que en cada homicidio aplicando la norma del artículo 69 del Código Penal se decide aplicar el mínimo.

Homicidio 1: 5 años y 1 día.

Homicidio 2: 10 años y 1 día.

Suma total (artículo 74 del Código Penal): 15 años y 2 días.

En este caso, existen dos opciones para aplicar el artículo 351 del Código Procesal Penal. Según la primera opción, se aplica la norma del inciso

primero. Surge el problema de que no se sabe a partir de cuál delito se eleva la pena por la reiteración en uno o dos grados (debiera entenderse que del más grave). Según la segunda opción, se aplica la norma del inciso segundo. No surge el problema de la primera opción, pues la norma establece que el aumento se hace desde el delito de pena más grave; *ergo*, desde el homicidio 2: si se aumenta en un grado, quedaría en una pena de 15 años y 1 día a 20 años por la reiteración junto al homicidio 1.

Luego de la comparación, la decisión según cada artículo sería:

Artículo 74 del Código Penal: 15 años y 2 días.

Artículo 351 del Código Procesal Penal: 15 años y 1 día. Es más beneficioso por 1 día, por lo que debo aplicar este.

Ejemplo dos

Se trata de dos homicidios simples que en abstracto tienen pena de presidio mayor en su grado medio a máximo y no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

El tribunal decide aplicar pena de 10 años y 1 día para cada uno de los homicidios. Según la regla del artículo 74, la pena final sería de 20 años y 2 días.

En cambio, si el juez o jueza penal lo estiman como un solo delito, aplicando el inciso primero del artículo 351 del Código Procesal Penal, debe elevar la sanción en un grado. La sanción era de 10 años y 1 día a 15 años; si la eleva un grado, quedaría en una de 15 años y 1 día a 20 años.

En este caso es más conveniente aplicar esta norma, pues puede quedar sancionado a una pena única de 15 años y 1 día o incluso a los 20 años, y sigue siendo más beneficioso que la aplicación del artículo 74 del Código Penal.

En definitiva, siempre hay que aplicar primero las variables de las modificatorias de responsabilidad penal y luego ver si se hace aplicación de la norma de la reiteración. Ello porque siempre hay que comparar los resultados con la norma de la acumulación material del artículo 74.

Variable 17: se trata de unificación de penas

Se debe analizar si es aplicable el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales cuando se pida unificación de penas.

> "Art. 164. 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".

A continuación, se transcribe un caso de aplicación real de la norma citada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso:

"Valparaíso, veintiuno de septiembre de dos mil dieciocho.

Vistos, teniendo presente:

A.- Que, con fecha diez de este mes y año, la abogada Tamara Alexis Farra Núñez, Defensora Penal Penitenciaria, con domicilio en Prat 846, oficina 5-B, Valparaíso, en representación de don A.P.G.P., cédula nacional de identidad número xxxxxxx, condenado en causas RIT 150-2016 y 156-2017 ambas de este tribunal y causa RIT 9589-2016 del Juzgado de Garantía de Valparaíso, actualmente cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de esta ciudad, solicita que se cite a los intervinientes a una audiencia con el fin de discutir una posible unificación de condenas en aplicación del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales en relación con las siguientes causas de su representado:

I. Causa RIT 150-2016, RUC 1500965931-2 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso.

- Fecha sentencia: 26 de noviembre de 2016.
- Hechos materia de la sentencia: 08 de octubre de 2015.
- Condena: 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo más multa de 5 UTM.
- Delito: Receptación de vehículo motorizado.
- Circunstancia modificatoria: 11 número 9 del Código Penal.

II. Causa RIT 9589-2016, RUC 1600923671-0 del Juzgado de Garantía de Valparaíso.

- Fecha sentencia: 9 de marzo de 2017.
- Hechos materia de la sentencia: 26 de septiembre de 2016.
- Condena: 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo.
- Delito: Receptación de vehículo motorizado.
- Circunstancias modificatorias: 11 número 9 del Código Penal.

III. Causa RIT 156-2017, RUC 1600952385-9 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso.

• Fecha sentencia: 2 de junio de 2017.
• Hechos materia de la sentencia: 9 de octubre de 2016.
• Condena: 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, más 5 UTM.
• Circunstancias modificatorias: artículo 11 número 9 y 12 número 16 del Código Penal, fundando esta última circunstancia agravante en las causas signadas en los numerales I. y II.

En suma, su representado por estas causas se encuentra cumpliendo en total una condena de 9 años y 3 días de presidio efectivo, además de una posible y eventual sustitución de 10 unidades tributarias mensuales impuestas como multa.

B.- Que con esta fecha se celebra la audiencia de rigor, habiendo comparecido la solicitante, quien reitera la petición, señalando que su opinión se cumplen con todos los requisitos del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales y en consecuencia podría aplicársele una pena única de seis años, en vez de tres penas de tres años y un día cada una, teniendo presente que se trata de tres delitos de receptación, que no procedería la agravante del artículo 12 número 16 del Código Penal, si las causas se hubieran juzgado de manera conjunta y por el Ministerio Público compareció el fiscal don Sergio Espinoza Daza, quien se opuso parcialmente a ella señalando que en su opinión procedía únicamente respecto de aquellos delitos del año 2016 no así en el delito del año 2015.

C.- Que el tribunal tuvo a la vista el extracto de filiación del condenado y el informe de Gendarmería de Chile sobre las condenas que se encuentra cumpliendo.

Y considerando:

Primero: Que este tribunal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales es competente para conocer de la solicitud, toda vez que este es el que dictó el fallo de fecha posterior, esto es, el aludido en el apartado III de la parte expositiva de esta resolución.

Segundo: Que, claramente del tenor del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales se desprende que para que pueda operar la norma en cuestión, debe existir pluralidad de sentencias condenatorias, que en todas ellas coincida un mismo imputado, que las sentencias se refieran a hechos diversos y que haya existido la posibilidad temporal de un juzgamiento o conocimiento conjunto.

Tercero: Que de los antecedentes aportados teniendo en especial presente la fecha de comisión de los tres ilícitos, 8 de octubre de 2015 (causa Rit 150-2016 del TJOP de Valparaíso); 26 de septiembre de 2016 (causa Rit 9589-2016 del Juzgado de Garantía de Valparaíso) y 9 de octubre de 2016

(causa Rit 156-2017 del TJOP de Valparaíso) y las fechas de sentencia de los mismos tres hechos, 26 de noviembre de 2016, 9 de marzo de 2017 y 2 de junio de 2017, respectivamente, como asimismo que según informara el centro penitenciario mediante Oficio ORD. número 05.01.00/7143/18 de fecha 12 de septiembre de 2018, Ángelo Paolo González Pérez se encuentra en la actualidad cumpliendo todas ellas, comenzando a cumplir la pena de tres años y un día la causa Rit 9589- 2016 del Juzgado de Garantía de Valparaíso, con fecha 24 de julio de 2018, debiendo cumplir luego la de tres años y un día en la causa RIT 156-2017 de este tribunal a contar del 25 de julio dos del 2021, y finalmente la de tres años y un día en la causa RIT 156-2017 de este tribunal a contar del 27 de julio de 2024, realizando las condenas el 22 de julio del año 2027.

No cabe duda que en la especie concurren todos y cada uno de los presupuestos legales para proceder al análisis de la unificación solicitada, esto es:

1.- Existencia de pluralidad de condenas, en efecto se trata de las tres condenas impuestas en las causas Rit 9589-2016; Rit 150-2016 y 156-2017;

2.- Que todas ellas sean en contra de un mismo imputado; en este caso en contra de Ángelo Paolo González Pérez, cédula nacional de identidad número 19.191.206-3;

3.- Que las sentencias se refieren a hechos diversos; en efecto se trata de hechos distintos, cometidos los días 8 de octubre de 2015 (causa Rit 150-2016 del TJOP de Valparaíso); 26 de septiembre de 2016 (causa Rit 9589-2016 del Juzgado de Garantía de Valparaíso) y 9 de octubre de 2016 (causa Rit 156-2017 del TJOP de Valparaíso);

4.- Que haya existido la posibilidad e juzgamiento conjunto; delitos que por sus fechas de comisión, como se aprecia del numeral anterior, perfectamente pueden haber sido conocidos en un solo juicio, haciendo presente además, que en todos los casos de trata de un mismo delito de receptación de vehículo motorizado; y finalmente;

5.- Que la determinación de la punibilidad única resulte más favorable al condenado; lo que sucede en la especie, pues en los últimos delitos se le aplicó la agravante de reincidencia específica del artículo 12 número 16 del Código Penal, con lo que, teniendo en cada caso la atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal, procedería conforme lo faculta el artículo 351 del Código Procesal Penal, estimar los tres hechos como un solo delito y aumentar la pena en un grado debido a su reiteración.

Cuarto: Que es necesario tener presente el sentido del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, es decir, tratar de evitar, en aquellos casos que pudiendo ser juzgados conjuntamente, cuyo es el caso, las decisiones

emanadas en cada una de las sentencias que pudieran dictarse se genere una situación más gravosa para el condenado, como asimismo, lo dispuesto en el artículo 351 inciso primero del Código Procesal Penal, que señala que en los casos de reiteración de 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.

Quinto: Que la sumatoria de todas las condenas que se pretenden unificar da como resultado 3288 días, esto es 9 años y 3 días, suma superior y por ende más gravosa que los seis años que este tribunal impone como pena única por los tres ilícitos de receptación de vehículo motorizado 351 del Código Procesal Penal, al aumentar por la reiteración en un grado cualquiera de las tres penas impuestas, quedando en una de 5 años y 1 día a 10 años.

Por los argumentos antes vertidos, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales y 351 del Código Procesal Penal, y resolviendo derechamente lo planteado por la abogada defensora en audiencia, SE HACE LUGAR a lo solicitado por la defensa de A.P.G.P., cédula nacional de identidad Nº xxxxxxx, unificando las condenas impuestas en las causas Rit 9589-2016 del Juzgado de Garantía de Valparaíso y en las causas Rit 150-2016 y 156-2017, ambas de este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, en una pena única de 6 años de presidio mayor en su grado mínimo, más la pena única de multa de 10 Unidades Tributarias Mensuales, con las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Ofíciese a Gendarmería de Chile para la adecuación de los cómputos de cumplimiento.

Notifíquese vía correo electrónico a los intervinientes asistentes y al acusado privado de libertad de conformidad a lo previsto en el artículo 29 del Código Procesal Penal.

Redactado por el Magistrado don Francisco Hermosilla Iriarte.

RUC 1600952385-9.

RIT 156-2017.

Decidieron doña María Eugenia Vega Godoy, don Matías Urrejola Santa María y don Francisco Hermosilla Iriarte, jueces titulares del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso".

Balmaceda[111] menciona que los requisitos de la unificación de penas del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales son la pluralidad de

111 Balmaceda (2021), pp. 675-676.

sentencias condenatorias y la posibilidad de un juzgamiento conjunto, y que, además, es necesario que las diferentes sentencias condenatorias se dicten contra un mismo sujeto y por delitos distintos y que exista la posibilidad de un tratamiento punitivo más benigno.

Variable 18: grupos de delitos en los que no se aplican los artículos 65 a 69 del Código Penal

Existe un grupo de delitos en los que no se aplican los artículos 65 a 69 del Código Penal, muchos delitos contra la propiedad y delitos de la Ley de Control de Armas. Esto se debe a que, con las recientes modificaciones legislativas a su respecto, sus marcos de determinación de penas se han vuelto más rígidos.

Artículo 449 del Código Penal

> "Art. 449. Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 ter, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:
> 1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.
> 2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimum si consta de un solo grado".

Artículo 17 B inciso segundo de la Ley Nº 17.798

> "Para determinar la pena en los delitos previstos en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D, y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el inciso anterior, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto

en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal, en la ley Nº20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena".

Artículo 196 bis de la Ley de Tránsito (Ley Nº 18.290)

"Artículo 196 bis.- Para determinar la pena en los casos previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 196, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal y, en su lugar, aplicará las siguientes reglas:

1.-Si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena señalada por la ley al aplicarla.

2.- Si, tratándose del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

3.- Si, tratándose del delito establecido en el inciso cuarto del artículo 196, concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena en su grado mínimo. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo. Para determinar en tales casos el mínimo y el máximo de la pena, se dividirá por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo.

4.- Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

5.-El tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley. Con todo, podrá imponerse la pena inferior en un grado si, tratándose de la eximente del número 11 del artículo 10 del Código Penal, concurriere la mayor parte de sus requisitos, pero el hecho no pudiese entenderse exento de pena".

Variable 19: casos en que se obliga a imponer la pena superior en grado

Hay delitos en que se obliga a imponer la pena superior en grado, por ejemplo, el caso del artículo 400 del Código Penal, o bien cuando concurre en la Ley Nº 20.000 alguna de las mal llamadas agravantes del artículo 19 de dicha ley.

En nuestra opinión, en estos casos, los jueces están obligados a imponer la pena superior en grado. La pregunta que surge es: ¿en qué momento se hace aplicación de esta agravación especial: antes o después del juego de las modificatorias de responsabilidad penal?

Ejemplo con el artículo 400 del Código Penal

Un sujeto le causa a su conviviente las lesiones graves del artículo 397 número 2.

La pena del delito se asigna en el artículo 397 del Código Penal:

> "El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves:
> […]
> 2.º Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días".

Es decir, una pena penal en abstracto que va desde los 541 días hasta los 3 años.

El artículo 400 inciso primero del Código Penal regula el aumento de la pena en los siguientes términos:

> "Si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5º de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, o con cualquiera de las circunstancias Segunda, Tercera o Cuarta del número 1º del artículo 391 de este Código, las penas se aumentarán en un grado".

Es decir, la pena en abstracto cambiaría a una de presidio menor en su grado máximo, que va desde los 3 años y 1 día a los 5 años.

Supongamos que el sujeto tiene una atenuante (la del artículo 11 número 6) y ninguna agravante.

La pena elevada queda compuesta de un grado y, por lo tanto, se aplica el artículo 67 Código Penal, en este caso, la norma del inciso segundo que establece:

> "Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimum y en el segundo en su máximum".

O sea, el sujeto puede ser condenado a una pena de presidio menor en su grado máximo en su mínimum, es decir, una pena que va entre los 3 años y 1 día hasta los 4 años.

Ahora, supongamos que, en el mismo caso, aplicamos primero las modificatorias de responsabilidad penal y luego elevamos la pena en grado. Como se trata de una pena compuesta de un grado y con una atenuante, se aplica el artículo 67 inciso segundo y debiera aplicársele una sanción que va entre 541 días y 818 días.

Si dicha sanción se eleva ahora en un grado, el tribunal debiera aplicar una pena de presidio menor en su grado máximo que va entre los 3 años y 1 día a los 5 años. En este caso, perfectamente pudiera aplicarle 5 años.

En consecuencia, la solución anterior –de elevar la pena en grado primero y luego aplicar las modificatorias de responsabilidad penal– es más beneficiosa para el condenado.

Ejemplo con el artículo 19 de la Ley Nº 20.000, en cualquiera de sus literales que también obligan a un aumento de pena en grado

Supongamos el caso de una mujer que es culpable del delito de tráfico de los artículos 1º y 3º de la Ley Nº 20.000 con pena abstracta de presidio mayor en sus grados mínimo a medio –es decir, una sanción privativa de libertad que va entre los 5 años y 1 día hasta los 15 años– y una multa de cuarenta a cuatrocientas UTM.

En el ejemplo, concurre la siguiente circunstancia especial de agravación de pena del artículo 19 f) de la Ley Nº 20.000:

> "Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes:
> […].
> f) Si el delito se cometió en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales".

Además, en beneficio de la acusada concurren las atenuantes de los números 6 y 9 del Código Penal y ninguna agravante.

La primera posibilidad es hacer la agravación de la pena al inicio y desde el máximo, se parte por el aumento de pena del artículo 19 f) de la Ley Nº 20.000. La pena en abstracto queda en una de presidio mayor en su grado máximo, es decir, una que va desde los 15 años y 1 día hasta los 20 años.

Luego, se aplican las modificatorias de responsabilidad penal y conforme dispone el artículo 67 del Código Penal –porque ahora la pena queda de un grado– se aplica el inciso cuarto de tal norma, el que dispone:

> "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 el juez o la jueza penal deciden rebajar la pena en un grado pueden aplicar una de presidio mayor en su grado medio (10 años y 1 día a 15 años); si, en cambio, deciden hacerlo en dos grados, pueden aplicar una de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día hasta los 10 años).

La segunda posibilidad es primero hacer la aplicación de las modificatorias de responsabilidad penal y luego la agravación. Se aplica el artículo 67 inciso cuarto y, en consecuencia, se rebaja la pena en un grado. Como se parte desde el mínimo, queda con una de presidio menor en su grado máximo, esto es, una que va desde los 3 años y 1 día a 5 años. Ahora se hace el aumento en un grado del artículo 19 de la Ley Nº 20.000 y quedaría con una pena de presidio mayor en su grado mínimo, esto es, 5 años y 1 día a 10 años.

Se rebaja la pena en dos grados y, como se parte desde el mínimo, queda con una de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años). Ahora se hace el aumento en un grado del artículo 19 de la Ley Nº 20.000 y quedaría con una de presidio menor en su grado máximo, esto es, una de 3 años y 1 día a los 5 años.

Del comparativo de casos podemos concluir que, si se decide rebajar la pena en un grado, resulta más beneficioso aplicar el aumento al final, luego del juego de las modificatorias de responsabilidad penal y si se decide la rebaja en dos grados también es más favorable de esta manera.

Usar el juego de las modificatorias de responsabilidad penal primero y aplicar el aumento de pena del artículo 19 de la Ley Nº 20.000 al final.

Puede justificarse en la misma ley, pues en lo relativo a la aplicación del artículo 22 de la Ley Nº 20.000 usa tal fórmula, ya que dispone en su inciso final:

> "La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales".

Ejemplo de si la agravación especial del aumento de pena el tribunal lo hace al final

María es condenada como autora del delito de microtráfico del artículo 4º de la Ley Nº 20.000. Es descubierta mientras hacía la visita a una interna al interior del Centro Penitenciario Femenino de Valparaíso. María tiene irreprochable conducta anterior y ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.

En abstracto, la pena asignada al delito es la de presidio menor en sus grados medio a máximo (541 días a 5 años) y una multa de diez a cuarenta UTM.

No hay agravantes de responsabilidad penal y hay dos atenuantes de responsabilidad penal, las de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal.

Al ser una pena compuesta de dos grados, se aplica el inciso tercero del artículo 68 del Código Penal que previene:

> "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".

El tribunal, haciendo uso de la facultad recién referida, procede a rebajar la pena a la acusada en un grado. En consecuencia, María quedaría con una sanción de presidio menor en su grado mínimo (entre 61 y 540 días).

También podría suceder que, haciendo uso de la facultad recién referida, el tribunal decida rebajar la pena en dos grados. En ese caso, María quedaría con una sanción de prisión en su grado máximo (entre 41 y 60 días).

Finalmente, si el tribunal decide rebajar la pena en tres grados, María quedaría con una sanción de prisión en su grado máximo (entre 21 y 40 días).

Luego, el juez o la jueza debe aplicar la normativa del artículo 19 letra h) de la Ley Nº 20.000 que dispone:

> "Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes:
> […]
> h) Si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial".

En definitiva, María podría ser condenada por una pena de presidio menor en su grado medio de 541 días a 3 años y otorgársele la pena sustitutiva de la libertad vigilada, o bien por una pena de presidio menor en su grado mínimo de entre 61 y 540 días y otorgársele la pena sustitutiva de remisión condicional. Por último, podría ser sancionada con 41 a 60 días de prisión en su grado máximo.

Ejemplo de si el tribunal hace la agravación especial del aumento de pena al inicio

María es condenada como autora del delito de microtráfico del artículo 4º de la Ley Nº 20.000. Es descubierta mientras hacía la visita a una interna al interior del Centro Penitenciario Femenino de Valparaíso. María tiene irreprochable conducta anterior y ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.

En abstracto, la pena asignada al delito es una de presidio menor en sus grados medio a máximo (541 días a 5 años) y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales.

No hay agravantes de responsabilidad penal y hay dos atenuantes de responsabilidad penal, las de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal.

Ahora el juez o la jueza aplican primero la normativa del artículo 19 letra h) de la Ley Nº 20.000 que señala:

> "Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado sí concurre alguna de las circunstancias siguientes:
> […]
> h) Si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial".

En consecuencia, la penalidad aplicable en abstracto ahora será la de 5 años y 1 día a 10 años. Se trata de una pena compuesta de un grado, con

lo que se hace aplicable la norma del artículo 67 inciso cuarto del Código Penal que dispone:

> "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 el tribunal usa su facultad y rebaja la pena solo en un grado, María quedará condenada a una pena de 3 años y 1 día a 5 años, con posibilidad de pena sustitutiva de libertad vigilada. Si, en cambio, el tribunal usa la facultad descontando la pena en dos grados, María quedaría condenada a una pena de 541 días a 3 años, con la misma posibilidad de pena sustitutiva.

En relación con la aplicación de los aumentos del artículo 19 de la Ley de Drogas, la Corte Suprema, resolviendo un recurso de nulidad, en sentencia de 8 de abril de 2022 (Rol Nº 22179-2021), determinó:

> "Vigésimo quinto: Que el artículo 19 letra a) de la ley 20.000 prescribe: 'Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16'. Por su parte el artículo 68 del Código Penal señala que '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'.
>
> Vigésimo sexto: Que analizando el segundo acápite de la causal subsidiaria, la solución más correcta, cuando se trata de aumentar la pena, 'es aquella que consiste en subir cada uno de los distintos grados de la pena que conforman en toda su extensión y no hacerlo desde el máximo. De consiguiente, si el delito tiene como sanción presidio menor en su grado

medio a máximo, al aumentar la pena se crea una nueva extensión de ella, que fluctúa entre presidio menor en su grado máximo y presidio mayor en su grado mínimo, marco punitivo que puede recorrer el sentenciador en toda su extensión para aplicar la sanción específica que impondrá al procesado. Escapa a este último sistema la hipótesis que se describe en el art. 68 inc. 4' (Garrido M., Mario, Derecho Penal, Tomo I, P. General, Editorial Jurídica de Chile, 2º edición, año 2005, página 320). En consecuencia, de lo expresado se hace patente el error de las reflexiones de los magistrados de la instancia, pues realizan el aumento desde el grado superior, obteniendo una pena de un grado (presidio mayor en su grado máximo), en circunstancias que, conforme a la interpretación citada en el párrafo anterior, la agravación debió operar en cada uno de los grados designados por la ley al delito de tráfico de sustancias estupefacientes, que es presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado medio, por lo que al aumentarlo en un grado, debió establecerse en presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo, sanción en base a la cual luego debió aplicarse el artículo 68 del Código Penal, por tratarse de una pena de dos grados de una pena divisible.

Vigésimo séptimo: Que el error constatado tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, pues llevó a imponer al acusado recurrente una pena en un grado superior a la que resultaba de la correcta aplicación de las normas ya analizadas, motivo por el cual es preciso acoger el recurso de nulidad deducido por la causal del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, esto es, por la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de la decisión, cuestión que afectó solo la sentencia impugnada, mas no el juicio, desde que la motivación promovida no se refiere a formalidades del pleito ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se aplicó una pena superior a la que legalmente correspondía, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que se acoge el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado R.F.V., solo en lo que dice relación a la causal subsidiaria consistente en la infracción del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación con los artículos 19 letra a) de la Ley 20.000 y 68 del Código Penal, desestimándose en lo demás dicho arbitrio; se rechazan los recursos interpuestos por las defensas de y, por lo tanto, se anula parcialmente la sentencia de trece de marzo de dos mil veintiuno, dictada en la causa RUC 2000737685-6, RIT 23-2021, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, y se procede a dictar a

continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo, decisión que conforme al artículo 360 del Código Procesal Penal aprovecha a los condenados".

Variable 20: cuando es facultativo el aumento de pena

Hay delitos en los que es facultativo aumentar la pena en un grado, por ejemplo, en los hurtos del artículo 447 del Código Penal.

> "Art. 447. En los casos del artículo anterior podrá aplicarse la pena inmediatamente superior en grado:
> 1.º Si el hurto se cometiere por dependiente, criado o sirviente asalariado, bien sea en la casa en que sirve o bien en aquella a que lo hubiere llevado su amo o patrón.
> 2.º Donde se cometiere por obrero, oficial o aprendiz en la casa, taller o almacén de su maestro o de la persona para quien trabaja, o por individuo que trabaja habitualmente en la casa donde hubiere hurtado.
> 3.º Si se cometiere por el posadero, fondista u otra persona que hospede gentes en cosas que hubieren llevado a la posada o fonda.
> 4.º Cuando se cometiere por patrón o comandante de buque, lanchero, conductor o bodeguero de tren, guarda almacenes, carruajero, carretero o arriero en cosas que se hayan puesto en su buque, carro, bodega, etc.".

Variable 21: la condición de la víctima

La condición de la víctima es una variable a considerar en los delitos contra la vida y en aquellos en que el legislador ha previsto una especial protección por la violencia ejercida en contra de las mujeres por razón de género.

El Título Octavo del Código Penal, "Crímenes y simples delitos contra las personas", comprende, entre otros, los siguientes ilícitos: parricidio (artículo 390); femicidio (artículo 390 bis); femicidio en razón de género (artículo 390 ter); homicidio calificado y simple (artículo 391 números 1 y 2); homicidio en riña o pelea (artículo 392); auxilio al suicidio (artículo 393); infanticidio (artículo 394); castración (artículo 395); mutilación (artículo 396); lesiones gravísimas (artículo 397 número 1); lesiones graves (artículo 397 número 2); lesiones menos graves (artículo 399); lesiones en riña o pelea (artículo 402); maltrato a menores, adultos mayores o per-

sonas con discapacidad (artículos 403 bis a 403 septies), y tráfico ilícito de migrantes y trata de personas (artículos 411 bis a 411 quáter).

Por otra parte, la Ley Nº 21.483 agregó una nueva agravante en el número 22 del artículo 12 del Código Penal. Conforme a ella, si la víctima fuere menor de 18 años o un adulto mayor (en los términos de la Ley Nº 19.828), o bien una persona con discapacidad (en los términos de la Ley Nº 20.242), la jueza o el juez excluirá el grado mínimo si la pena estuviere compuesta de dos o más grados o bien excluirá el mínimum si fuere de un grado, conforme al nuevo artículo 69 bis.

La agravante en comento establece:

> "Cometer el delito contra una víctima menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad, los términos de la ley Nº 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad".

La duda que puede surgir al intérprete es respecto de delitos pluriofensivos que coloquen en peligro, por un lado, la propiedad y, por el otro, la integridad física de las personas. Nos imaginamos un robo con violencia en el que se cause algún tipo de lesiones a una víctima mayor de 60 o menor de 18 años.

Por otro lado, en el delito de femicidio simple del artículo 390 bis y en el de femicidio por razón de género del artículo 390 ter existen, además, reglas especiales de agravación de pena, las que se indican en el artículo 390 quáter:

> "Son circunstancias agravantes de responsabilidad penal para el delito de femicidio, las siguientes:
> 1. Encontrarse la víctima embarazada.
> 2. Ser la víctima una niña o una adolescente menor de dieciocho años de edad, una mujer adulta mayor o una mujer en situación de discapacidad en los términos de la ley Nº 20.422.
> 3. Ejecutarlo en presencia de ascendientes o descendientes de la víctima.
> 4. Ejecutarlo en el contexto de violencia física o psicológica habitual del hechor contra la víctima".

Asimismo, en los delitos de femicidio no puede la jueza o el juez considerar la atenuante del artículo 11 número 5 del Código Penal que señala:

> "La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación".

Variable 22: normas que permiten bajar la penalidad

Hay normas que permiten bajar la penalidad. En algunos casos, para figuras especiales, el legislador ha permitido que los jueces y las juezas penales puedan bajar la penalidad asignada por la ley al delito. Es el caso de los artículos 142 bis y 456 del Código Penal.

> "Art. 142 bis. Si los partícipes en los delitos de secuestro de una persona o de sustracción de un menor, antes de cumplir cualquiera de las condiciones exigidas por los secuestradores para devolver a la víctima, la devolvieren libre de todo daño, la pena asignada al delito se rebajará en dos grados. Si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones, el juez podrá rebajar la pena en un grado a la señalada en los dos artículos anteriores".

En este caso, la judicatura deberá acudir a la penalidad referida en el artículo 142 numerales 1 o 2, dependiendo del caso de que se trate, y desde allí rebajar la pena en uno o dos grados si se dan las condiciones establecidas en la norma.

> "Art. 456. Si antes de perseguir al responsable o antes de decretar su prisión devolviere voluntariamente la cosa robada o hurtada, no hallándose comprendido en los casos de los arts. 433 y 434, se le aplicará la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito".

La norma anterior se aplica para todos los delitos de hurto y de robo, excluyendo las figuras de robo calificado y piratería.

Variable 23: la media prescripción

La media prescripción está contemplada en el artículo 103 del Código Penal.

> "Art. 103. Como 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 trascurrido 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 arts. 65, 66, 67 y 68, sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.
>
> Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo".

En cuanto a los plazos, para el inicio de su cómputo, se deberá distinguir si se trata de la acción penal o bien de la pena. Para la acción penal, el plazo se cuenta desde la fecha del delito. Para la pena, en cambio, el plazo se cuenta desde la fecha de la sentencia de término.

En ese sentido, en sentencia de 16 de agosto de 2022, la Corte de Apelaciones de Chillán determinó:

> "Séptimo: Que, la materia en cuestión se encuentra regulada en los artículos 97 y 98 del Código Penal. El primero refiere que si se solicita la prescripción de la pena, el tribunal debe estarse a la efectivamente impuesta por la sentencia en el caso concreto a efectos de establecer la concurrencia de los requisitos necesarios para declararla, en tanto que la recta interpretación del segundo, ordena que el cómputo del plazo se haga desde la fecha de la sentencia de término, o desde el quebrantamiento, en el caso que hubiese empezado a cumplirse, pero como esto último no ocurrió, cabe estarse a la data de la sentencia de término.
>
> Octavo: Que, como se dijo, el amparado fue condenado con fecha 8 de julio de 2019, a la pena de 2 años de presidio menor en su grado medio por su responsabilidad como autor del delito de lesiones graves, certificándose por el ministro de fe que el fallo quedó ejecutoriado el 26 de agosto de 2019. Y recién, el 14 de mayo pasado, fue detenido e inició su cumplimiento, transcurriendo, entre dos últimas fechas, más de 2 años y 8 meses.
>
> Noveno: Que, la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, conforme al artículo 21 del Código Penal es una pena de simple delito, la que prescribe, por ende, según dispone el artículo 97 del mismo texto, en cinco años.
>
> Décimo: Que, así las cosas, el Juzgado de Garantía de esta ciudad, ha actuado contraviniendo las normas antedichas al rechazar declarar la media prescripción de la pena en el caso en estudio, al entender, equivocadamente como se ha explicado antes, que cabía computar el término únicamente desde el inicio del cumplimiento y no desde la sentencia de término, exponiendo al amparado a verse privado de su libertad personal por tener que cumplir la sanción primitivamente impuesta, sin considerar la prescripción gradual que concurre, peligro que deberá suprimirse acogiendo el recurso y adoptando las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho".

El artículo 103 del Código Penal obliga al juez o a la jueza penal a considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes

muy calificadas y de ninguna agravante y, en consecuencia, aplicar las reglas de los artículos 65 a 68 del Código Penal.

En la práctica, dándose las condiciones para que opere la media prescripción, lo que nace para el juez o jueza es un nuevo proceso de determinación de la pena. Este nuevo proceso debe considerar como punto inicial, por supuesto, la pena en abstracto que el legislador contempló para el respectivo tipo penal (deberá el tribunal considerar el hecho) y desde allí aplicar las demás reglas de determinación legal de la pena, partiendo de la premisa de que al sujeto hay que considerarle dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante.

Entendemos que la alusión a las modificatorias de responsabilidad penal concurrentes es ficta, pues el juez o la jueza debe considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante.

La norma da a entender de inmediato que si se tratase de la aplicación de la media prescripción a un condenado que hubiera estado rebelde, el juez o la jueza ya no puede considerar ni la pena propuesta en su sentencia no cumplida, ni las modificatorias de responsabilidad penal que allí se contemplaban, sino que, simplemente, debe partir de la pena en concreto –la aplicada en la sentencia– y, desde allí, considerar la existencia de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y ninguna agravante.

En comentario de la sentencia Rol Nº 23268-2014, de 27 de agosto de 2014, de la excelentísima Corte Suprema que resuelve un recurso de amparo, el profesor Cabezas señala:

> "La Corte Suprema en su sentencia aclara que la interpretación correcta del artículo 97 del Código Penal obliga a considerar la pena en concreto. De hecho, el artículo 97 del cuerpo legal en comento indica en forma expresa que las penas que prescriben son aquellas 'impuestas por sentencia ejecutoria', lo que obliga a considerar no el marco penal de cada tipo de la parte especial, sino la pena determinada en el fallo, cuestión que parece evidente si hablamos de prescripción de la pena, pero que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción no tomó en consideración".

Añadiendo luego el autor:

> "Sin perjuicio de la importancia de esta aclaración del máximo Tribunal en este punto –más aun en una materia tan ayuna estudios, casos y sentencias como lo es la prescripción de la pena–, la mayor novedad del

> fallo se registra en cuanto la Corte dirime –por el momento– una vieja polémica doctrinaria acerca de la obligatoriedad o facultatividad de la aplicación de esta circunstancia atenuante *sui generis*. La facultad existe para el tribunal cuando aplica la pena en el pronunciamiento de la sentencia, oportunidad que conoce de todos los antecedentes así como de la mayor o menor extensión del daño, en cambio, cuando lo hace por remisión del artículo 103 del Código Penal, está ante un beneficio otorgado por el transcurso del tiempo donde ya no se discute la mayor o menor gravedad del hecho ni las circunstancias que se atendieron en la sentencia que fijó la sanción que ahora se pretende rebajar"[112].

El legislador contempla la existencia de una atenuante muy calificada en el artículo 68 bis del Código Penal y allí dispone que "cuando sólo concurra una atenuante muy calificada el Tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito". Sin embargo, nada dice respecto a cuando se trate de dos atenuantes muy calificadas, y la pregunta que pudiere hacerse el juez es: ¿puedo imponer, entonces, la pena rebajada en dos grados, pues se trataría de dos circunstancias atenuantes muy calificadas?

Para Parra Núñez:

> "La pregunta que de todos modos surge es cómo opera en concreto la norma del artículo 103 del Código Penal en su reenvío a los artículos 65 y siguientes del Código Penal. El reenvío contenido en el artículo 103 del Código Penal, imperativamente, sitúa al hecho, dependiendo el tipo de pena que éste tenga, en los artículos 65, 66, 67 o 68 del Código Penal, premunido de a lo menos dos minorantes muy calificadas y ninguna atenuante. Sin embargo, nada dice de estas normas señala en cuántos grados debe rebajarse la pena cuando concurren dos o más atenuantes muy calificadas y ninguna agravante. De allí, entonces, se puede colegir que el reenvío del artículo 103 del Código Penal a los artículos 65 y siguientes del Código Penal no se refiere –al menos no de forma explícita– a que con base a estos últimos se precise cuántos grados de pena han de bajarse ante la concurrencia de dos o más minorantes muy calificadas, pues en estas normas, no hay referencia alguna al efecto de esta cantidad de modificatorias de poder extraordinario"[113].

112 Cabezas (2014), pp. 143-146.
113 Parra (2019), pp. 270-271.

Caso hipotético de aplicación de la variable 23

Juan fue condenado como autor del delito consumado de homicidio calificado de Pedro, a quien envenenó. Se le impone una pena de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo.

En el hecho no existieron circunstancias agravantes de responsabilidad penal. En favor de Juan concurrían las atenuantes de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal.

Juan cometió el crimen el 7 de diciembre de 2015 y fue condenado con sentencia ejecutoriada el 7 de diciembre de 2016. Sin embargo, Juan fue declarado rebelde el 1 de enero de 2017 y fue detenido el 3 de marzo de 2022. Se acreditó que mientras estuvo rebelde no cometió nuevos delitos y que no salió del país.

Según el artículo 98 del Código Penal: "El tiempo de la prescripción comenzará a correr desde la fecha de la sentencia de término", que en el ejemplo propuesto es el 7 de diciembre de 2016. Luego, hay que ver cuál es el período de tiempo que transcurrió entre esa fecha y el día de su detención.

El tiempo transcurrido es de 5 años 2 meses y 24 días, es decir, ha transcurrido más de la mitad del tiempo de la pena que debía cumplir, con lo que procede hacer aplicación del artículo 103 del Código Penal: considerar el hecho revestido de dos circunstancias atenuantes muy calificadas y ninguna agravante.

La sanción aplicada en la sentencia es una de presidio mayor en su grado mínimo, la que, en mi opinión, habría que rebajar en dos grados, quedando en una de presidio menor en su grado medio (entre 541 días y 3 años) y, en consecuencia, puede otorgársele alguna pena sustitutiva.

La opción de iniciar el cálculo partiendo por la pena aplicada en la sentencia y no la pena asignada en abstracto al delito, parte de la idea que la prescripción gradual es de *esa pena*, de la impuesta en la sentencia. En definitiva, para la prescripción gradual, hay que iniciar la rebaja en grados desde esa pena impuesta, que en el ejemplo se trata de una de presidio mayor en su grado mínimo (que va en un tramo de 5 años y 1 día a 10 años), independientemente de que se le hayan aplicado 10 años, pues toda rebaja se hace desde el mínimo.

Variable 24: dos o más personas que forman parte de una agrupación u organización destinada a cometer crímenes y simples delitos sin ser una asociación delictiva

Esta variable se encuentra contemplada en el artículo 12 Nº 23 del Código Penal:

> "23ª. Ejecutar el hecho formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer crímenes o simples delitos, siempre que ésta o aquélla no constituya una asociación delictiva o criminal de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro II, y ello ha facilitado la perpetración del delito o ha aumentado el peligro para la integridad física de la víctima, o haber ejecutado el hecho con violencia, intimidación o engaño".

La finalidad de la norma anterior es solucionar el plus de injusto agravando la pena cuando se trate de dos o más personas que forman parte de una agrupación u organización que se dedica a cometer crímenes o simples delitos, sin ser una asociación delictiva y esta pluralidad de sujetos ha facilitado la perpetración del delito o bien aumentado el peligro para la integridad física de la víctima, o haber ejecutado el hecho con violencia, intimidación o engaño.

Los artículos 292 y 293 del Código Penal definen lo que se entiende por asociación delictiva y por asociación criminal.

La primera de las normas, en su inciso final establece:

> "Se entenderá por asociación delictiva toda organización formada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración de simples delitos".

La segunda de las normas citadas, en su inciso 3º, refiere:

> "Se entenderá por asociación criminal toda organización formada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración de hechos constitutivos de crímenes".

Problemas más relevantes en la aplicación de penas

Dentro de los problemas que inciden en mayor medida en la aplicación o determinación de una pena están: los aumentos en grados de penas

divisibles, como o en qué orden se aplican las variables analizadas para solucionar un caso determinado, y cómo se elige frente a penas alternativas.

Problema de la elevación de las penas compuestas por dos o más grados de una pena divisible

Lógicamente, este problema se plantea solo para la aplicación de aumentos de penas que consten de dos o más grados de una divisible y no para el caso de que se trate de una pena compuesta de un grado de una divisible, porque allí simplemente la pena se agrava imponiéndole el grado siguiente.

La discusión que se plantea para los casos de penas compuestas de dos grados es desde dónde se hace el aumento. Hay, básicamente, tres posturas en la doctrina y jurisprudencia: la de aumento desde el mínimo, la de aumento en bloque y la de aumento desde el máximo.

Para referir a las tres posturas doctrinarias que tienen mayor aplicación, usaremos como ejemplo el delito de mutilación de miembro menos importante (supongamos, un dedo) donde el autor es el conviviente de la víctima.

El aumento desde el grado menor o más bajo

El artículo 396 inciso segundo del Código Penal indica:

> "En los casos de mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una oreja, la pena será presidio menor en sus grados mínimo a medio".

La pena asignada al delito es una compuesta de dos grados de una divisible, que va entre los 61 a 540 días y de 541 días a los 3 años. Además, existe una relación de convivencia entre víctima y ofensor de las indicadas en el artículo 5º de la Ley Nº 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar:

> "Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente".

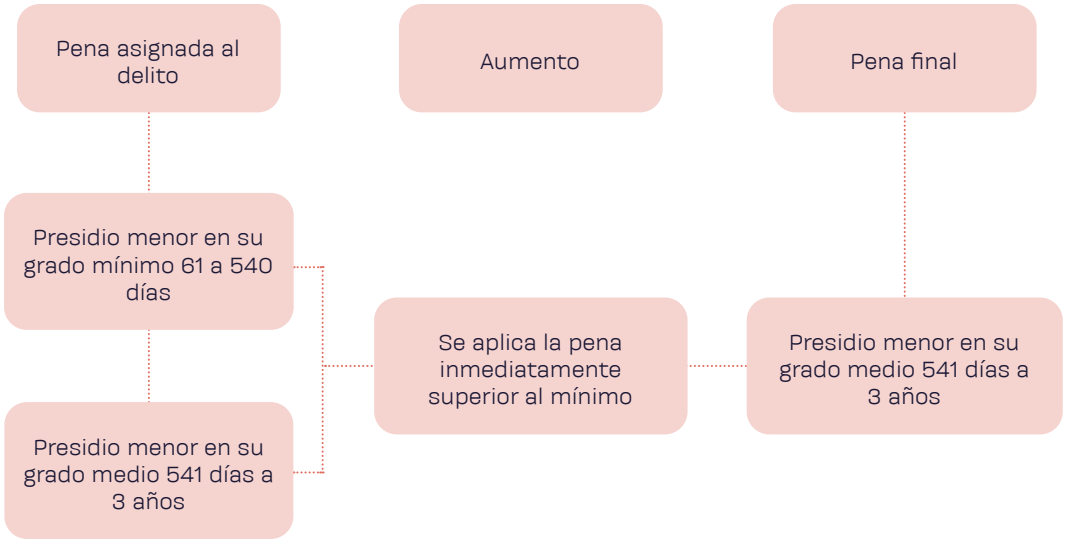
Luego, es aplicable el inciso primero del artículo 400 del Código Penal que dispone:

> "Si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5º de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, o con cualquiera de las circunstancias Segunda, Tercera o Cuarta del número 1º del artículo 391 de este Código, las penas se aumentarán en un grado".

El esquema 1 sintetiza el ejercicio de aumentar una pena compuesta de dos grados divisibles desde el más bajo.

Finalmente, a esta pena que queda compuesta de un solo grado se le aplica el artículo 67 del Código Penal, con el juego de atenuantes y agravantes si las hubiere.

Esquema 1. Aumento desde el mínimo

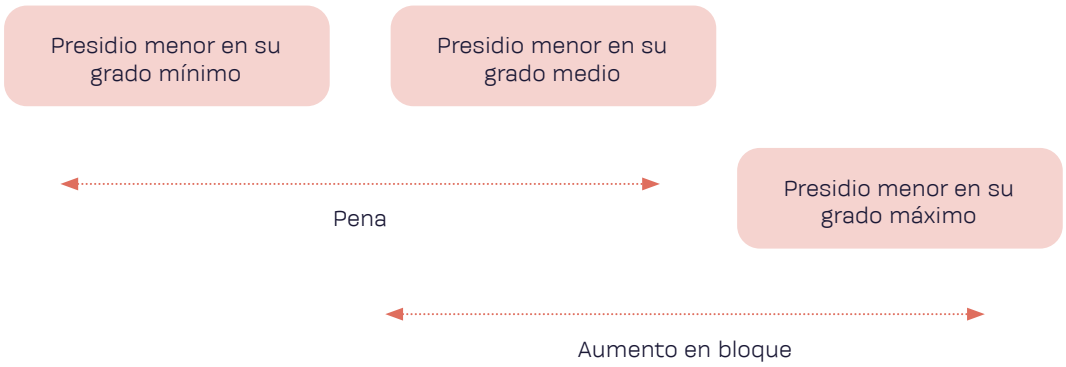


El aumento en bloque

Teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 396 inciso segundo del Código Penal, la pena asignada al delito de mutilación de miembro menos importante es una compuesta de dos grados de una divisible, que va entre los 61 días y los 3 años. Dada la relación de convivencia de la víctima y del victimario, se trata de un caso de violencia intrafamiliar en los términos del artículo 5º de la Ley Nº 20.066 y, por ello, es aplicable el inciso primero del artículo 400 del Código Penal que mandata al juez o la jueza a aumentar la pena en un grado.

En el caso del aumento en bloque, a diferencia del anterior, la pena final –que ya se aumentó en un grado– queda siempre compuesta de dos grados, pues se subió en bloque (esquema 2). Por ello, se sigue aplicando el artículo 68 del Código Penal.

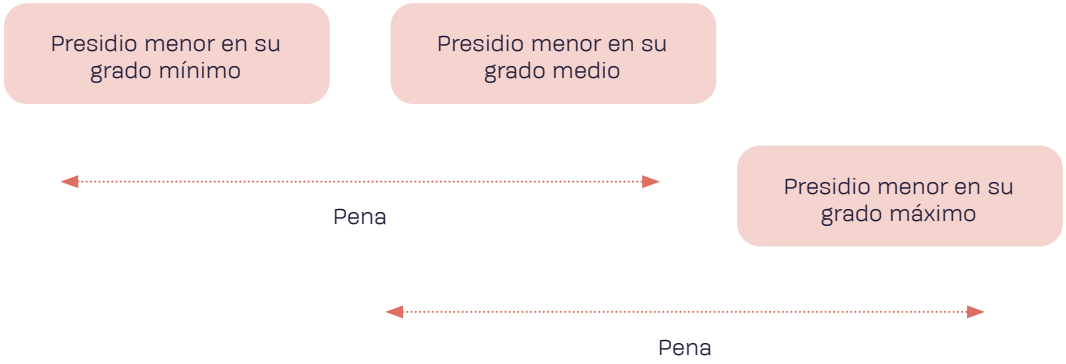
Esquema 2. Aumento en bloque



El aumento desde el grado mayor o más alto

En los casos de penas compuestas de dos o más grados, el legislador ha solucionado el problema para el juzgador, pues cuando proceda aumentar la pena se hará siempre desde el grado más alto (esquema 3), aplicando simplemente la regla del artículo 68 inciso cuarto del Código Penal.

Esquema 3. Aumento desde el grado mayor



Esta pareciera ser la opinión de Garrido Montt cuando señala:

> "En cuanto a bajar corresponde hacerlo desde el mínimo, o sea de la pena menos grave o más leve, porque así se desprende de preceptos como los de los Nºs. 1º y 2º del art. 61. Pero no existe la misma seguridad en cuanto a la forma como corresponde proceder cuando se trata de aumentar la pena, esto es subir en la escala gradual: si debe subirse desde el máximo de la pena, o sea desde la más grave, o no. La solución más correcta es aquella que consiste en subir cada uno de los distintos grados de la pena que conforman toda su extensión, y no hacerlo desde su máximo"[114].

114 Garrido (1997), p. 310.

Luego, al grado de pena aplicable que queda compuesto de uno solo se le aplica el artículo 67 del Código Penal, con el juego de atenuantes y agravantes si las hubiere.

Aplicación de las hipótesis a un mismo caso hipotético

Lógicamente para el juez o la jueza penal que deba decidir sobre la aplicación de penas en los casos en que es obligatorio el aumento de penas, tratándose de delitos con una penalidad compuesta de dos o más grados, su decisión de cómo hacerlo no es indiferente al *quantum* final de la sanción:

a) Ejemplo del aumento de una pena compuesta de dos grados si se hace desde el grado menor o más bajo:

Juan y María tienen dos hijos en común y conviven desde hace siete años. Juan discute con María de forma acalorada, toma un cuchillo y se lo lanza, lo que provoca la mutilación de uno de los dedos de la mano izquierda de María.

Juan tiene antecedentes penales previos. Hace tres años fue condenado a la pena de 300 días por un delito de lesiones menos graves con pena cumplida. Pesa sobre él la agravante del artículo 12 número 16 del Código Penal y no existen atenuantes de responsabilidad penal.

Teniendo en consideración lo dispuesto en los artículos 396 inciso segundo del Código Penal, 5º de la Ley Nº 20.066 y 400 del Código Penal, a Juan debe aplicársele una pena de presidio menor en su grado medio y como es una pena divisible de un grado, se aplica el artículo 67 del Código Penal.

Como en la especie concurre una agravante y ninguna atenuante se aplica el inciso segundo del artículo 67:

> "Si concurre sólo una circunstancia atenuante o solo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimum y en el segundo en su máximum".

En consecuencia, en este ejemplo, se debe aplicar una pena de presidio menor en su grado medio en su máximum, es decir, una que va entre los 819 días y los 3 años.

b) Ejemplo del aumento en bloque de una pena compuesta de dos grados, subiendo toda la pena de dos grados a partir del grado siguiente al inicial:

Juan y María tienen dos hijos en común y conviven desde hace siete años. Juan discute con María de forma acalorada, toma un cuchillo y se lo lanza, lo que provoca la mutilación de uno de los dedos de la mano izquierda de María.

Juan tiene antecedentes penales previos, hace tres años fue condenado a la pena de 300 días por un delito de lesiones menos graves con pena cumplida. Pesa sobre él la agravante del artículo 12 número 16 del Código Penal y no existen atenuantes de responsabilidad penal.

El delito de mutilación de miembro menos importante es sancionado con presidio menor en su grado mínimo a medio. Dada la relación de convivencia entre ofensor y víctima, por el artículo 400 inciso primero del Código Penal, la pena se aumenta en un grado.

El aumento en bloque se hace desde el grado siguiente al más bajo, es decir se aplica una pena que va desde el presidio menor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo. En consecuencia, se debe aplicar el artículo 68 del Código Penal, pues se trata de una pena compuesta de dos grados.

Como en la especie concurre una agravante y ninguna atenuante se aplica el inciso segundo del artículo 68:

> "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".

Finalmente, se aplica una pena de presidio menor en su grado máximo, es decir, una que va entre los 3 años y 1 día hasta los 5 años.

c) Ejemplo del aumento de una pena compuesta de dos grados que se hace desde el grado mayor o más alto:

Juan y María tienen dos hijos en común y conviven desde hace siete años. Juan discute con María de forma acalorada, toma un cuchillo y se lo lanza, lo que provoca la mutilación de uno de los dedos de la mano izquierda de María.

Juan tiene antecedentes penales previos, hace tres años fue condenado a la pena de 300 días por un delito de lesiones menos graves con pena cumplida. Pesa sobre él la agravante del artículo 12 número 16 del Código Penal y no existen atenuantes de responsabilidad penal.

El delito de mutilación de miembro menos importante es sancionado con presidio menor en su grado mínimo a medio. Dada la relación de

convivencia entre ofensor y víctima, por el artículo 400 inciso primero del Código Penal, la pena se aumenta en un grado.

Si el aumento de un grado se hace desde el grado más alto, debe ejecutarse desde el presidio menor en su grado medio. En consecuencia, se le aplica una pena de presidio mayor en su grado máximo y como es una pena divisible de un grado, se aplica el artículo 67 del Código Penal.

Como en la especie concurre una agravante y ninguna atenuante se aplica el inciso segundo del artículo 67:

> "Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimum y en el segundo en su máximum".

Finalmente, se aplica a Juan una pena de presidio menor en su grado máximo en su máximum, es decir, una que va entre los 4 años y 1 día a los 5 años.

Como puede apreciarse, la elección no es baladí, pues la solución para un caso idéntico, en cada una de las tres posturas es distinta. Para el primer caso, la sanción sería una que va entre 819 días y los 3 años; para el segundo, sería una que va entre los 3 años y 1 día a los 5 años, y, para el tercero, una que va desde los 4 años y 1 día a los 5 años.

El orden de aplicación de las variantes que inciden en la determinación judicial de la pena

Otra de las cosas que se ha discutido en la doctrina es cuál es el orden de aplicación de los distintos factores que inciden en la pena: grado de participación, *iter criminis*, agravantes, atenuantes, reglas especiales de aumento de pena en grado, rebajas de pena en grado, la prescripción, etcétera.

En nuestra opinión, lo primero que hay que buscar es la pena que el delito tiene asignada en la ley que, como sabemos, se define en cada tipo penal para el delito consumado.

Como ya explicamos, cuando se trate de aumentos de pena en grado se partirá primero por ellos. Ese será el nuevo marco penal existente, y sobre él se aplicará todo lo demás.

Hay que tener en consideración que existen delitos simples –como el homicidio del artículo 391 número 2 del Código Penal– y delitos calificados –como el homicidio calificado del artículo 391 número 1 del Código

Penal–. También hay figuras privilegiadas, como el aborto causado para evitar la deshonra (artículo 344 inciso segundo del Código Penal).

De allí, entonces, que habrá que buscar cuál es la primera regla que varía la pena asignada en la ley para cada delito. Ella no es otra que el *iter criminis*, es decir, lo primero que hay que hacer es averiguar si el delito está consumado, frustrado o en tentativa y, además, si es que hay una regla especial para ese delito que castigue el delito como consumado aun cuando se encuentre en grado de tentativa.

Hecho lo anterior, en nuestra opinión, el siguiente paso es analizar el grado de participación del sujeto en el delito, o sea, si es autor inmediato y directo (artículo 15, primera o segunda parte), si es cómplice (artículo 16) o bien si es encubridor (artículo 17).

Habrá que estarse a las normas especiales, como la del artículo 450, que castiga como consumado los delitos del párrafo segundo del Código Penal y las de los artículos 111 y 440 del mismo Código.

Luego, hay ver si para el caso concreto existe alguna norma especial de agravación de pena, de aumento de la misma en uno o más grados. Un ejemplo de esto es la comisión de algunos de los delitos comunes señalados en el artículo 13 de la Ley de Violencia en los Estadios (Ley Nº 19.327), donde se excluye su grado mínimo si la pena consta de dos o más grados, o su mínimum, si la sanción constituye un grado de una pena divisible.

En materia de delitos contra la propiedad hay diversas normas especiales, por ejemplo, la agravante de pluralidad del artículo 449 bis del Código Penal, o aquellas que aumentan la pena en un grado o excluyen el mínimo, a saber, los artículos 449 ter, 449 quáter, 451, 455 bis y 456 bis. También hay normas que rebajan la penalidad, por ejemplo, los artículos 142 bis y 456 del Código Penal.

Habiendo aplicado todas las variantes anteriores, recién empiezan a aplicarse las normas de los artículos 66 a 68 bis del Código Penal, juego de atenuantes y agravantes, siempre y cuando no se trate de algún tipo o clase de delitos en que ello no esté permitido, por ejemplo, en varios de los delitos contra la propiedad del artículo 449 del Código Penal o bien en el artículo 17 B de la Ley de Control de Armas o en el artículo 196 bis de la Ley Nº 18.290.

Hay normas que hacen inaplicables algunas atenuantes, por ejemplo, tratándose de robos con violencia o intimidación, el artículo 450 bis del Código Penal impide la aplicación de la atenuante del artículo 11 número 7.

También hay agravantes especiales dependiendo de quién comete el hurto; en el fondo, son agravaciones de pena dispuestas en el artículo 447 del Código Penal. Habrá que recordar también la existencia de algunas otras figuras calificadas como las de los artículos 300 y 456 del Código Penal.

Hecho todo lo anterior, tendremos el o los grados probables de pena a aplicar o bien un grado de una divisible, ya sea en su máximum o en su mínimum.

Finalmente, aplicando los criterios del artículo 69 –y 69 bis, si se trata de delitos contra las personas–, el juez determinará una pena, la que establecerá en la parte resolutiva de su sentencia.

En suma, creemos que juezas y jueces deben tener siempre presente las veintitrés variables que hemos analizado en las secciones anteriores, siguiendo el orden recién descrito.

Al respecto, Rodríguez Segovia menciona:

> "Las reglas de determinación de la pena están integradas y ordenadas de la siguiente manera: a) pena señalada por la ley al delito, b) grado de desarrollo del delito; c) grado de participación del condenado en el delito; d) concurrencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes de responsabilidad penal, sean comunes (genéricas o específicas) o especiales (también llamadas de eficacia extraordinaria), y e) mayor o menor extensión del mal producido por el delito y situación económica del condenado"[115].

En definitiva, el autor indica que en lo que se refiere a la letra a), pena señalada por la ley al delito, deben considerarse aquellos casos en que la ley ha consagrado una figura penal básica (por ejemplo, el homicidio simple, artículo 391 número 2) y los delitos calificados o privilegiados (homicidio calificado, artículo 391 número 1) y las figuras privilegiadas de falsificación de documento público o auténtico ejecutado por un particular (artículos 194 y 344 inciso segundo), también las figuras calificadas del artículo 19 de la Ley Nº 20.000 y del artículo 400 del Código Penal y las privilegiadas de los artículos 456 y 300 del mismo Código.

Respecto a la letra b), corresponde analizar si el delito está consumado, frustrado o tentado (artículos 50 a 55 y 61 del Código Penal). En este punto hay reglas penales especiales que alteran las normas sobre *iter criminis* (artículos 111, 125, 169, 177, 191 y 450).

115 Rodríguez (2022), pp. 61-62.

En cuanto al análisis de la letra c) –esto es, el análisis de las normas sobre el grado de participación del condenado en el delito (artículos 14 a 17, 51 a 52 y 498 del Código Penal)–, aquí también hay que evaluar la existencia de normas penales especiales que alteran el efecto general sobre autoría, participación y encubrimiento (como los artículos 122, 126, 129, 130, 250, 293 y 371).

En lo que dice relación con la letra d), antes de evaluar la concurrencia de atenuantes y agravantes, hay que tener presente la figura de la media prescripción del artículo 103 del Código Penal. Si ella no opera, surten los efectos de los artículos 65 a 68 bis del Código y las circunstancias comunes de los artículos 11, 12 y 456 bis. Esta cuarta etapa culmina con la producción de los efectos de las circunstancias especiales o de eficacia extraordinaria (artículos 72, 73 y 447).

En último lugar, la etapa encabezada por la letra e) entrega al tribunal la facultad de determinar el *quantum* exacto de la pena mediante los artículos 69 y 70 del Código Penal (este último, en caso de tratarse de pena de multa). Adicionalmente habrá que ver los artículos 74 y 75 del Código que regulan el concurso real o material y el concurso medial o ideal de delitos.

En un sentido similar, Garrido Montt indica:

> "Hay cinco reglas básicas que deben tenerse en cuenta para regular la sanción que corresponde aplicar a los intervinientes en un delito: a) la pena señalada por la ley al delito; b) el grado de ejecución del mismo; c) la forma de participación que se tuvo en ese hecho; d) las circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes, y e) la extensión del mal que causó el hecho típico (311)" [116].

Por otra parte, Vargas reconoce ciertos criterios que debe considerar el juez o la jueza para seleccionar la pena, y refiere:

> "Pautas o reglas de valoración, distinguiendo entre: A) Factores o criterios de determinación de pena son los siguientes: i. Pena en la ley; ii. Grado de desarrollo del delito; iii. Clase de participación o intervención; iv. Circunstancias modificatorias de responsabilidad: atenuantes y agravantes; B) Reglas de valoración, distinguiendo allí: i. Pautas de valoración base (penas divisibles, gravedad de penas, facultades del juez, penas copulativas y penas alternativas; ii. Pautas de valoración de circunstancias modifica-

116 Garrido (2009), p. 311.

torias (mencionándose allí, el *non bis in idem*, valoración de simple de una atenuante o agravante"[117].

Finalmente, Náquira, Vial y Vidal expresan:

> "La determinación definitiva de la pena viene dada por la consideración de los siguientes factores legales: a) pena señalada por la ley al delito; b) grado de desarrollo del delito; c) grado de participación del condenado en el delito; d) concurrencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes de la responsabilidad penal; y, e) mayor o menor extensión del mal producido por el delito y situación económica del condenado"[118].

La elección de la pena cuando es alternativa

Hay variadas normas del Código Penal que refieren a las llamadas *penas alternativas*, penas de doble naturaleza donde la elección final respecto a cuál aplicar dependerá, en definitiva, del juez o de la jueza penal que esté juzgando el caso concreto. Se trata de dos penas distintas asignadas por ley a un mismo delito, que se caracterizan en su determinación por la conjunción disyuntiva "o" es decir, una conjunción que denota una alternativa entre dos o más cosas o ideas.

No hablamos de penas disyuntivas –o alternativas propiamente tales– cuando el legislador permite la elección entre una pena de presidio o una de reclusión, mayor o menor y en cualquiera de sus grados. Lo anterior, pues, en la práctica, ya no hay distingo entre ellas, ambas son penas privativas de libertad que se cumplen en centros penitenciarios, pese a que sí están definidas como distintas en el artículo 32 del Código Penal:

> "La pena de presidio sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal. Las de reclusión y prisión no le imponen trabajo alguno".

Entonces, hay que destacar que sí se trata de una opción de elección que el legislador concede privativamente al juez o a la jueza penal como primera norma de determinación legal de pena: le dice que puede elegir entre esta o aquella, sin fijarle criterio alguno para guiar tal elección.

117 Vargas (2014), pp. 151-160.
118 Náquira *et al.* (2008), p. 43.

Algunos ejemplos de normas del Código Penal con penas alternativas

Artículos 121, 122, 123, 124, 126, 133, 143, 144, 170, 178, 189, 212, 243 inciso segundo, 246 inciso primero (aquí también se pueden aplicar ambas conjuntamente), 262, 264 inciso segundo (aquí también, pese a establecerse una pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa, se dispone "o sólo esta última"), 272, 278, 288 bis, 317 inciso segundo, 318, 323, 328, 374, 389, 399, 403 bis inciso primero, 471, 487, 490 número 2, 491 y 492.

En ninguna de estas normas el legislador entrega una pauta al juez o a la jueza penal para elegir entre una u otra pena. Normalmente, la judicatura opta por no aplicar las penas privativas de libertad e impone las de multa.

En la doctrina, Oliver cree encontrar la solución en el artículo 69 del Código Penal, al referir:

> "Pues bien, del propio sistema penal puede inferirse que los criterios que deben utilizarse en esta materia son los que menciona el artículo 69 del Código Penal para determinar la cuantía exacta de las penas (privativas o restrictivas de la libertad o de otros derechos) a imponer, es decir, el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. Estos criterios son señalados por dicho precepto para ser tenidos en cuenta en el último de los pasos del complejo proceso de individualización de la pena. Lo que afirmo es que, en los casos de penas alternativas, a falta de previsión legal expresa, tales criterios también deben ser utilizados en el primero de los pasos de aquel proceso: el de la determinación del marco penal. Aceptando como premisa que en cada una de las etapas de la individualización de la responsabilidad penal cobran importancia los fines de la pena, y que la cláusula del citado artículo 69 se muestra idónea para recoger y aplicar dichos fines, puede concluirse que, en las hipótesis de penas alternativas, ella debe utilizarse para fijar el marco penal que se considere en las etapas siguientes"[119].

Otras normas del Código Penal que alteran el cálculo de penas

Hay variadas normas en la parte especial que alteran las reglas anteriores. A saber, en los artículos 9°, 17 inciso final, 18 inciso segundo, 63, 64, 71, 73, 77, 92, 94 bis, 104, 111, 142 bis, 150, 169, 177, 191, 192, 208, 251 quinquies, 260 bis, 260 ter, 260 quáter, 268 quinquies, 269 bis, 297 bis, 317, 326, 366

119 Oliver (2016), pp. 783-784.

quáter inciso final, 367, 367 octies, 368, 368 bis, 368 bis a), 369 bis a), 371, 390 quáter, 390 quinquies, 400 incisos segundo y tercero, 411 bis, 411 sexies, 443 inciso final, 447, 447 bis, 448 ter, 449, 449 bis, 449 ter, 449 quáter, 450, 450 bis, 453, 456, 456 bis, 456 bis a) inciso quinto e inciso final, 372 y 489.

El procedimiento abreviado del Código Procesal Penal como un caso de alteración de las normas generales de aplicación de penas

El procedimiento abreviado contemplado en el Código Procesal Penal, entre los artículos 406 y 415, constituye una excepción en el sistema de enjuiciamiento criminal, pues su finalidad es resolver la acusación penal de una manera distinta a la del juicio oral ante el tribunal de juicio oral en lo penal (TJOP) respectivo.

En general, la competencia de los tribunales penales –juzgados de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal– está dada, en cuanto a la materia, por la penalidad pedida en la acusación:

– De las penas de faltas conocen, en procedimiento monitorio, los juzgados de garantía.

– De las penas de simples delitos de hasta 540 días de presidio menor en su grado mínimo conocen los juzgados de garantía en procedimiento simplificado.

– De las penas de simples delitos de presidio menor en su grado medio y máximo (541 días a 5 años) y de los crímenes (5 años y 1 día hasta el presidio perpetuo calificado) conocen los TJOP.

– Excepcionalmente, los juzgados de garantía pueden conocer algunos simples delitos y crímenes en el procedimiento abreviado.

Regla 1: para cualquier delito

Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo.

Regla 2: para algunos simples delitos y crímenes contra la propiedad

Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena priva-

tiva de libertad no superior a diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo, tratándose de los ilícitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Libro Segundo del Código Penal y en el artículo 456 bis A del mismo Código, con excepción de las figuras sancionadas en los artículos 448 inciso primero y 448 quinquies de ese cuerpo legal, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas.

Regla 3: para ilícitos previsto en la Ley de Control de Armas (Ley Nº 17.798)

También se aplicará cuando el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo, tratándose de los ilícitos previstos en la Ley Nº 17.798 sobre Control de Armas.

Los requisitos para que proceda el procedimiento abreviado son: i) que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente, y ii) que manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.

El artículo 407 del Código Procesal Penal

El artículo 407 del Código Penal entrega dos posibilidades o pautas distintas para casos en que es aplicable el procedimiento abreviado.

Una primera pauta está en el inciso cuarto de la norma, el que refiere:

> "Si se hubiere deducido acusación, el fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este Título. Para estos efectos, la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, número 9, del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena".

En otras palabras, la sola aceptación de los hechos puede ser considerada por el fiscal como suficiente antecedente para entender que se da la atenuante de la cooperación sustancial al esclarecimiento de los hechos del artículo 11 número 9 del Código Penal.

Encontramos una segunda pauta en el inciso quinto, el que dispone:

> "Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, respecto de los delitos señalados en el artículo 449 del Código Penal, si el imputado acepta expresamente los hechos y los antecedentes de la investigación en que se fundare un procedimiento abreviado, el fiscal o el querellante, según sea el caso, podrá solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, debiendo considerar previamente lo establecido en las reglas 1a o 2a de ese artículo".

Sabemos que el artículo 449 del Código Penal estatuye lo que se llama "marco rígido de la pena asignada por ley al delito", esto es, la imposibilidad de bajar de grado, pues, independientemente de las atenuantes que concurran, no tienen aplicación las normas de los artículos 65 a 69 del Código Penal.

La excepción a esta normativa está dada, precisamente, para la mayoría de los delitos contra la propiedad, en los que, en caso de un procedimiento abreviado, sí es posible rebajar la pena del delito en un grado.

Paralelo de sanción en juicio ordinario y abreviado por igual delito

La aplicación de la pena en un procedimiento abreviado produce desajustes normativos que explican una desigual pena respecto de un mismo hecho si es que aquel es tratado a través de un procedimiento juicio ordinario (tabla 11).

Tabla 11. Paralelo de sanción en juicio ordinario y abreviado por igual delito

Tribunal de juicio oral en lo penal		Juzgado de garantía	
Acusación fiscal.	Se acusa a Juan como autor del delito de robo con intimidación en menoscabo de Pedro y pide la pena de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo. Pedro recuperó la totalidad de las especies sustraídas.	Acusación fiscal.	Se acusa a Juan como autor del delito de robo con intimidación en menoscabo de Pedro y pide la pena de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo. Pedro recuperó la totalidad de las especies sustraídas.
Pena asignada al crimen.	Los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, cualquiera que sea el valor de las especies sustraídas 5 años y 1 día a 20 años.	Pena asignada al crimen.	Los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas, serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, cualquiera que sea el valor de las especies sustraídas 5 años y 1 día a 20 años.

Tribunal de juicio oral en lo penal		Juzgado de garantía	
Atenuante.	11 número 6 reconocida en la acusación.	Atenuante.	11 número 6 reconocida en la acusación.
Agravante.	No hay.	Agravante.	No hay
Durante el juicio oral	El acusado Juan declara y confiesa.	Durante la audiencia intermedia.	El acusado Juan acepta expresamente los hechos y los antecedentes de la investigación en que se fundare un procedimiento abreviado que fue pedido por el fiscal.
TJOP acepta otra atenuante.	Artículo 11 número 9	El fiscal modifica su pretensión penal y pide la rebaja de la pena en un grado.	Una de presidio menor en su grado máximo de 3 años y 1 día a 5 años.
Aplicación de pena.	El TJOP debe aplicar la norma del artículo 449. Aplica la regla del número 1 del artículo 449, pues no hay agravante de reincidencia. Aplica la pena en el grado más bajo 5 años y 1 día, en atención a la existencia de dos atenuantes y ninguna agravante y a la menor extensión del mal causado, dado que la víctima recuperó la totalidad de lo sustraído.	Aplicación de pena.	El juez de garantía debe aplicar la norma del artículo 449. Aplica la regla del número 1 artículo 449 pues no hay agravante de reincidencia. Aplica la pena en el grado más bajo 3 años y 1 día, en atención a la existencia de dos atenuantes y ninguna agravante y a la menor extensión del mal causado, dado que la víctima recuperó la totalidad de lo sustraído.
No procede ninguna pena sustitutiva.		Procede pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.	

La explicación de sanciones distintas obedece a que el procedimiento abreviado está guiado por políticas destinadas a tener una menor cantidad de juicios orales. En suma, razones de economía procesal y la oferta de una menor pena para los acusados que acepten este procedimiento abreviado son lo que justifica la disparidad de sanciones que se pudieran presentar.

Rol judicial en la aplicación y comunicación de la pena

Normalmente, el formato usado en la parte decisoria de las sentencias penales –ya sean absolutorias o condenatorias– tiene un esquema más o menos definido por la práctica jurisprudencial. Este esquema tiene por finalidad, en primer lugar, comunicar al condenado o absuelto, a la víctima y a la ciudadanía en general, cuál fue la decisión del tribunal en un juicio determinado.

Tal como se establece en la regla 58 de Brasilia:

> "En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico".

La parte decisoria de la sentencia tiene un mayor rigor técnico que el resto de la sentencia. Ello facilita su comprensión y cabal cumplimiento por parte de los organismos que se relacionan directamente con la decisión (Gendarmería de Chile o el Servicio de Registro Civil para el registro de condenas).

En el cuerpo de la sentencia el tribunal da las razones de su decisión, y en la parte final o decisoria sigue el siguiente formato:

1) Individualiza al sujeto o a los sujetos que figuraban como acusados en el juicio o procedimiento ordinario, simplificado o monitorio, con su nombre y número de cédula nacional de identidad.

2) Indica si se condena o absuelve al acusado por los hechos de la acusación penal, señalando, en lo posible, día y lugar de comisión de los hechos y nombre de la víctima.

3) Si es una sentencia condenatoria, debe expresar la pena concreta que el tribunal o jueza o juez penal le imponen al condenado: años, meses y días la pena privativa de libertad, si es que hay abonos o no, y desde cuando ella comienza a computarse, o bien la cantidad numérica equivalente a UTM. La sanción puede ser privativa de libertad, pecuniaria o bien ambas. Si se trata de la aplicación de penas de multa, se deberá indicar además si se concede el pago de la multa en cuotas, las que no pueden exceder de un año, es decir, un máximo de doce cuotas.

4) Enuncia cuáles son las penas accesorias que lleva consigo la pena principal.

5) Señala si procede o no el otorgamiento de alguna pena sustitutiva de la privativa de libertad y, si procediere, se señala cuál y además el tiempo y la forma de su cumplimiento.

6) Indica si procede la pena de comiso.

7) Dispone si procede o no la condena en costas.

El artículo 348 del Código Procesal Penal establece:

> "La sentencia condenatoria fijará todas las penas principales y accesorias que corresponda imponer, con indicación específica de cada una de ellas, y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las penas sustitutivas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley.
>
> La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el

tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento. Para estos efectos, se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado.

La sentencia condenatoria dispondrá también el comiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente. En cuanto al comiso de las ganancias del delito o del valor equivalente de efectos o instrumentos del delito, si éstas o aquél ascienden a un monto superior a 400 unidades tributarias mensuales, se estará a lo dispuesto en el artículo siguiente. De lo contrario, el tribunal lo impondrá en la misma sentencia condenatoria si fuere procedente.

Cuando se hubiere declarado falso, en todo o en parte, un instrumento público, el tribunal, junto con su devolución, ordenará que se lo reconstituya, cancele o modifique de acuerdo con la sentencia.

Cuando se pronunciare la decisión de condena, el tribunal podrá disponer, a petición de alguno de los intervinientes, la revisión de las medidas cautelares personales, atendiendo al tiempo transcurrido y a la pena probable".

En este punto, cabe destacar que el uso del lenguaje claro en las comunicaciones judiciales y sentencias cumple un rol fundamental, por cuanto:

> "El lenguaje claro y sencillo de las resoluciones judiciales es imprescindible para garantizar el acceso del ciudadano a la justicia y la calidad de la misma. El lenguaje comprensible democratiza la información lo que facilita la participación del ciudadano, toda vez que comprendiendo las decisiones judiciales no requiere de la interpretación de terceros que incidan en su decisión respecto de si desea recurrir o no. Sólo entendiendo las resoluciones que le afectan, podrán los ciudadanos comprender sus errores y eventualmente no reiterarlos. Finalmente, la transparencia sólo es eficaz si lo que se exhibe o expresa es claro"[120].

El rol del juez en la comunicación de las sentencias y decisiones penales, en general, acerca al ciudadano al rol judicial e implica, por sobre todo, el respeto a sus derechos fundamentales, al dar una explicación inteligible y sencilla a sus demandas por justicia o bien para la comprensión de la sanción que se le aplicará.

120 Dirección de Asuntos internacionales y Derechos Humanos de la Corte Suprema, Comisión de Lenguaje Claro, Informe 2019. Disponible en línea: <https://bit.ly/3C5QVhK>.

Ejemplo de la parte decisoria de una sentencia penal

"I. Que se condena al acusado C.E.A.Z., cédula de identidad número xxxxxx, ya individualizado, a la pena de 541 (quinientos cuarenta y un) días de presidio menor en su grado medio, multa de 10 (diez) unidades tributarias mensuales y la suspensión de cargos y oficios públicos mientras dure la condena, sin costas, como autor de un delito consumado de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, previsto y sancionado en el art. 4 en relación con el art. 1 de la ley Nº 20.000, esto es, por haber sido sorprendido transfiriendo 0,78 grs. de cannabis sativa y portado 2,66 grs. netos de la misma sustancia, cometido el día 12 de julio de 2021 en Valparaíso.

II. Que se autoriza el pago parcializado de la multa impuesta, fijándose 10 cuotas de un monto equivalente a una unidad tributaria mensual cada una, que el sentenciado deberán enterar en la forma que ordena el art. 46 de la ley Nº 20.000, sin perjuicio de lo que se resuelva conforme lo dispuesto en el art. 49 del Código Penal, en su oportunidad.

III. Que resultando improcedente sustituir la pena corporal, esta será de cumplimiento efectivo, la que el sentenciado empezará a cumplir desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono un día, que corresponde a aquel de su detención el día 12 de julio de 2021 según se indica en el auto de apertura, sin que existan otros abonos que considerar.

IV. Se ordena la destrucción de las sustancias decomisadas, si no se hubiere hecho, como así mismo se decreta el comiso del dinero incautado, colocado en Depósitos a Plazo renovables en UF, tomados por el Ministerio Público en el Banco Estado en esta causa RUC 2100641980-9, según dan cuenta los certificados presentados por el persecutor, operaciones número 00008625592 y 00008625593, según se razonó en el considerando décimo cuarto letra f), debiendo darse cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 45 y 46 de la ley Nº 20.000.

V. Que conforme el art. 17 de la ley 19.970, se ordena la toma de muestra biológica del condenado, se determine la huella genética por el Servicio Médico Legal y se incorpore al registro de condenados del Sistema Nacional de Registros de ADN si ya no se hubiese hecho.

Atendida la forma en que se verificó el presente juicio, no se ordena la devolución de los documentos, fotografías y videos rendidos al Ministerio Público por haberlos mantenido en su poder.

Regístrese y ejecutoriada que sea, remítase vía SIAGJ al Juzgado de Garantía de Valparaíso, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 14

letra f) y 113 inciso 2º del Código Orgánico de Tribunales y art. 468 del Código Procesal Penal.

Sentencia redactada por la magistrado Maureen Darrouy Palacios.

RUC: 2100641980-9

RIT: 96-2022

Sentencia dictada por Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, integrada por los magistrados señores José Cifuentes Gil, quien presidió, Maureen Darrouy Palacios y Sergio Ortiz Huechapán, los dos primeros jueces titulares y el último, en calidad de juez suplente, titular del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de San Antonio".

Capítulo 6

Notas diferenciales de la determinación de la pena en la responsabilidad penal adolescente

La Ley Nº 20.084 o Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes (LRPA) adoptó un modelo de adeudo penal para adolescentes –mayores de 14 y menores de 18 años–, y deja de lado el sistema asistencial o protec-cional, en que solo los mayores de 16 y menores de 18 años declarados con discernimiento eran juzgados como adultos, rebajándoseles la penalidad en un grado, tal como hace hoy el artículo 21 de la Ley Nº 20.084, mientras que todos los adolescentes declarados sin discernimiento –además de los menores de 16 años– eran sujetos de diversas medidas de seguridad por parte del juez de menores.

Hoy se ha apostado por un modelo donde un adolescente infractor debe responsabilizarse por sus actos atendidas su edad y características propias de su ciclo vital, tal y como indica el propio artículo 40 número 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al señalar:

> "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fo-mento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad".

Tal como menciona Vargas:

> "[El sistema] parte del reconocimiento de responsabilidad de menores de edad adolescentes, siempre, sin sometimiento a un juicio especial de discernimiento. El trato como responsables deja de lado sistemas tutela-res. No es, sin embargo, una responsabilidad como la de los adultos, es acorde con el grado de desarrollo de las facultades intelectuales y volitivas precisamente porque está en proceso de desarrollo"[121].

121 Vargas (2014), p. 190.

Al igual que para la justicia penal de los adultos, a los adolescentes se les aplican todas las garantías penales y procesales, con ciertas notas distintivas:

1) Responden penalmente por menos faltas que los adultos y solo sin son mayores de 16 años.

2) Tienen derecho a una justicia especializada, así los jueces y las jueces de garantía, del tribunal de juicio oral en lo penal (TJOP), los fiscales adjuntos y los defensores y defensoras deberán estar capacitados en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención sobre los Derechos del Niño[122], en las

122 El artículo 37 de la Convención señala: "Los Estados parte velarán porque:
a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción".
Por su parte, el artículo 40 indica: "1. Los Estados parte reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad.
2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados parte garantizarán, en particular:
a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta misma ley especializada.

3) Existe una rebaja inicial en un grado para la pena asociada en cada delito.

4) Tienen plazos de prescripción de la acción penal y de la pena más benevolentes que los adultos.

---

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; Recuperación y reintegración social. Es obligación del Estado tomar las medidas apropiadas para que los niños víctimas de la tortura, de conflictos armados, de abandono, de malos tratos o de explotación reciban un tratamiento apropiado, que asegure su recuperación y reintegración social. Administración de la justicia de menores. Todo niño que sea considerado acusado o declarado culpable de haber infringido las leyes tiene derecho a que se respeten sus derechos fundamentales y en particular el derecho a beneficiarse de todas las garantías de un procedimiento equitativo, incluso de disponer de asistencia jurídica o de otra asistencia adecuada en la preparación de su defensa. Siempre que sea posible, se evitará recurrir a procedimientos judiciales y a la internación en instituciones;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de cargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales".

5) La aplicación de sanciones privativas de libertad se debe utilizar solo como medida de último recurso.

6) Se regula y limita la detención provisoria solo tratándose de imputación de infracciones graves –esto es, crímenes– debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales y, además, la internación provisional debe ser acorde y proporcional a la sentencia probable en caso de condena.

7) Para la aplicación del principio de oportunidad los fiscales tendrán en especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado. Asimismo, para la aplicación de dicha norma se tendrá como base la pena resultante de la aplicación del artículo 21 de la LRPA.

De allí entonces que podamos afirmar que, para los delitos que cometan los adolescentes la pena en abstracto es un grado más bajo a partir del mínimo de la pena establecida en el Código Penal o en la ley penal especial de que se trate para cada ilícito. Así, a modo de ejemplo, la pena en abstracto para un adolescente que sea autor de un delito consumado de homicidio simple del artículo 391 número 2 del Código Penal es una de presidio mayor en su grado mínimo, esto es, una que va desde los 5 años y 1 día hasta los 10 años; en cambio, para los adultos que sean autores de este mismo crimen, la pena en abstracto es la de presidio mayor en su grado medio a máximo, es decir, una que va desde los 10 años y 1 día hasta los 20 años.

Marco de aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes

La determinación judicial de la sanción que corresponde aplicar a menores adolescentes infractores de ley es bastante más compleja que la de los adultos, pues, como veremos, es menester aplicar primero las normas de determinación legal de la pena de los adultos para así llegar al catálogo de sanciones de alguno de los numerales del artículo 23 de la LRPA y luego, elegida una de ellas –según los parámetros del artículo 24 de la LRPA– la jueza o el juez de garantía o los jueces y las juezas del TJOP la aplicarán en el *quantum* que determinen, usando también para ello los criterios de determinación de pena de la citada norma.

Alvarado, citando a Núñez y Vera, indica que los autores "distinguen cuatro etapas en el sistema previsto por la LRPA, a saber: a) determinación

del título de castigo; b) determinación del marco penal; c) determinación de la duración de la pena, y d) determinación de la naturaleza de la pena"[123].

Hay normas iniciales de la Ley Nº 20.084 que el juzgador debe tener presente para llegar a buen puerto en la aplicación de las sanciones a los menores adolescentes.

En primer lugar, esta ley se aplica solamente a adolescentes que tengan entre 14 y 18 años, recogiendo las recomendaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, dando debida cuenta de que existen características propias de la adolescencia que hay que considerar en materia penal.

Además, la ley establece tiempos límite de imposición de una sanción. Así, para adolescentes que dieron principio de ejecución de un delito siendo mayores de 14 y menores de 16 años, el tiempo máximo de sanción es de 5 años. Mientras que, para quienes hayan dado principio de ejecución de un delito siendo mayores de 16 y menores de 18 años, el tiempo máximo de la sanción puede ser de hasta 10 años.

También hay que tener presente que las distintas sanciones establecidas en la LRPA tienen duraciones o montos máximos, a saber: la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social y la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social no pueden exceder de los 5 años si el infractor tuviere menos de 16 años y no pueden exceder los 10 años si tuviere más de esa edad; la libertad asistida simple y la libertad asistida especial no pueden exceder de los 3 años; la prestación de servicios en beneficio de la comunidad tiene una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120 horas y no puede exceder las 4 horas diarias; la prohibición de conducir vehículos motorizados se hace efectiva desde el momento de la dictación de la sentencia y hasta el período que le faltare al adolescente para cumplir los 20 años, y la multa –que no debe exceder de las 10 unidades tributarias mensuales (UTM)– y será conmutable, a petición del infractor, por la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, a razón de 30 horas por cada 3 UTM.

Normas diferenciales de la pena de los adultos

Los primeros artículos de la Ley Nº 20.084 disponen una serie de normas que advierten de manera clara que hay una gran diferencia entre este sistema y el sistema de penas de adultos.

123 Alvarado (2022), pp. 284 y 295.

Régimen especial para las faltas

Así, respecto de las faltas penales, la regla del inciso tercero del artículo 1º de la Ley Nº 20.084 señala:

> "Tratándose de faltas, sólo serán responsables en conformidad con la presente ley los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente tratándose de aquellas tipificadas en los artículos 494 números 1, 4, 5 y 19, sólo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495, número 21, y 496, números 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la ley Nº 20.000. En los demás casos se estará a lo dispuesto en la ley 19.968".

Límites de edad

El artículo 3º, que establece límites de edad a la responsabilidad, dispone:

> "La presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de esta ley, se consideran adolescentes.
>
> En el caso que el delito tenga su inicio entre los catorce y los dieciocho años del imputado y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los dieciocho años de edad, la legislación aplicable será la que rija para los imputados mayores de edad.
>
> La edad del imputado deberá ser determinada por el juez competente en cualquiera de las formas establecidas en el Título XVII del Libro I del Código Civil".

La tabla 12 resume los crímenes, simples delitos y faltas por los que responden los adolescentes.

Tabla 12. Esquema de crímenes, simples delitos y faltas en adolescentes

Crímenes	Simples delitos	Faltas
Mayores de 14 años y menores de 18 años.	Mayores de 14 años y menores de 18 años.	Mayores de 16 y menores de 18 años.
Todos los crímenes	Todos los simples delitos.	Algunas faltas penales, artículo 494 números 1, 4, 5 y 19, solo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495, número 21, y 496, números 5 y 26, del Código Penal y las tipificadas en la Ley Nº 20.000.

Fuente: Elaboración propia.

Pautas especiales para delitos sexuales

La regla del artículo 4º de la Ley Nº 20.084 fija pautas especiales para los delitos sexuales:

> "No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos".

Prescripción

El artículo 5º de la Ley Nº 20.084, relativo a la prescripción, dispone:

> "La prescripción de la acción penal y de la pena será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses".

La rebaja de pena

También hay que tener presente la norma del artículo 21 de la Ley Nº 20.084 que previene:

> "Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley y, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el párrafo 4º del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código".

Tal como comenta Alvarado, "esta rebaja obedece a una exigencia del principio de responsabilidad de los adolescentes, de lo que deriva el estándar relativo a la prohibición del tratamiento penal más severo al adolescente que al adulto"[124]; principio que, como veremos, se repite en el inciso segundo del artículo 26 de la LRPA, el que dispone:

124 Alvarado (2022), p. 288.

> "En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza".

La norma transcrita deja de manifiesto el privilegio para el adolescente en relación al adulto. De allí que se explique una pena abstracta disminuida en un grado, basado en que el adolescente está en vías de desarrollo cognitivo lo que importa una disminución lógica de sus facultades intelectuales y volitivas para comprender a cabalidad las consecuencias de su conducta al tener una percepción más juvenil del mundo que lo rodea.

Asimismo, hay que saber que no es aplicable a los menores adolescentes la norma del artículo 69 del Código Penal, pero sí las demás del párrafo 4º del Título III del Libro I de dicho Código; es decir, los artículos 50 a 78. Para los adolescentes, el artículo 69 del Código Penal es reemplazado por los criterios de determinación de pena del artículo 24 de la LRPA.

Sanciones accesorias: obligatorias y facultativas

El artículo 6º de la Ley Nº 20.084 regula sanciones accesorias obligatorias, y el artículo 7º, sanciones accesorias facultativas.

Las sanciones accesorias obligatorias son: a) prohibición de conducción de vehículos motorizados, y b) comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos, según lo dispuesto en el Código Penal, el Código Procesal Penal y las leyes complementarias.

La sanción accesoria facultativa es la obligación de someter a el o la adolescente a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol. Esta sanción es facultativa y debe aplicarse solo cuando sea necesario en atención a las circunstancias del adolescente.

En la aplicación de sanciones accesorias siempre hay que tener presente el interés superior del adolescente, esto es, el reconocimiento y respeto de sus derechos, ya sea reconocidos en la Constitución, en la ley, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales que estén ratificados por Chile y se encuentren vigentes.

En efecto, así se prevé en el artículo 2º de la Ley Nº 20.084:

> "Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

> En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes".

Finalmente, la privación de libertad se utilizará solo como medida de último recurso, según previene el artículo 26 de la Ley Nº 20.084:

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

Análisis de la pena y sanción probable para cada autor

Hechos del caso

Dos amigos, Juan y Diego, están bebiendo en un bar. Juan es pasado a llevar por un tercero llamado Pedro, lo que hace que se le caiga el trago. Ante esto, Diego le da un fuerte golpe en el pecho al tercero, quien cae de espaldas al suelo. Mientras está en el suelo, Juan y Diego le propinan patadas, quebrándole la nariz, el hueso periorbitario derecho y la mandíbula, provocando, además, que perdiera tres piezas dentales. En el lugar, Juan y Diego son retenidos por empleados del local en espera de la ambulancia para llevarse al herido y de la policía para que detenga a los autores de las lesiones. En el hospital local se constata fractura de nariz del hueso periorbitario derecho y de la mandíbula de Pedro, con pérdida de tres piezas dentales, catalogándose sus lesiones de muy graves o graves gravísimas. Su rostro queda notablemente deforme. Ante esto, el fiscal decide pasar a Juan y Diego a control de detención por el delito de lesiones graves del artículo 397 número 2 del Código Penal.

Juan tiene 18 años y Diego, 17. En el cuartel policial, previa advertencia legal, Juan decide cooperar y señala que fue él quien le quebró la nariz al afectado, pues ese día usaba zapatos con punta de fierro, y que Diego solo golpeó el pecho de la víctima haciéndolo caer al suelo. Juan reconoce haber sido él quien le dio más patadas en el rostro al afectado, y que Diego solo le propinaba patadas en las piernas. Juan entregó sus zapatos para que

fueran examinados. Allí se evidenció la efectividad de que ellos tenían puntas metálicas y uno de ellos tenía manchas pardas rojizas, que –luego de los exámenes de ADN– se concluyó que era sangre de la víctima.

Este es un caso de delito consumado de lesiones graves gravísimas tipificado en el artículo 397 número 1 del Código Penal, con una pena abstracta de presidio mayor en su grado mínimo, es decir, una sanción privativa de libertad que va desde los 5 años y 1 día a los 10 años de reclusión mayor.

Decisión del caso

Como Juan es mayor de edad, se le aplican las normas del Código Penal. En cambio, a Diego –que es adolescente– se le aplican las normas de la LRPA.

Cada uno de ellos resulta ser autor de un delito consumado, por lo que se aplica la norma del artículo 50 del Código Penal.

Como la pena está compuesta de un grado de una divisible, a Juan –que es adulto– se le aplica el artículo 67 del Código Penal. A Diego, en cambio, se le aplica el artículo 21 de la LRPA, rebajándose la sanción del artículo 397 número 1 en un grado, quedando con un tramo de sanción abstracta de presidio menor en su grado máximo, es decir, desde los 3 años y 1 día a los 5 años.

Como la pena está compuesta de un grado de una divisible, a Diego –que es adolescente– también se le aplica el artículo 67 del Código Penal.

Juan tiene dos atenuantes: las del artículo 11 numerales 6 y 9 del Código Penal, por lo que se le aplica el inciso cuarto del artículo 67 del Código Penal:

> "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".

En consecuencia, el tribunal debe rebajar la pena. Más adelante, veremos que esta rebaja es obligatoria. Lo facultativo está en el número de grados en que ejercerá tal mandato. Por ello, podría aplicar la pena inferior, por ejemplo, en un grado, y aplicarle una de presidio menor en su grado máximo o bien rebajarla en dos grados e imponerle una de presidio menor en su grado medio.

Conforme lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, el tribunal rebaja la pena solo en un grado y –atendida la extensión del mal causado

con el hecho, al haberlo dejado notablemente deforme en su rostro– la aplica en su tramo más alto, esto es, 5 años. Como Juan es primerizo, el tribunal le otorga la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva del artículo 15 bis de la Ley Nº 18.216.

Por su parte, Diego tiene solo una atenuante, la del artículo 11 número 6 del Código Penal. Por ello, se le aplica el inciso segundo del artículo 67 del Código Penal:

> "Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimum y en el segundo en su máximum".

Ergo, el tramo de pena determinado es de presidio menor en su grado máximo en su mínimum, es decir, una pena que va desde los 3 años y 1 día a los 4 años de presidio menor en su grado máximo.

Habrá que ir, entonces, a la escala del artículo 23 de la LRPA y ver cuáles son las sanciones penales probables contempladas en la ley para este tramo de penalidad.

La regla aplicable es la del artículo 23 número 2 de la Ley Nº 20.084 que dispone:

> "Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial".

Luego, el tribunal tiene tres posibles sanciones para aplicarle a Diego. Las dos primeras son privativas de libertad (régimen cerrado o semicerrado, ambas con programa de reinserción social), por el tiempo que estime el juez o la jueza, usando para ello los parámetros del artículo 24. Sin embargo, como el coautor Juan no tiene pena privativa de libertad, Diego tampoco puede tenerla conforme al artículo 26, pues ambos resultan condenados por el mismo hecho. Por ello, en nuestra opinión, el tribunal debe aplicar la tercera sanción posible: la libertad asistida especial.

El anterior es un ejemplo de aplicación práctica de la regla del artículo 26 de la LRPA. Con todo, la actual redacción del artículo 72 del Código Penal podría complejizar las cosas para el adulto. En efecto, la norma, en su inciso primero, indica:

> "Cuando el delito sea cometido con la intervención de una o más personas menores de dieciocho años de edad y mayores de catorce, se excluirá el mínimum o el grado mínimo de la pena señalada, según corresponda, respecto de los imputados mayores de edad que hubieren participado en él".

Según la norma, al haber participado Juan junto a Diego, que es mayor de 14 y menor de 18, la pena aplicable a Juan sería una de presidio menor en su grado máximum, es decir, una que va desde los 7 años 6 meses y 1 día a los 10 años. ¿Pero qué hacemos con las dos atenuantes de Juan?

En nuestra opinión, la regla del artículo 72 del Código Penal debe ocuparse al final, es decir, después de determinar el rango de la pena a utilizar una vez analizada la existencia de atenuantes y agravantes. De otra forma, las modificatorias de responsabilidad penal pierden todo sentido de aplicación y, cuando el legislador lo ha querido así, lo ha dicho expresamente, por ejemplo, en el artículo 449 del Código Penal.

Las distintas sanciones en la Ley Nº 20.084 de Responsabilidad Penal de los Adolescentes (LRPA)

Las sanciones aplicables a los menores adolescentes están definidas por el legislador. La tabla 13 sintetiza las sanciones distinguiendo entre aquellas que privan de libertad al adolescente y aquellas que no.

Tabla 13. Sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes

Sanciones no privativas de libertad	Sanciones privativas de libertad
Amonestación	Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.
Reparación del daño	Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.
Prestación de servicios en beneficio de la comunidad	
Prohibición de conducir vehículos motorizados	
Libertad asistida simple	
Libertad asistida especial	
Multa	

Fuente: Elaboración propia.

La amonestación

El artículo 8º de la Ley Nº 20.084 regula esta sanción de la siguiente forma:

> "Artículo 8º.- Amonestación. La amonestación consiste en la reprensión enérgica al adolescente hecha por el juez, en forma oral, clara y directa, en un acto único, dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, tanto para la víctima como para el propio adolescente, instándole a cambiar de comportamiento y formulándole recomendaciones para el futuro.
>
> La aplicación de esta sanción, en todo caso, requerirá una previa declaración del adolescente asumiendo su responsabilidad en la infracción cometida.
>
> Los padres o guardadores del adolescente serán notificados de la imposición de la sanción, en caso de no encontrarse presentes en la audiencia".

La reparación del daño

La Ley Nº 20.084 , en su artículo 10, regula la reparación del daño y dispone:

> "Artículo 10.- Reparación del daño. La reparación del daño consiste en la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción, sea mediante una prestación en dinero, la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado en su favor. En este último caso, la imposición de la sanción requerirá de la aceptación previa del condenado y de la víctima.
>
> El cumplimiento de la sanción no obstará a que la víctima persiga la responsabilidad contemplada en el artículo 2320 del Código Civil, pero sólo en aquello en que la reparación sea declarada como insuficiente".

La prestación de servicios en beneficio de la comunidad

El artículo 11 de la Ley Nº 20.084 se hace cargo de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad de la siguiente forma:

> "Artículo 11.- Servicios en beneficio de la comunidad. La sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad.

La prestación de servicios en beneficio de la comunidad no podrá exceder en ningún caso de cuatro horas diarias y deberá ser compatible con la actividad educacional o laboral que el adolescente realice. La sanción tendrá una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120.

La imposición de esta sanción requerirá del acuerdo del condenado, debiendo, en su caso, ser sustituida por una sanción superior, no privativa de libertad".

La prohibición de conducir vehículos motorizados

El artículo 12 de la Ley Nº 20.084 regula la prohibición de conducir vehículos motorizados y señala:

"Artículo 12.- Prohibición de conducir vehículos motorizados. La prohibición de conducir vehículos motorizados se podrá imponer a un adolescente como sanción accesoria cuando la conducta en que se funda la infracción por la cual se le condena haya sido ejecutada mediante la conducción de dichos vehículos.

La sanción se hará efectiva desde el momento de dictación de la sentencia condenatoria y su duración podrá extenderse hasta el período que le faltare al adolescente para cumplir veinte años.

En caso de quebrantamiento, se estará a lo dispuesto en el artículo 52 de esta ley, a menos que a consecuencia de la conducción se hubiere afectado la vida, la integridad corporal o la salud de alguna persona, caso en el cual se remitirán los antecedentes al Ministerio Público para el ejercicio de las acciones que correspondan".

La libertad asistida

La Ley Nº 20.084, en su artículo 13, regula la libertad asistida de la siguiente forma (inciso primero):

"Artículo 13.- Libertad asistida. La libertad asistida consiste en la sujeción del adolescente al control de un delegado conforme a un plan de desarrollo personal basado en programas y servicios que favorezcan su integración social".

La libertad asistida especial

La libertad asistida especial es regulada en el artículo 14 de la Ley Nº 20.084, el que dispone en su inciso primero:

> "Artículo 14.- Libertad asistida especial. En esta modalidad de libertad asistida, deberá asegurarse la asistencia del adolescente a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario que permita la participación en el proceso de educación formal, la capacitación laboral, la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en centros previamente acreditados por los organismos competentes y el fortalecimiento del vínculo con su familia o adulto responsable".

La internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social

El artículo 16 de la Ley Nº 20.084 regula la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social de la siguiente forma (inciso primero):

> "Artículo 16.- Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social. Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social. La sanción de privación de libertad bajo la modalidad de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social consistirá en la residencia obligatoria del adolescente en un centro de privación de libertad, sujeto a un programa de reinserción social a ser desarrollado tanto al interior del recinto como en el medio libre".

La internación en régimen cerrado con programa de reinserción social

El artículo 17 de la Ley Nº 20.084 regula la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social de la siguiente forma (inciso primero):

> "Artículo 17.- Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. La internación en régimen cerrado con programa de reinserción social importará la privación de libertad en un centro especializado para adolescentes, bajo un régimen orientado al cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 20 de esta ley".

La multa

El artículo 9º de la Ley Nº 20.084, sobre multa, refiere:

> "Artículo 9º.- Multa. El juez podrá imponer una multa a beneficio fiscal que no exceda de diez unidades tributarias mensuales. Para su aplicación y la determinación de su monto, además de los criterios señalados en el artículo 24 de la presente ley, se considerarán la condición y las facultades económicas del infractor y de la persona a cuyo cuidado se encontrare.
>
> El juez, a petición del adolescente o de su defensor, podrá autorizar el pago de la multa en cuotas.
>
> La multa será conmutable, a solicitud del infractor, por la sanción de servicios en beneficio de la comunidad, a razón de 30 horas por cada tres unidades tributarias mensuales".

Límites temporales de las sanciones privativas de libertad

El artículo 18 de la Ley Nº 20.084, sobre límites temporales de las sanciones privativas de libertad, dispone:

> "Artículo 18.- Límite máximo de las penas privativas de libertad. Las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad".

Las sanciones mixtas

El artículo 19 de la Ley Nº 20.084 dispone la posibilidad de sanción mixta complementaria de internación en régimen semicerrado después del segundo año de condena de internación en régimen cerrado.

Asimismo, se contempla la posibilidad de una sanción mixta cuando fuere procedente una internación en régimen cerrado o semicerrado, en ambos casos con programa de reinserción social, complementariamente con una sanción de libertad asistida en cualquiera de sus formas, por un máximo que no supere el tiempo de la condena principal.

La sanción complementaria se cumplirá con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad, siempre y cuando en total no se supere la duración máxima de esta o en forma previa a la ejecución y, en este caso, quedará en suspenso y en carácter condicional, para ejecutarse en caso de incumplimiento de la libertad asistida en cualquiera de sus formas, en el caso de las penas que se extiendan hasta 540 días.

Por otra parte, el artículo 25 de la Ley Nº 20.084 regula la imposición conjunta de penas y establece que, si el tramo de pena del catálogo es de los números 3 y 4 del artículo 23 –es decir, va desde los 541 días a 3 años o desde 61 días a 540 días– el tribunal puede imponer conjuntamente dos de las penas que las mismas reglas indican, siempre que la naturaleza de estas permita su cumplimiento simultáneo. Por ejemplo, si se trata de una pena del tramo del número 4, el juez podría imponer conjuntamente prestación de servicios en beneficio de la comunidad y la reparación del daño causado.

Límites de las distintas sanciones

Todas las sanciones contempladas en la Ley Nº 20.084 tienen límites, ya sea en su duración máxima en el tiempo o en el *quantum* tratándose de multas (tabla 14).

Tabla 14. Límite máximo de las sanciones de la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes

Sanción	Límite máximo
Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.	Cinco años para adolescentes entre 14 y 16 años y diez años para adolescentes entre 16 y 18 años.
Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.	Cinco años para adolescentes entre 14 y 16 años y diez años para adolescentes entre 16 y 18 años.
Libertad asistida especial.	Tres años.
Libertad asistida simple.	Tres años.
Multa.	Diez UTM.
Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.	Cuatro horas diarias. Debe ser compatible con la actividad laboral o educacional del infractor, y va desde las 30 hasta las 120 horas.
Amonestación.	Lo decide el juez oralmente.
Reparación del daño.	Prestación en dinero, reposición de la cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado en favor de la víctima.

Fuente: Elaboración propia.

Derechos de los adolescentes en la ejecución de las sanciones

El Decreto Nº 1.378, que contiene el Reglamento de la Ley Nº 20.084, en su artículo 3º, señala diversos derechos de los adolescentes, a saber:

El adolescente tendrá derecho a:

> "a) Ser tratado de una manera que reconozca y fortalezca su respeto por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando su desarrollo, dignidad e integración social;

b) Ser informado de sus derechos y deberes con relación a las personas e instituciones que lo tuvieren bajo su responsabilidad;

c) Conocer las normas que regulan el régimen interno de las instituciones y los programas a que se encuentre sometido, especialmente en lo relativo a las causales que puedan dar origen a sanciones disciplinarias en su contra o a que se declare el incumplimiento de la sanción;

d) Presentar peticiones ante cualquier autoridad competente de acuerdo a la naturaleza de la petición, obtener una respuesta pronta, solicitar la revisión de su sanción en conformidad a la ley y denunciar la amenaza o violación de alguno de sus derechos ante el juez, y

e) Contar con asesoría permanente de un abogado.

Tratándose de adolescentes sometidos a una medida privativa de libertad, éstos tendrán derecho a:

i) Recibir visitas periódicas, en forma directa y personal, al menos, una vez a la semana;

ii) La integridad e intimidad personal;

iii) Acceder a servicios educativos, y

iv) La privacidad y regularidad de las comunicaciones, en especial con sus abogados".

Los factores que se deben tomar en cuenta para calcular la sanción de un adolescente

El artículo 24 de la Ley Nº 20.084 viene a reemplazar el artículo 69 del Código Penal que se aplica a los adultos. Este es el artículo que sirve para la individualización judicial de la sanción de los menores adolescentes; previo a ello, hay que calcular –conforme a las reglas de penas de los adultos– el marco de pena en grados si se tratase de un adulto. Una vez determinado el marco, hay que ir al catálogo de las posibles sanciones a aplicar al adolescente y desde ese pliego elegir una y fijar su *quantum*, conforme a los parámetros del artículo 24 de la LRPA.

Catálogo de sanciones del artículo 23 de la Ley Nº 20.084

En el artículo 23 de la Ley Nº 20.084 se establecen "reglas de determinación de la naturaleza de la pena". En cuanto al tramo de pena a imponer, la norma parte del cálculo de la pena teórica en adultos, para luego, una vez determinado aquel, hacer aplicación de las reglas de sus distintos numerales.

> "Artículo 23.- Reglas de determinación de la naturaleza de la pena. La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:
> 1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.
> 2. Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial.
> 3. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se extiende entre quinientos cuarenta y un días y tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
> 4. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se ubica entre sesenta y uno y quinientos cuarenta días, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado.
> 5. Si la pena es igual o inferior a sesenta días o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación".

Imaginemos, por ejemplo, que Francisco es un menor adolescente de 15 años autor de un delito de homicidio simple y no hay modificatorias de responsabilidad penal que considerar, ni atenuantes ni agravantes.

La pena del delito consumado de homicidio simple del artículo 391 número 2 del Código Penal es una de presidio mayor en su grado medio a máximo (es decir, una que va desde los 10 años y 1 día a los 20 años). Sin embargo, por aplicación de la norma del artículo 21 de la LRPA, el tramo de la pena aplicable será una de presidio mayor en su grado mínimo, que es una inferior en un grado al mínimo de la establecida para el delito de homicidio simple en el Código Penal, o sea, una que va entre los 5 años y 1 día hasta los 10 años.

Luego, habrá que buscar en el catálogo del artículo 23 cuál o cuáles son las posibles sanciones a imponer a un menor adolescente cuando el tramo es de presidio mayor en su grado mínimo, o sea, de 5 años y 1 día a los 10 años.

Lógicamente, es aplicable el número 1 del artículo 23, porque la extensión de la pena supera los 5 años. Entonces, *a priori*, el juez penal sabe que le puede aplicar al adolescente la sanción de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

Lo anterior no significa que automáticamente el fallador deba imponerle una pena que va entre los 5 años y 1 día a los 10 años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. Dada la aplicación del artículo 21 de la LRPA, el rango de pena a imponer –presidio mayor en su grado mínimo– sirve solamente para determinar cuál o cuáles son las sanciones a imponer en ese tramo, pero ello no dice ninguna relación con el lapso de tiempo en meses o años en que el tribunal fijará la sanción de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, la que perfectamente podría ser de 1, 2, 3, 4, 5, 6 años, etcétera. La cuantía dependerá de los criterios de determinación de pena del artículo 24 de la LRPA.

En suma, en relación con la aplicación de una sanción a los menores adolescentes, es menester "aplicar" previamente las reglas del Código Penal, para enmarcarse luego de manera correcta en la tabla de las sanciones posibles del artículo 23 de la Ley Nº 20.084 y, finalmente, con los criterios de determinación de la sanción del artículo 24, determinar el *quantum* de la sanción. Lo anterior significa que las reglas de determinación legal de los adultos también son útiles y necesarias para la determinación de la pena de adolescentes.

Criterios de determinación de la pena

Estas normas son el equivalente al artículo 69 del Código Penal sobre aplicación de penas en adultos, aunque, para el caso de los adolescentes, la ley contempla varios criterios que el juez debe tener en cuenta al aplicar una sanción y determinar su *quantum* y a los que, obligatoriamente, debe referir en su sentencia.

El artículo 24 de la Ley Nº 20.084 dispone:

> "Artículo 24.- Criterios de determinación de la pena. Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios:
>
> a) La gravedad del ilícito de que se trate;
>
> b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;

c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;
d) La edad del adolescente infractor;
e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y
f) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social". [Vigente hasta el día 11 de enero de 2024].

Esta norma está vigente para todo el país a contar del día 12 de enero de 2024, conforme al artículo 6º transitorio de la Ley Nº 21.527.

La gravedad del ilícito de que se trate

Sabemos que el Código Penal, en su artículo 3º, divide los delitos, atendida su gravedad, en crímenes, simples delitos y faltas.

Esta clasificación es el primer atisbo que tiene el juez para ponderar la sanción que sea más adecuada. Deberá analizar, entonces, si el adolescente cometió un crimen, un simple delito o una falta y, además, en este último caso debe saber cuál era la falta penal, pues no todas son punibles y cuál es la edad del infractor, porque solo son responsables por faltas los mayores de 16 años.

Luego, el juez penal debe ponderar cuál o cuáles fueron los bienes jurídicos afectados con el delito. Será muy distinto, por ejemplo, ser autor de un delito de lesiones que de un homicidio o bien ser responsable de un hurto en vez de un robo con violencia.

La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción

Habrá que determinar, en primer lugar, en cuál de las tres categorías del artículo 14 del Código Penal participó el adolescente; según la norma, son responsables criminalmente de los delitos: los autores, los cómplices y los encubridores.

Hecho lo anterior, el juez deberá tener en cuenta, para aplicar la sanción y su *quantum*, si es que el delito está consumado, frustrado o en grado de tentativa, conforme al artículo 7º del Código Penal.

La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal

El juez o la jueza penal simplemente tendrá en consideración la existencia de alguna de las atenuantes del artículo 11 del Código Penal o de alguna de las agravantes del artículo 12 del mismo Código, o bien la circunstancia mixta del artículo 13 del mismo cuerpo legal.

La edad del adolescente infractor

Lógicamente, no será lo mismo que un adolescente de 14 años cometa un delito que lo haga uno de 17 años y 11 meses. Por ello, el juez tendrá que considerar la edad del infractor para la elección de la sanción y la determinación de su *quantum*.

La extensión del mal causado con la ejecución del delito

Asimismo, el juez deberá tener presente cuál es la extensión del mal que causó el delito cometido por el adolescente infractor.

Los criterios de las letras c) y e) del artículo 24 están contemplados para los adultos, en el artículo 69 del Código Penal, norma que no es aplicable a los adolescentes debido a que la LRPA los contiene en mayor número.

La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social

Los jueces y las juezas deben explicar por qué la sanción que aplican es idónea o sirve para que el adolescente fortalezca el respeto por los derechos y libertades de otro.

Aquí cabe traer a colación el artículo 20 de la LRPA que señala:

> "Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social".

En resumen, las normas del Código Penal sirven para determinar cuál o cuáles podrían ser las sanciones a imponer del catálogo del artículo 23. Luego, elegida una sanción, el juez determinará por cuánto tiempo la

aplica teniendo presente los máximos establecidos para cada sanción y considerando los parámetros del artículo 24 de la LRPA que justificarían su decisión.

Ley de violencia en los estadios y los menores adolescentes

Hay delitos especiales –como los indicados en la Ley Nº 19.327 de violencia en los estadios– que traen normas especiales de aplicación de las sanciones para los adolescentes.

El artículo 22 de la Ley Nº 19.327 dispone:

> "Se aplicarán las normas previstas en la ley Nº 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente, a los menores de dieciocho años y mayores de catorce años de edad que incurrieren en las conductas contempladas en los artículos 12, 13 y 14.
>
> Además, en el caso de ser condenados, se les impondrán las mismas penas accesorias previstas en el artículo 16 respecto de los mayores de edad".

Por su parte, el artículo 23 de dicha ley dispone:

> "Si un menor de dieciocho años y mayor de catorce años de edad incurriere en alguna de las conductas descritas en el artículo 27, se le impondrán las penas que, conforme a los artículos 21, 22, 23, número 5, y demás pertinentes de la ley Nº 20.084, corresponda aplicar.
>
> Además, se le impondrá la prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional por los plazos previstos en el artículo 27".

Casos de aplicación práctica en la determinación judicial de la sanción de adolescentes

Los siguientes casos de aplicación práctica están sacados de juicios reales conocidos por el TJOP de Valparaíso. Solo se han mantenido los nombres de pila de los acusados adolescentes.

Caso de aplicación práctica 1 (RIT Nº 208-2021, TJOP Valparaíso)

Hecho acreditado:

> "El día 22 de octubre de 2020, a las 15:15 horas aproximadamente, los acusados Alejandro y Jonathan, previamente concertados, llegaron hasta

> el servicentro Punto Copec ubicado en calle Chacabuco esquina General Cruz de Valparaíso, ingresando a dicho local e intimidando a las dependientes del mismo con un arma, al parecer de fuego, gritando 'esto es un asalto, entreguen la plata' abriendo la caja registradora para retirar el dinero, y al no encontrarlo, sustrajeron 4 cajetillas de cigarrillos, momento en que se activa la alarma del establecimiento, dándose a la fuga".

Calificación jurídica: robo con intimidación, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal.

Grado desarrollo delito: consumado.

Tipo de participación: ha cabido a los acusados Alejandro y Jonathan participación en calidad de autores.

Atenuantes: artículo 11 número 6 del Código Penal.

Agravantes: no hay.

Edad del infractor: los acusados tenían 15 años a la fecha de la comisión del delito (22 de octubre de 2020); Jonathan nació el 14 de julio de 2004 y Alejandro el 15 de julio del mismo año.

Solución del TJOP (sentencia de 8 de noviembre de 2021):

> "Décimo quinto: Que, para determinar la pena en concreto a imponer, debe considerarse que el delito de robo con intimidación tiene asignada por ley, en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo y que a los encartados los beneficia la circunstancia del artículo 11 número 6 del Código Penal, atendido el extracto de filiación y antecedentes de cada uno de ellos, exento de anotaciones pretéritas".

Por otra parte, al ser menores de edad, se debe tener presente lo siguiente:

> "Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la ley Nº 20.084, y constando del extracto de filiación acompañado por la Fiscalía, que los acusados tenían 15 años a la fecha de comisión del delito (22 de octubre de 2020), –Jonathan nació el 14 de julio de 2004 y Alejandro el 15 de julio del mismo año–, el tribunal, a partir de la pena inferior señalada para el delito de robo con intimidación del artículo 436 del Código Penal, rebajará un grado la pena, quedando esta en consecuencia en presidio menor en su grado máximo –a saber, entre tres años y un día a cinco años–.
>
> Conforme a lo anterior y según lo dispone el artículo 23 número 2 de la ley Nº 20.084, se puede sancionar a los hechores con internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en ré-

gimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial, prefiriendo el tribunal una sanción de libertad asistida especial, por el tiempo que se señalará en lo resolutivo para cada uno de los sentenciados, en atención a la aplicación de los criterios del artículo 24 de la misma ley, según lo que pasa a expresarse: a) El delito cometido es grave y de tipo pluriofensivo; b) Los jóvenes son autores directos e inmediatos de los ilícitos y el grado de ejecución de las infracciones es de consumado; c) Favorece a los adolescentes la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, descartándose la colaboración sustancial solicitada por la defensa respecto de Jonathan, toda vez que la prueba de cargo resultó suficiente e idónea para tener por acreditadas las circunstancias en que ocurre el delito, sin que el hecho que haya manifestado 'yo llevaba la mochila' de manera espontánea cuando declaraba el testigo Zúñiga haya servido para aclarar los hechos, por cuanto los mismos resultaron claros con la prueba rendida; d) Los infractores tenían 15 años a la fecha de los hechos, es decir se encuentran en un tramo en que la ley Nº 20.084 prevé la imposición de sanciones, en el caso de marras, de hasta cinco años de privación de libertad; y e) Las víctimas recuperaron las especies.

Así, por tratarse de la primera aproximación al sistema penal, se estima por estos jueces que no resulta necesaria una intervención en régimen cerrado o semicerrado, a fin de no introducirlos en un mundo con sujetos que ya mantienen conductas criminógenas graves, y considerando que la libertad asistida especial implica un seguimiento de la conducta de los sentenciados a través de la asistencia a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario que permite la participación en el proceso de educación formal, la capacitación laboral, la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas, en caso de ser necesario, y el fortalecimiento del vínculo con la familia o adulto responsable, este resulta idóneo para cumplir los objetivos de la ley 20.084.

Por lo anterior, se considera que la libertad asistida especial es la sanción idónea, estimándose que los períodos de tres años para Jonathan y dos años para Alejandro, deberían ser suficientes para el cumplimiento de los objetivos señalados, distinguiéndose su duración en cada caso, tomando en consideración para ello que Alejandro, a diferencia de Jonathan, acompañó antecedentes en la audiencia de determinación de pena que permiten dar por acreditado que se encuentra actualmente estudiando en el Instituto Profesional Marítimo de Valparaíso, en tercer año medio G, Gastronomía, según consta del informe de notas de fecha 1 de noviembre de 2021, suscrito por la directora del establecimiento Natacha M.M.

II. Que se condena al acusado Jonathan, cédula nacional de identidad número XXXXX, a cumplir la sanción de tres (3) años de libertad asistida especial y a Alejandro, cédula nacional de identidad número XXXXX, a cumplir la sanción de dos (2) años de libertad asistida especial, por su participación como autores del delito de robo con intimidación del artículo 436 inciso primero del Código Penal, en grado de desarrollo consumado, cometido en esta ciudad el día 22 de octubre de 2020.

III. Que se deja constancia que los sentenciados registran un día de privación total de libertad, esto es, el día de la detención y que, además, permanecieron sujetos a la medida cautelar de arresto domiciliario nocturno desde el 23 de octubre de 2020 hasta la fecha de esta sentencia (382 días), registrando en consecuencia 383 días de abono".

Caso de aplicación práctica 2 (RIT Nº 80-2022, TJOP Valparaíso)

Hecho acreditado:

"Que, con fecha 17 de agosto del año 2020, aproximadamente a las 12:25 horas, el acusado Benjamín, se encontraba en Avenida Brasil esquina Calle Edwards, donde está el Banco Estado, quien al ser controlado por funcionarios de Carabineros de Chile, pidiéndole su cédula de identidad y pase de movilidad, huyó del lugar, siendo perseguido por el personal policial, instante en que a la altura de Calle Edwards con Blanco, el acusado se desprendió de un revólver calibre 22 con 04 cartuchos en su interior, dos de ellos calibre 22 corto y los otros dos calibre 22 LR, sin contar con permiso o autorización para la tenencia y porte de estos elementos".

Calificación jurídica:

"Este tribunal procederá a subsumir la conducta punible del enjuiciado del porte ilegal de municiones, en virtud del principio de consunción del concurso aparente de leyes penales, en el delito de porte ilegal del arma de fuego del artículo 2º letra b) y 9 inciso primero de la ley Nº 17.798, ya que no resulta posible sancionar doblemente, por el mismo hecho, por existir unidad de dolo, so pena de vulnerar, abiertamente, el principio *non bis in idem*, el que impide, a la luz del derecho, sancionar dos veces por la misma *conducta*".

Grado desarrollo delito: consumado.

Tipo de participación: autor, puro y simple en los términos que exige el guarismo número 1 del artículo 15 del Código Penal en el delito

de porte ilegal de arma de fuego y municiones, descubierto el día 17 de agosto de 2020 en esta ciudad.

Atenuantes: artículo 11 número 6 del Código Penal.

Agravantes: no hay.

Edad del infractor: nació el día 12 de abril de 2003, por lo que a la fecha del delito, el 17 de agosto de 2020, aquel contaba con 17 años 4 meses y 5 días de edad.

Solución del TJOP (sentencia de 3 de junio de 2022):

> "XIV. De la aplicación del tramo de pena del menor adolescente
> Decimocuarto: Que en la especie concurre una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal que considerar respecto del adolescente condenado Barría Mujica, esto es, la del número 6 del artículo 11 del Código Punitivo.
> En lo que dice relación con este menor adolescente, su extracto de filiación, da cuenta que aquel nació el día 12 de abril de 2003, por lo que a la fecha de este delito, el 17 de agosto de 2020, aquel contaba con 17 años 4 meses y 5 días y en consecuencia, para reglamentar la sanción que debe imponérsele de conformidad a la legislación vigente, ella se debe ajustar al artículo 21 de la ley Nº 20.084, que establece un sistema para la responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, debiéndose aplicar para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a dicha ley, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, que en la especie, queda para el delito de porte ilegal de arma de fuego del artículo 9º inciso primero en relación al 2 letra b) de la Ley de Control de Armas Nº 17.798 en una de presidio menor en su grado medio porque la pena asignada al delito es la de presidio menor en su grado máximo.
> Que, hecho lo anterior, resta ahora hacer aplicación de las normas del párrafo 4º del Título III del Libro I del Código Penal, indicándose entonces, de este modo, que al enjuiciado, para el delito de porte ilegal de arma de fuego, concurre una circunstancia aminorante de responsabilidad penal que considerar y ninguna agravante; por lo que, en consecuencia, estamos frente a la siguiente posible penalidad por el ilícito: una de presidio menor en su grado medio en su mínimum al existir una atenuante y ninguna agravante, es decir en un tramo que va desde los 541 días a los 818 días.
> XV. De la aplicación judicial de la sanción del menor adolescente Decimoquinto: Que, dilucidado ya el tramo de pena a aplicar para este delito, respecto del menor adolescente, en la forma indicada en la motivación anterior de esta sentencia, cabe tener presente entonces que, según el

artículo 23 de la ley Nº 20.084, las posibles penas debieran ser: Para el delito de porte ilegal de arma de fuego del artículo 9 inciso primero en relación con el artículo 2º letra b) de la Ley de Control de armas 17.798.

Este tramo penal debe ahora concordarse con la norma del artículo 23 de la ley Nº 20.084 que dispone las posibles siguientes sanciones:

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 23 número 3 de la ley 20.084. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se extiende entre quinientos cuarenta y un días y tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

En concepto de estos sentenciadores, el menor infractor debe quedar sujeto a una pena de libertad asistida simple por el lapso de UN AÑO, atento a los siguientes criterios de determinación de pena referidos en el artículo 24 de la aludida ley de responsabilidad penal de los adolescentes:

a) la gravedad del ilícito de que se trata, en efecto, se la ha encontrado culpable de un delito grave esto es el porte de un arma con municiones aptas para ser disparadas, tal como comprobó el perito balístico, haciéndose presente en este caso que, además, dicha arma tenía el seguro en mal estado, lo que implicaba que podía dispararse accidentalmente, lo que lógicamente pudo poner en riesgo no sólo la vida y/o la integridad física del menor que la portaba sino que la de cualquier persona a quien le apuntara;

b) el adolescente infractor participó en calidad de autor inmediato y directo, que prescribe el numeral 1 del artículo 15 del Código Penal, como se analizó previamente al tratar la participación del referido;

c) la existencia de una atenuante de su responsabilidad penal y de ninguna agravante;

d) en cuanto a la edad del adolescente infractor, este contaba con 17 años 4 meses y 5 días al cometer el delito, por lo que debió darse perfecta cuenta del peligro que significa portar un arma de fuego cargada;

e) la extensión del mal causado con la ejecución del delito, en este caso, se le sorprendió portando el arma al huir, la que arrojó al suelo, teniendo presente que este es un delito de peligro;

f) la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social, razón por la cual se aprecia que esta medida de la libertad asistida simple, consistente en la sujeción del adolescente al control de un delegado conforme a un plan de desarrollo personal basado en programas y servicios que favorezcan su integración social es

lo que mejor se adaptaría a reintegrar al joven a la sociedad. Para ello el tribunal tiene especialmente presente que la finalidad de las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social, apareciendo más acorde que el menor adolescente quede sujeto al control del delegado por un año, en base a las medidas de supervigilancia que sean aprobadas por el tribunal, que incluirán, en todo caso, la asistencia obligatoria del adolescente a encuentros periódicos previamente fijados con él mismo y a programas socioeducativos.

Que el Tribunal no comparte la pretensión de la defensa en orden a tenerle por cumplida la sanción de libertad asistida con el período que lleva en el Programa de Medidas Cautelares Ambulatorias Valparaíso, el que comenzó el adolescente infractor con fecha 24 de agosto de 2020, pues no sólo de lo expuesto por el delegado S.Y.D., ratificado en el informe escrito acompañado, aparece que las finalidades de dicho programa de medidas cautelares con las de la sanción de la libertad asistida son diferentes. Así en el de medidas cautelares se señala que se mantiene en ejecución de su Plan de Trabajo Individual, reforzando contenidos socio-educativos orientados a su habilitación jurídica y adecuada integración social, propiciando con ello, su efectiva vinculación y participación en el proceso judicial. Considerando el contexto sanitario actual, se ha mantenido proceso de atención en modalidad mixta (remoto-presencial), reduciendo el número de atenciones presenciales al mínimo mientras perdure el estado de alerta sanitaria, evitando su exposición a situaciones de riesgo, priorizando acciones de monitoreo de salud y promoción de conductas de auto cuidado. En el ámbito educacional, el joven cuenta con el 8º año de enseñanza básica, aprobado en el año 2018, encontrándose en situación de retraso escolar. Actualmente, se encuentra matriculado en 1º nivel medio adulto.

Precisamente un plan del Delegado de Libertad Asistida Simple permitiría mejorar la asistencia regular al sistema escolar o de enseñanza que corresponda, pues la mantiene retrasada, pues se contaría con la asistencia obligatoria del adolescente a encuentros periódicos previamente fijados con él mismo y a programas socioeducativos, teniendo presente que en el plan que proponga el delegado al Tribunal, se deberán contemplar medidas como la prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, de visitar determinados lugares o de aproximarse a la víctima, a sus familiares o a otras personas, u otras condiciones similares.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 11 Nº 6, 14 Nº 1, 15 Nº 1, 24, 50, del Código Penal, artículos 2 y 9 de la Ley Nº 17.798 y artículos 1, 45, 47, 295, 296, 297, 325 a 338, 340, 341, 342, 344 y 468 del Código Procesal Penal y artículos 1, 2, 3, 6, 9, 21, 22, 23, 24 y 25 de la ley 20.084, se declara:

I.- Que se condena al acusado menor adolescente Benjamín, cédula nacional de identidad número XXXXX, ya individualizado, a la sanción de un año de libertad asistida simple, en su calidad de autor del delito de porte ilegal de un arma de fuego y municiones, descubierto el día 17 de agosto de 2020 en esta ciudad.

II.- Que, para el cumplimiento de la sanción referida le servirá de abono un día que estuvo detenido en virtud de esta causa, según consta de la cláusula quinta del auto de apertura de este juicio oral".

Caso de aplicación práctica 3 (RIT Nº 174-2022, TJOP Valparaíso)

Hecho acreditado:

> "El día 27 de abril de 2020 aproximadamente a las 9:50 horas en el interior del Parque Italia, en la intersección Av. Pedro Montt con calle Freire de la ciudad de Valparaíso, la acusada Marcela Paz y una tercera contra la cual no se siguió este juicio se acercan a la víctima, la menor de edad de iniciales S.L.R, a quien le sustraen su celular marca Motorola, modelo E6 plus, apropiándose de esta especie, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueña, avaluado prudencialmente en la suma de $100.000".

Calificación jurídica: delito de hurto previsto y sancionado en el artículo 446 número 3 del Código Penal en relación con lo prevenido en el artículo 432 del mismo texto, atendido el valor que prudencialmente se fijó de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 455 del Código Penal re-calificando el delito materia de la acusación.

Grado desarrollo delito: consumado.

Tipo de participación: autora inmediata y directa en los términos del artículo 15 número 1 del Código Penal.

Atenuantes: no tiene antecedentes penales.

Agravantes: no hay.

Edad del infractor: 14 años.

Solución del TJOP (sentencia de 12 de febrero de 2022):

"Décimo tercero: Pena. Que en relación a la aplicación de la pena que debe imponerse a la acusada Marcela menor de edad a la fecha de comisión del delito, hay que tener presente que se trata de un delito de hurto simple del numeral 3 del artículo 446 del Código Penal en el cual al acusada le correspondió una participación de autora, ilícito que tiene asignada una pena de presidio menor en sus grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias, que se encuentra en grado de consumado.

Con el mérito del extracto incorporado a la audiencia, en el cual figura la fecha de nacimiento del acusado 11 de noviembre de 2005, se establece que a la fecha de comisión del delito tenía 14 años de edad, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la ley Nº 20.084, se rebajará un grado la pena, quedando esta en consecuencia en prisión en su grado máximo, es decir, en el tramo de cuarenta y un días a sesenta días. Que a la acusada le favorece una atenuante y no le perjudica una agravante, de manera que de conformidad con el artículo 67 de Código Penal, el tribunal debe imponerle la pena en su mínimum, esto es, la mitad inferior del grado.

Que, luego el artículo 23 número 5 de la ley Nº 20.084 establece que si la extensión de la pena va en el tramo antedicho, es decir, si la pena es igual o inferior a sesenta días o si no constituye una pena privativa de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación y para determinar ahora la naturaleza de la sanción aplicable dentro de las posibles a imponer, debe atenderse a los criterios establecidos en el artículo 24 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, cobrando fuerza en este caso lo siguiente: que resultó condenada como autora de un delito de hurto simple, consumado, delito cuyo bien jurídico protegido es la propiedad, que se trata de un simple delito, que concurre una atenuante en su favor sin agravantes, que el mal causado fue menor toda vez que recuperó la especie sustraída, que se trata de una joven, al día de hoy, de 16 años pero de 14 años a la época del procedimiento, y respecto de la cual no consta que haya tenido mayor contacto criminógeno; además de los antecedentes del juicio aparece que está escolarizada lo que también constituye un factor relevante y, de mantenerse esas condiciones resulta posible proyectar un resultado favorable; todo conduce a que en la actualidad se le están proporcionando las herramientas necesarias para provocar en ella un cambio en ese comportamiento, alejado de conductas disruptivas y teniendo siempre presente que la sanción a imponer debe tener por objetivo el fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración

social, se estima que una amonestación, bastará para cumplir los objetivos que se persiguen en este estatuto especial, sanción que se le deberá aplicar una vez firme el fallo, no siendo procedente a su respecto la suspensión en la ejecución de la misma pedida por la defensa, por no tratarse de una pena privativa o restrictiva de libertad.

Por estas consideraciones y, visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°6, 14 N°1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 29, 50, 67, 432 y 446 N°3 del Código Penal, artículos 1, 45, 47, 295, 296, 297, 325 a 338, 340, 341, 342, 348 y 468 del Código Procesal Penal; la ley N° 20.084 y su reglamento, se declara:

I.- Que, se condena a Marcela, cédula de identidad xxxxxxx, a la sanción de Amonestación, la que se efectuará en los términos del artículo 8° de la ley N° 20.084 por el juez de la ejecución una vez que quede firme el presente fallo".

Caso de aplicación práctica 4 (RIT Nº 103-2022, TJOP Valparaíso)

Hecho acreditado:

> "El día 5 de mayo del año 2021, aproximadamente a las 21:30 horas, encontrándose vigente la cuarentena, toque de queda, funcionarios de Carabineros de la Tenencia Cordillera, procedieron a fiscalizar en calle Chaparro esquina calle Tupper de esta ciudad, al acusado Jeremy, quien transitaba sin permiso y al proceder a la revisión, este portaba en el cinto del pantalón, entre sus vestimentas, un arma de fuego de tipo artesanal; sin mantener autorización alguna de la autoridad competente".

Calificación jurídica: el arma incautada es un arma de fabricación artesanal o hechiza y fue creada para disparar municiones o cartuchos balísticos. Además, de acuerdo con el Oficio de la DGMN del Ministerio de Defensa, enviado por la autoridad fiscalizadora se prueba que el acusado, que es un adolescente de 15 años, no está autorizado para portar armas.

Grado desarrollo delito: el delito se encuentra en el grado de desarrollo superior del *iter criminis*, esto es, consumado.

Tipo de participación: antecedentes suficientes para sindicarlo como autor de acuerdo con el numeral 1 del artículo 15 del Código Penal, toda vez que tomó parte en la ejecución del hecho, de modo inmediato y directo, al portar el arma de fuego prohibida.

Atenuantes: el tribunal va a tener por configurada la atenuante del artículo 11 número 9, pues el acusado, al inicio del juicio y renunciando

a su derecho a guardar silencio, reconoció los hechos que motivan este juicio, así como que al ser fiscalizado era él quien portaba el arma de fuego hechiza.

Agravantes: no hay.

Edad del infractor: 14 años.

Solución del TJOP (sentencia de 12 de febrero de 2022):

> "Décimo segundo: Que, para determinar la sanción a imponer se tiene en consideración que la pena asignada al delito de porte ilegal de arma prohibida es la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.
>
> Que, siendo el acusado un adolescente se debe aplicar la regla contemplada en el artículo 21 de la ley Nº 20.084, esto es, la pena inferior en un grado al mínimo de lo señalado al ilícito por la ley, lo que determina que nos encontramos en el rango entre 541 días a 3 años.
>
> Que, de acuerdo con el artículo 23 de la misma ley Nº 20.084 el tribunal puede imponer la sanción de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, la de libertad asistida en cualquiera de sus formas y la de prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
>
> Que considerando lo establecido en el artículo 20 y buscando que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social de Jeremy es que el tribunal aplicando los criterios contemplados en el artículo 24 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, aplicará en definitiva una sanción de 2 años de libertad asistida especial.
>
> Que, realizando un desglose de los criterios establecidos para determinar la naturaleza de la sanción, estos son los siguientes:
>
> a. Que aun cuando nos encontramos frente a un delito de peligro, lo cierto es que el porte ilegal de un arma de fuego prohibida y que tiene elementos que permiten concluir que esta fue disparada con anterioridad, resultan conclusivos que de acuerdo con la regulación contemplada en la ley Nº 17.798, nos encontramos frente a un delito grave.
>
> b. Que la participación del adolescente en este caso es en calidad de autor y el grado de ejecución del delito es el de consumado.
>
> c. Que como ya se analizó en el considerando anterior, concurre en la especie una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, precisamente la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.
>
> d. Que, la edad, es uno de los elementos principales que tendrán en consideración este tribunal al momento de resolver, pues el acusado tiene

en la actualidad 15 años y a la fecha de ocurrencia de los hechos 14, lo que significa que cometió este ilícito en el primer año en el que ya era penalmente responsable, elementos relevante para estimar por estos jueces que la aplicación de un régimen semicerrado con programa de reinserción social, sanción solicitada por el Ministerio Público, resulta a esta altura contrario a la finalidad que busca la ley Nº 20.084 en los adolescentes.

e. Que respecto de la extensión del mal causado, lo cierto es que por ser un delito de peligro y que el arma fue descubierta oculta en el cinto del pantalón, no existe tal para este caso.

f. Que, respecto de este requisito, además se tiene en consideración para aplicar la sanción de libertad asistida especial y por un plazo de 2 años, el hecho que el adolescente fue condenado en causas anteriores, especialmente en la causa RIT 3268-2020 del Juzgado de Garantía de Quilpué, que el 13 de enero del 2021 lo condenó a una sanción de 3 años de libertad asistida especial como autor de delitos de robo con intimidación. Que, así también, con posterioridad a los hechos que motivan este juicio, en las causas RIT 1660- 2022 del Juzgado de Garantía de Valparaíso, fue condenado como autor de un delito de robo por sorpresa el 14 de abril del año 2022 y en la causa RIT 4641-2021 del Juzgado Garantía de Valdivia fue condenado por un hurto simple.

Que, de acuerdo se viene analizando, el tribunal entiende que la sanción que se impondrá resulta ser la más idónea para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

Por tales consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos, 1, 3, 5, 7, 11 Nº 9, 14, 15 Nº 1, 50, Código Penal; ley Nº 20.084; artículos 3 y 14 de la ley Nº 17.798; artículos 1, 8, 12, 36, 45, 47, 53, 275, 282 a 291, 295 a 297, 298 y siguientes, 323, 325 y siguientes y 340 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara:

1. Que se condena a Jeremy, cédula nacional de identidad número xxxxxx, a la sanción de dos (2) años de libertad asistida especial como autor de un delito de porte ilegal de arma de fuego prohibida, previsto y sancionado en el artículo 14 de la ley Nº 17.798, en relación con el artículo 3º inciso 1 letra e) del mismo cuerpo legal, en grado de desarrollo consumado, descubierto en esta ciudad el 5 de mayo de 2021".

Servicio de reinserción social juvenil (Ley Nº 21.527)

El 12 de enero de 2023 se publicó la Ley Nº 21.527 que crea el Servicio de Reinserción Social Juvenil (SRSJ), la que tiene plazos diferidos para

entrar en vigencia. Dicha ley señala que se trata de un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se encuentra bajo la supervigilancia del presidente de la República a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

El objeto del SRSJ es ser (artículo 2º inciso primero de la Ley Nº 21.527):

> "[L]a entidad especializada responsable de administrar y ejecutar las medidas y sanciones contempladas por la ley Nº 20.084, mediante el desarrollo de programas que contribuyan al abandono de toda conducta delictiva, a la integración social de los sujetos de su atención y a la implementación de políticas de carácter intersectorial en la materia".

Para este objetivo deberá garantizar el pleno respeto de los derechos humanos de sus sujetos de atención, es decir, de los jóvenes responsables penalmente, considerando tanto los reconocidos en la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en la legislación nacional dictada conforme a tales normas.

Los principios sobre los que deberá actuar el nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil están específicamente referidos en los artículos 4º al 8º de la Ley Nº 21.527, y se sintetizan en:

- Interés superior del adolescente.
- Principio de especialización.
- Principio de orientación de la gestión hacia el sujeto de atención.
- Principio de separación y segmentación.
- Principio de coordinación pública.
- Principio de innovación.

El artículo 10, por su parte, prescribe el deber de reserva y confidencialidad y el artículo 11 señala:

> "Los datos personales de los sujetos de atención insertos en los distintos programas de reinserción social a cargo del Servicio, sea directamente o ejecutados a través de las instituciones acreditadas de que trata el artículo 36, como asimismo aquellos dispuestos en el inciso segundo del artículo 10 de esta ley, revisten, para todos los efectos legales, el carácter de reservados y, salvo las disposiciones legales que autorizan su tratamiento, no podrán ser comunicados a terceras personas por parte de las instituciones que los posean".

Las funciones del SRSJ están descritas en el artículo 13 y son principalmente las siguientes:

"a) Administrar y supervisar el sistema para la ejecución efectiva de las medidas y sanciones aplicadas a sujetos de atención en virtud de la ley Nº 20.084.

b) Ejecutar, directamente o a través de organismos acreditados las medidas y sanciones aplicadas a los sujetos de atención en conformidad a la ley Nº 20.084, conforme al modelo de intervención a que se refiere el Título II de la presente ley.

c) Proveer de programas especializados para el cumplimiento de las medidas y sanciones de la ley Nº 20.084.

d) Coordinar con los órganos de la Administración del Estado competentes la elaboración y ejecución de planes, estrategias y programas y prestaciones relacionados con reinserción, rehabilitación e intervenciones socioeducativas amplias orientadas a la integración social de los sujetos de atención sometidos a la ley Nº 20.084, y colaborar con sus autoridades en la elaboración de políticas cuando corresponda.

Asimismo, el Servicio efectuará y promoverá las coordinaciones público privadas necesarias para el cumplimiento de su objeto con las instituciones que corresponda.

e) Elaborar y proponer al Consejo de Estándares y Acreditación los estándares de funcionamiento para los programas a través de los cuales se ejecuten las medidas y sanciones de la ley Nº 20.084, así como las mediaciones, y los estándares de acreditación para los organismos que implementen dichos programas, los que deberán ser aprobados de conformidad al artículo 17, así como los estándares de acreditación para las personas naturales que le presten servicios.

f) Dictar las normas técnicas necesarias para la implementación del modelo de intervención regulado en el Título II de esta ley, a partir de los estándares aprobados señalados en la letra precedente, las que deberán ajustarse a lo dispuesto en la ley Nº 21.430 y a los principios y estándares del Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez.

g) Supervisar la labor que desarrollen organismos acreditados y centros de administración directa que ejecutan programas en relación a las medidas y sanciones de la ley Nº 20.084, así como supervisar los servicios que le sean prestados por personas naturales, teniendo en consideración el enfoque de derechos humanos de conformidad con el inciso segundo del artículo 2º.

h) Brindar asistencia técnica a los prestadores acreditados y a los centros de administración directa encargados de la ejecución de medidas y san-

ciones, cuando se trate de la atención de casos cuya naturaleza requiera refuerzo adicional para el cumplimiento de los objetivos de intervención, los que serán calificados por el Servicio, mediante resolución fundada.

i) Prestar información, orientación o capacitación a los organismos integrantes del sistema de responsabilidad penal juvenil que lo requieran, para propender a la especialización señalada en el Párrafo 2º del Título II de la ley Nº 20.084.

j) Elaborar, a requerimiento de los tribunales competentes, fiscales del Ministerio Público y defensores penales, los informes técnicos de que trata el artículo 37 bis de la ley Nº 20.084, a través de la respectiva Dirección Regional.

k) Realizar un seguimiento de los casos en que se ordene la aplicación de medidas o sanciones contempladas en la ley Nº 20.084, durante la ejecución de las mismas y otorgar un acompañamiento con posterioridad a ella de carácter voluntario, a través de la respectiva Dirección Regional.

l) Constituir unidades destinadas a la producción, elaboración y comercialización de materias primas y bienes manufacturados o fabricados así como a la prestación de servicios por las personas sujetas a medidas y sanciones establecidas en la ley Nº 20.084, con el objeto de posibilitar su inserción laboral, de conformidad a las normas de protección al trabajo infantil dispuestas en el Libro I, Título I, Capítulo II del Código del Trabajo, las que se regularán a través del reglamento que al efecto se dicte.

m) Generar estudios y evaluaciones de sus programas, considerando la realidad regional o local, así como la descripción de la población objeto de su atención.

n) Diseñar, implementar y administrar un Sistema de Información relativo al funcionamiento general de las medidas y sanciones establecidas en la ley Nº 20.084, de conformidad a lo establecido en los artículos 31 y siguientes de esta ley.

ñ) Operar como referente técnico con organismos internacionales para el desarrollo de actividades relacionadas con las funciones del Servicio.

o) Generar procedimientos idóneos para recabar la opinión de los sujetos de atención del Servicio.

p) Las demás funciones que la ley le encomiende".

La determinación de pena para adolescentes luego de la reforma introducida por la Ley Nº 21.527 a la LRPA Nº 20.084

Se publicó en el *Diario Oficial*, el día 12 de enero de 2023, la Ley Nº 21.527, que modifica respecto de adolescentes la antigua LRPA (Ley Nº 20.084),

en varios aspectos; en lo que nos interesa, en las sanciones y en su forma de determinación, señalándose plazos de vigencia diferidos de esta ley, dependiendo de la región del país de que se trate, conforme al siguiente cronograma:

> "Vacancia e implementación. La presente ley comenzará a regir en forma gradual conforme al cronograma que a continuación se indica:
> 1.- Transcurridos 12 meses desde su publicación en el Diario Oficial, en las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo [vigencia 12 de enero de 2024]
> 2.- Transcurridos 24 meses desde su publicación en el Diario Oficial, en las Regiones de Maule, Bío Bío, Ñuble, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y de la Antártica Chilena, y [12 de enero de 2025]
> 3.- Transcurridos 36 meses desde su publicación en el Diario Oficial, en las Regiones de Valparaíso, Del Libertador General Bernardo O'Higgins y Metropolitana de Santiago". [12 de enero de 2026]

En consecuencia, este año 2024, la indicada ley ya comenzó a regir en seis regiones del país.

A contar del 12 de enero de 2024, comenzaron a regir para todo Chile los nuevos artículos 24, 25 ter, 25 quáter y 25 quinquies, además del nuevo inciso 2º del artículo 26 de la ley, todo ello de conformidad al artículo 6º transitorio de la Ley Nº 21.527.

En materia de plazos de prescripción respecto de un catálogo de delitos graves que se menciona en un nuevo inciso 2º del artículo 5º de la nueva LRPA, si la víctima fuere menor de edad al momento de la perpetración del hecho, se suben los plazos de prescripción –que era de dos años para los simples delitos– a cinco años, y, tratándose de crímenes, se alza de cinco años a diez años, plazos que se suspenden hasta que la víctima cumpla los 18 años.

Asimismo, se señala en un nuevo inciso 3º que la prescripción de la acción penal se suspende si el conflicto fue derivado a mediación y mientras esta esté vigente:

> "No obstante, tratándose de los crímenes y simples delitos descritos y sancionados en los artículos 141, inciso final; 142, inciso final, ambos en relación con la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación con los artículos 361, 362 y 365 bis; los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411 quáter en

relación con la explotación sexual; y el artículo 433, Nº 1, en relación con la violación; todos del Código Penal, cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad, el plazo de prescripción de la acción penal será de cinco años tratándose de simples delitos y de diez años tratándose de crímenes. En dichos casos, se suspende el cómputo del plazo hasta que la víctima cumpla dieciocho años.

La prescripción de la acción penal se suspende si se hubiere derivado el conflicto a una instancia de mediación y mientras ésta dure".

También, en esta nueva LRPA (responsabilidad penal adolescente) se sustituye en el artículo 6º la sanción de internación en régimen semi-cerrado con programa de reinserción social por la de libertad asistida especial con internación parcial y, además, se suprime la pena de multa.

Y tratándose de penas accesorias, se agregan a la nueva LRPA dos nuevas penas:

"Artículo 6º.- Sanciones. En sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, a las personas condenadas según esta ley sólo se les aplicará la siguiente Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes:

a) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social;
b) Libertad asistida especial con internación parcial;
c) Libertad asistida especial;
d) Libertad asistida simple;
e) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad;
f) Reparación del daño causado y
g) Multa, y [suprimida]
h) Amonestación.

Penas accesorias:

a) Prohibición de conducción de vehículos motorizados.

b) Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos según lo dispuesto en el Código Penal, el Código Procesal Penal y las leyes complementarias.

[c) Las medidas accesorias previstas en el artículo 9º de la ley Nº 20.066 que establece la ley de violencia intrafamiliar.

d) La prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a sus inmediaciones prevista en la letra b) del artículo 16 de la ley Nº 19.327, de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, aplicándose lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de dicha disposición]".

Tabla 15. Paralelo explicativo de las distintas sanciones

Ley Nº 20.084		Ley Nº 21.527	
No privativas de libertad	Privativas de libertad	No privativas de libertad	Privativas de libertad
Amonestación.	Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.	Amonestación.	Libertad asistida especial con internación parcial.
Multa.	Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.	Reparación del daño.	Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.
Reparación del daño.		Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.	
Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.		Prohibición de conducir vehículos motorizados.	
Prohibición de conducir vehículos motorizados.		Libertad asistida simple. Libertad asistida especial.	
Libertad asistida simple.			
Libertad asistida especial.			

En relación con la sanción de amonestación, se intercala un nuevo inciso 3º en el artículo 8º de la LRPA, donde se prohíbe imponer tal sanción en más de dos oportunidades a un mismo adolescente.

> "En caso alguno se podrá imponer una amonestación en más de dos ocasiones a un mismo adolescente. Lo dispuesto en el presente inciso no tendrá lugar si ha transcurrido un tiempo prolongado desde la última infracción o si la naturaleza del delito hiciere razonable imponer nuevamente esta misma sanción".

Otra de las modificaciones importantes en esta nueva LRPA es que cambia los plazos de duración de las distintas sanciones que preveía la antigua Ley Nº 20.084 y, además, se fijan plazos mínimos, lo que no hacía la antigua ley.

Así, en relación a la sanción accesoria de prohibición de conducir vehículos motorizados, antes se hacía efectiva desde la dictación de la sentencia condenatoria, y su duración podía extenderse hasta el período que al adolescente le faltare para cumplir veinte años. Hoy en día, solo se señala que la sanción se hace efectiva desde la fecha de la sentencia. Hoy, en el artículo 25 bis se fija un mínimo de seis meses y un máximo de cuatro años.

En lo que toca a la sanción de libertad asistida simple, antes la duración de esta sanción no podía ser superior a los tres años. Hoy, con la norma reformada, se establece un mínimo de seis meses y un máximo de dieciocho meses.

En lo que refiere a la libertad asistida especial, antes la duración de esta sanción no podía ser superior a los tres años. Hoy, con la norma reformada, se establece un mínimo de seis meses y un máximo de tres años.

En lo que toca a la sanción de internación en régimen cerrado, se mantienen los plazos máximos de duración de cinco y diez años, dependiendo de si el infractor era o no menor de dieciséis años, pero se añade ahora que el mínimo no podrá ser inferior a un año.

Respecto de la nueva pena de libertad asistida especial con internación parcial, no se puede imponer por un lapso superior a los cinco años ni inferior a los seis meses.

Tabla 16. Nuevos plazos de duración de las sanciones

Sanción	Duración
Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.	No se podrá imponer por un período inferior a un año y no podrá exceder los cinco años si el infractor tuviere entre 14 y 16 años de edad, y no podrá exceder los diez años si el infractor tuviere más de 16 años.
Libertad asistida especial con internación parcial.	No se podrá imponer por un lapso superior a los cinco años ni inferior a los seis meses.
Libertad asistida especial.	No podrá ser inferior a los seis meses ni superior a los tres años.
Libertad asistida simple.	No podrá ser inferior a los seis ni superior a los dieciocho meses.
Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.	Extensión mínima de 30 horas y máxima de 120 horas.
Reparación del daño.	
Amonestación.	No puede imponerse más de dos veces al mismo adolescente, salvo si ha transcurrido un tiempo prolongado desde la última infracción o bien si la naturaleza del delito hiciere razonable imponerla nuevamente.
Prohibición de conducir vehículos motorizados.	Por un mínimo de seis meses y un máximo de cuatro años.
Las medidas accesorias previstas en el artículo 9º de la Ley Nº 20.066, que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar.	Con una extensión mínima de seis meses y máxima de dos años.
La prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a sus inmediaciones prevista en la letra b) del artículo 16 de la Ley Nº 19.327, de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, aplicándose lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de dicha disposición.	Con una extensión mínima de seis meses y máxima de cuatro años.

Otra novedad de la reforma de la LRPA lo constituye el nuevo artículo 21, que establece las reglas para la determinación de la pena base, indicándose, al igual que antes, que el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para cada uno de los delitos correspondientes, indicándose ahora expresamente que son aplicables las reglas previstas en los artículos 50 a 78 del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código.

> "Artículo 21.- Reglas para la determinación de la pena de base. Para establecer la pena que servirá de base a la determinación de la que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para cada uno de los delitos correspondientes, las reglas previstas en los artículos 50 a 78 del Código Penal que resulten aplicables, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código. No se aplicará por ello ninguna de las demás disposiciones que inciden en la cuantificación de la pena conforme a las reglas generales incluyendo al artículo 351 del Código Procesal Penal".

Lo anterior quiere decir que tanto en el sistema antiguo de la Ley Nº 20.084 como en la nueva LRPA, con las modificaciones establecidas con la Ley Nº 21.527, el juzgador para determinar la pena a imponer a un adolescente debe previamente usar la normativa de determinación de pena de los adultos, para llegar al marco de penas del artículo 23, y, luego, una vez determinado aquel marco, elegir alguna de las posibles, y hecho eso, fijar finalmente el *quantum* exacto de la sanción conforme a los nuevos criterios del artículo 24 de la nueva LRPA.

Tabla 17. Cuadro explicativo de los marcos del artículo 23 LRPA

Marco de la sanción	Catálogo de sanciones posibles
Desde 1 a 60 días.	Prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Reparación del daño causado. Amonestación.
Desde 61 a 540 días.	Libertad asistida especial con internación parcial. Libertad asistida especial. Libertad asistida simple. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Reparación del daño causado.
Desde 541 días a 3 años.	Libertad asistida especial con internación parcial. Libertad asistida especial. Libertad asistida simple. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Marco de la sanción	Catálogo de sanciones posibles
Desde los 3 años y 1 días hasta los 5 años.	Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. Libertad asistida especial con internación parcial. Libertad asistida especial.
Desde los 5 años y 1 día hacia arriba.	Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

Como dijimos hace poco, en la nueva LRPA se aumentan los criterios para individualizar la pena en un nuevo artículo 24, y, además, se dan reglas específicas para la reiteración de delitos, tal como ya se había adelantado en el artículo 21, al expresarse allí que ahora no se aplica el artículo 351 del Código Procesal Penal.

> "Artículo 24.- Individualización de la pena. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19, 25 y 25 bis, el tribunal impondrá una sola pena de entre las que fueren procedentes, cualquiera fuera el número de los delitos cometidos. En su caso, se tomará como base las sanciones aplicables al delito que merezca las de mayor gravedad.
>
> La naturaleza y la extensión de la pena a imponer se orientará por los objetivos señalados en el artículo 20 y se determinará considerando exclusivamente los siguientes criterios, debiendo, en cualquier caso, darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal:
>
> 1. La gravedad del delito o delitos cometidos, considerando especialmente:
>
> a. El bien jurídico protegido, la modalidad escogida para su afectación y la extensión del daño causado con su comisión.
>
> b. El empleo de la violencia física o de ensañamiento y la naturaleza y entidad de ellas.
>
> c. La utilización y clase de armas o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad de las víctimas.
>
> d. La calidad en que interviene el condenado y el grado de ejecución del hecho.
>
> 2. Los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los Hechos y el comportamiento delictivo.
>
> 3. La edad y el desarrollo psicosocial del condenado.
>
> 4. El comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, particularmente en lo referido a la comisión previa de otros hechos ilícitos sancionados de conformidad con esta ley, y lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados.
>
> Tratándose de la reiteración de delitos el tribunal tomará como base la pena que corresponda al hecho más grave debiendo, alternativamente,

ampliar su extensión o imponer una más gravosa dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, según cual fuere el número de los delitos, las relaciones o nexos existentes entre ellos y su valoración de conjunto conforme a los criterios señalados en los numerales precedentes. En cualquier caso, la pena aplicable será impuesta con una mayor extensión o será sustituida por una más gravosa dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, respecto de quienes cometieren un crimen habiendo sido sancionado previamente por otro.

Las respectivas penas no se impondrán en caso alguno con una extensión inferior o superior a la prevista en los artículos 9º, 11, 13, 14 o 18, respectivamente. Tratándose de las sanciones privativas de libertad, éstas tampoco se podrán imponer con una extensión inferior o superior a la de la pena resultante de la aplicación del artículo 21, a no ser que sobrepase los límites mínimos o máximos previstos para cada caso en la presente ley. En este último caso, el límite se ajustará a aquellos.

El tribunal deberá especificar y fundamentar en el fallo la forma como Ha procedido a la fijación de la pena a partir de los criterios señalados indicando los hechos que los respaldan".

Tabla 18. Cuadro comparativo entre el antiguo y nuevo artículo 24 de las Leyes Nº 20.084 y Nº 21.527

Artículo 24 de la Ley Nº 20.084	Artículo 24 de la Ley Nº 21.527	
a) La gravedad del ilícito de que se trate;	1. La gravedad del delito o delitos cometidos, considerando especialmente:	a. El bien jurídico protegido, la modalidad escogida para su afectación y la extensión del daño causado con su comisión. b. El empleo de la violencia física o de ensañamiento y la naturaleza y entidad de ellas. c. La utilización y clase de armas o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad de las víctimas. d. La calidad en que interviene el condenado y el grado de ejecución del hecho.
b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;	2. Los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los hechos y el comportamiento delictivo.	
c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;	3. El comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, particular mente en lo referido a la comisión previa de otros hechos ilícitos sancionados de conformidad con esta ley, y lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados.	

Artículo 24 de la Ley Nº 20.084	Artículo 24 de la Ley Nº 21.527
d) La edad del adolescente infractor;	4. La edad y el desarrollo psicosocial del condenado
e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y	
f) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.	
En caso de reiteración de delitos se aplicaban las reglas del artículo 351 del Código Procesal Penal.	Tratándose de la reiteración de delitos el tribunal tomará como base la pena que corresponda al hecho más grave debiendo, alternativamente, ampliar su extensión o imponer una más gravosa dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, según cual fuere el número de los delitos, las relaciones o nexos existentes entre ellos y su valoración de conjunto conforme a los criterios indicados en los numerales precedentes. En cualquier caso, la pena aplicable será impuesta con una mayor extensión o será sustituida por una más gravosa dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, respecto de quienes cometieren un crimen habiendo sido sancionado previamente por otro. Las respectivas penas no se impondrán en caso alguno con una extensión inferior o superior a la prevista en los artículos 9º, 11, 13, 14 o 18, respectivamente. Tratándose de las sanciones privativas de libertad, éstas tampoco se podrán imponer con una extensión inferior o superior a la de la pena resultante de la aplicación del artículo 21, a no ser que sobrepase los límites mínimos o máximos previstos para cada caso en la presente ley. En este último caso, el límite se ajustará a aquellos. El tribunal deberá especificar y fundamentar en el fallo la forma como Ha procedido a la fijación de la pena a partir de los criterios señalados indicando los hechos que los respaldan.

El legislador, en un nuevo artículo 25 bis de la LRPA, habla del comiso obligatorio de objetos, documentos e instrumentos del delito y fija plazos mínimos y máximos en las accesorias de prohibición de conducir vehí-

culos motorizados, de las medidas accesorias del artículo 9º de la Ley VIF Nº 20.066 y de la prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a sus inmediaciones.

Ejemplos de aplicación práctica de sanciones para adolescentes con la nueva normativa luego de la Ley Nº 21.527

Caso

> "El día 18 de marzo de 2024 en la ciudad de Arica, cerca de las 21:00 horas Esteban de 71 años de edad caminaba hacia su casa por calle Chacabuco y al llegar a calle Blanco Encalada, fue interceptado por dos sujetos jóvenes, los acusados Pedro de 15 años a esa fecha y Diego de 17 años. Pedro tomó por la espalda a Esteban y sujetó fuertemente sus brazos inmovilizándolo y Diego se posicionó delante de la víctima y lo intimidó blandiendo un cuchillo cerca de su cara y con palabras amenazantes le exigió la entrega de todas las cosas de valor que portara. Mientras Diego amenazaba, Pedro registraba los bolsillos del ofendido, logrando finalmente sustraerle la billetera que llevaba consigo, dentro de la cual mantenía la suma de $30.000 y, además, su celular marca Samsung, el que avaluó en la suma de $280.000.- La víctima fue auxiliada por la policía que pasaba motorizada por el lugar, quienes alcanzaron a divisar a dos jóvenes corriendo, a quienes la víctima sindicaba como los autores del robo, quienes fueron perseguidos y detenidos a pocas cuadras del lugar, en Blanco Encalada con Larco Herrera encontrándose que Diego llevaba la billetera y el dinero y Pedro el celular del afectado Esteban".

Delito: robo con intimidación.

Grado de participación de los adolescentes: coautores en los términos del artículo 15 Nº 1 del Código Penal.

Grado de desarrollo del delito: consumado.

Edad de los infractores: Pedro tiene 15 años y Diego, 17. Ambos asisten a la escuela.

Pedro: registra dos sanciones anteriores: en septiembre de 2023, una amonestación cuando tenía 14 años, por un delito de hurto, y en diciembre de 2023, ya con 15 años, fue condenado a 30 horas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad por la comisión de un robo por sorpresa.

Diego: no registra sanciones anteriores y goza de irreprochable conducta anterior.

Atendida la edad de la víctima, la Fiscalía pide se aplique la agravante del artículo 12 Nº 22 del Código Penal, pues se trata de un adulto mayor.

Uso de armas: un arma blanca usada por Diego.

Edad de la víctima: 71 años de edad.

Siete pasos para la determinación concreta de la sanción

Paso 1:

Determinado el delito de que se trata (en este caso, un robo con intimidación), hay que determinar cuál es la pena que el delito tiene contemplado, ya sea en el Código Penal o en alguna ley especial. En este caso, se trata de un delito de robo con intimidación que está descrito y sancionado en el inciso 1º del artículo 436 del Código Penal con una pena de presidio mayor en su grado mínimo a máximo, es decir, una que va entre los cinco años y un día hasta los veinte años.

Paso 2:

Aplicar la norma especial de rebaja de la sanción del artículo 21 de la LRPA, es decir, aplicar la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito, que no es otra que una pena de presidio menor en su grado máximo, es decir, una que va desde los tres años y un día hasta los cinco años.

Paso 3:

Aplicar las normas de los artículos 50 a 78 del Código Penal, con excepción del artículo 69.

Pedro: una agravante del artículo 12 Nº 22 del Código Penal y sin atenuantes.

Diego: una agravante del artículo 12 Nº 22 del Código Penal y una atenuante del artículo 11 Nº 6 del Código Penal, irreprochable conducta anterior.

Se trata de una pena compuesta de un grado (presidio menor en su grado máximo), de tres años y un día a cinco años; en consecuencia, se aplica el artículo 67 del Código Penal.

Respecto de Pedro: concurre una agravante y ninguna atenuante. En este caso, se aplicará la pena en su máximum, esto es, una que va desde los cuatro años y un día hasta los cinco años (inciso 2º del artículo 67 del Código Penal).

Respecto de Diego: concurre una atenuante y una agravante. En este caso, procede hacer aplicación de la norma del inciso final del artículo 67 del Código Penal y hacer la compensación racional graduando el valor de una y otra. En este caso, el juzgador las estima en un pie de igualdad y, en consecuencia, se elimina una con la otra, resultando finalmente que puede recorrerse toda la extensión de la pena al aplicarla, conforme previene el inciso 1º del citado artículo 67, es decir: para Diego, una pena que va desde los tres años y un día hasta los cinco años.

Paso 4:

Determinado el marco penal anterior, hay que analizar ahora las reglas para la determinación de las alternativas de pena, o sea, buscar cuál numeral del artículo 23 contempla la extensión de pena recién referida, esto es, de tres años y un día hasta los cinco años para Diego y una que va entre los cuatro años y un día hasta los cinco años para Pedro. La norma que soluciona el tema es la del número 2 del artículo 23, que refiere como tres posibles alternativas: a) internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, b) libertad asistida especial con internación parcial y c) libertad asistida especial.

Paso 5:

Proceder a la individualización de la pena conforme a los criterios del artículo 24 de la LRPA, lo que significa dos cosas: primero, la elección de una sola pena entre las tres alternativas posibles en este caso, es decir, cuál va a ser la naturaleza de la pena, y, segundo, elegida que sea la pena a aplicar, hay que fijar su extensión en base a los criterios que allí se señalan:

Tabla 19. Los criterios del artículo 24

		Pedro	Diego
La gravedad del delito	El bien jurídico protegido, la modalidad escogida para su afectación y la extensión del daño causado con su comisión.	Se trata de un delito pluriofensivo, donde se afecta tanto la integridad de la víctima como su patrimonio.	Se trata de un delito pluriofensivo, donde se afecta tanto la integridad de la víctima como su patrimonio.

		Pedro	Diego
	El empleo de la violencia física o de ensañamiento y la naturaleza y entidad de ellas.	Desde atrás tomó fuertemente los brazos de la víctima, sujetándolos contra su cuerpo para lograr inmovilizarlo.	
	La utilización y clase de armas o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad de las víctimas.		Blandió cerca de la cara de la víctima un cuchillo, haciendo movimientos amenazantes.
	La calidad en que interviene el condenado y el grado de ejecución del hecho.	Autor, al haberse acreditado que tomó parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa. Es un delito consumado.	Autor, al haberse acreditado que tomó parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa. Es un delito consumado.
Los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los hechos y el comportamiento delictivo.		Lucro al repartirse entre ambos el botín. Se llevaba la billetera con el dinero de la víctima. La mayor edad de la víctima facilitó la comisión del delito.	Lucro al repartirse entre ambos el botín. Se llevaba el celular del afectado. La mayor edad de la víctima facilitó la comisión del delito.
La edad y el desarrollo psicosocial del condenado.		15 años.	17 años.
El comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, particularmente en lo referido a la comisión previa de otros hechos ilícitos sancionados de conformidad con esta ley, y lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados.		Registra dos sanciones anteriores: en septiembre de 2023, una amonestación –cuando tenía 14 años– por un delito de hurto, y, en diciembre de 2023, ya con 15 años, fue condenado a 30 horas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad por la comisión de un robo por sorpresa.	No registra sanciones previas; goza de irreprochable conducta anterior.

Paso 6:

Luego del análisis de los criterios del artículo 24, procede, en primer lugar, elegir para cada uno de ellos la naturaleza de la sanción posible dentro de las tres posibles. Así, cabe tener presente, en primer lugar, la norma del artículo 26 de la LRPA, el que dispone que la privación de libertad se utilizará solo como medida de último recurso.

Si bien Pedro y Diego resultan ser coautores del mismo delito –un robo con intimidación–, luego del análisis de los distintos pasos para llegar a determinar la sanción exacta para cada uno de ellos, se tiene que Pedro merecería una sanción mayor a la de Diego, pues el primero ya ha sido usuario del sistema y las sanciones que se le han aplicado no han producido mayor efecto, pudiendo a su respecto elegirse una sanción más grave para él. De la manera anotada, aparece razonable con el objeto de hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por el robo con intimidación que cometieron, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social de cada uno de ellos, optándose por una pena de libertad asistida especial con internación parcial respecto de Pedro y una pena de libertad asistida especial para Diego.

Paso 7:

Una vez elegida la alternativa de pena que se va a aplicar, conforme al análisis de los criterios del artículo 24, procede fijar el *quantum* de la sanción respectiva, teniendo presente los mínimos y máximos posibles.

En ese orden de ideas y en base a los criterios del artículo 24 que concurren de distinta manera para cada uno de los dos adolescentes indicados en el gráfico anterior, se les impone la pena señalada en el paso 6 a cada uno de ellos por el lapso de SEIS MESES.

Uno de los temas que más dará que hablar en relación a la penalidad de los adolescentes dice relación con los concursos de procedimientos y reiteración de delitos.

Ello porque en un nuevo artículo 25 ter de la LRPA se establecen cuáles son las reglas a seguir cuando haya concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos en un mismo proceso:

> "Artículo 25 ter.- Concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos. Si en un mismo proceso se debiera imponer condena por delitos cometidos siendo menor y mayor de dieciocho años de edad se impondrá exclusivamente la pena aplicable a estos últimos.
>
> Se exceptúa el caso en que fuere más grave el delito cometido siendo menor de edad, en cuyo caso la pena aplicable a las diversas infracciones se impondrá de conformidad a las reglas previstas en el presente título.
>
> A los efectos de este artículo y del siguiente se considerará más grave el delito o conjunto de ellos que tuviere asignada en la ley una mayor pena

de conformidad con las reglas generales. No obstante, el tribunal también podrá calificar su mayor gravedad teniendo en cuenta la naturaleza y extensión o cuantía de la sanción comparativa que fuere aplicable en concreto en uno y otro caso.

Lo dispuesto en el inciso primero, también se aplicará si la ejecución del delito se iniciare antes del cumplimiento de la mayoría de edad y terminare luego que ésta se hubiere alcanzado".

La norma anterior se refiere a la situación en que un mismo proceso se debiera imponer condenas por delitos que el sujeto cometió cuando era menor y luego cuando ya era mayor de 18 años y también al caso en que el sujeto haya dado principio a la ejecución del hecho cuando era menor de edad y se perfeccionó cuando ya alcanzó la mayoría de edad.

Ejemplo 1:

Julio tiene 18 años y está siendo acusado por la comisión de dos delitos. Un primer delito de robo por sorpresa lo cometió cuando tenía 17 años de edad, y el segundo delito por el que se le acusa es otro robo por sorpresa, que cometió cuando ya era mayor de 18 años. Según la norma del artículo 25 ter, solo se le impondrá la pena aplicable al delito que cometió cuando ya era mayor de edad.

Ejemplo 2:

Esteban está de cumpleaños el día martes 26 de marzo de 2024 y el día anterior a su cumpleaños, esto es, el día lunes 25 de marzo, a las 10:00 horas, toma un bus en el terminal de Arica, llevando consigo dos kilos de *cannabis sativa* con destino a Santiago para ser comercializada. El viaje en bus desde dicha ciudad demora 27 horas, por lo que llega al terminal norte el día en que cumple 18 años, a las 13:00 horas, lugar en que un perro de la PDI (Policía de Investigaciones) señala su mochila, la que es revisada y se encuentra la droga que transportaba. Si bien el sujeto dio comienzo a la ejecución del hecho (transporte de droga) cuando era adolescente, este se descubrió recién cuando llegó a Santiago y ya era mayor de edad, con lo que la normativa aplicable es la de la mayoría de edad.

Ejemplo 3:

Nicanor tiene 18 años y está siendo acusado por la comisión de dos delitos. Un primer delito de robo con intimidación, cometido cuando tenía

17 años de edad, y el segundo delito por el que se le acusa es un robo por sorpresa que cometió cuando ya era mayor de 18 años. Según la norma del artículo 25 ter inciso 2º, es una excepción a la regla del inciso 1º que indica que solo debe imponérsele la pena aplicable al delito que cometió cuando ya era mayor de edad. En efecto, como el delito previo que cometió siendo adolescente es más grave, no se aplica tal regla.

El inciso 3º del artículo 25 ter refiere que se considerará más grave el delito o conjunto de ellos que tuviere asignada en la ley una mayor pena de conformidad con las reglas generales.

En el ejemplo 3, la pena asignada en la ley al delito de robo con intimidación en el inciso 1º del artículo 436 del Código Penal es la de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, es decir, desde los cinco años y un día hasta los veinte años. En cambio, para el delito de robo por sorpresa, la pena asignada en la ley, en el inciso 2º del mismo artículo 436, es la de presidio menor en su grados medio a máximo, esto es, una que va desde los 541 días hasta los cinco años, de donde puede concluirse que el delito más grave es el robo con intimidación.

Luego, en el artículo 25 quáter, se trata de la unificación de condenas, haciéndose expresamente presente que en las distintas situaciones que allí se plantean no tiene lugar lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales:

> "Artículo 25 quáter.- Unificación de condenas. Si con posterioridad a la acusación o requerimiento o durante la ejecución de una sanción prevista en esta ley, el responsable fuere condenado por la comisión de un delito diverso al que la justifica, el tribunal que deba sancionarlo procederá a regular la pena que hubiere correspondido aplicar a la totalidad de los delitos cometidos en caso que hubieren sido juzgados conjuntamente de conformidad con lo dispuesto en las demás reglas del presente título. En dicho caso el tiempo de ejecución que se hubiere satisfecho será abonado a la nueva condena, salvo que se trate de las penas previstas en las letras e) o f) del artículo 6º.
>
> Lo dispuesto precedentemente no tendrá lugar tratándose de la comisión de uno o más simples delitos de menor gravedad respecto de aquellos que fundan la condena en curso de ejecución. En dicho caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 52, considerando los hechos, a estos efectos, como un quebrantamiento de condena.
>
> Lo dispuesto en el inciso precedente también tendrá lugar respecto de todos aquellos que ya se encontraren cumpliendo una condena por el

> máximo de las penas que autoriza la ley para la sanción de los delitos de que se trate. Se exceptúa de esta regla el caso en que el condenado cumpliere una pena de internamiento en régimen cerrado por el máximo que autoriza la ley, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el inciso primero. Si en dicho caso el resultado fuese equivalente se podrá aumentar la extensión del internamiento hasta por un período de tres años adicionales.
>
> A estos efectos no tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales".

La primera cosa que hay que tener clara con este artículo 25 quáter es que no se aplica la norma del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, que era la norma que los jueces penales aplicaban tratándose de unificación de condenas.

En efecto, aquella norma dispone que:

> "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".

Luego, el artículo 25 quáter viene a reemplazar para los adolescentes la norma antes vigente sobre unificación de condenas.

Ahora se dice que, si con posterioridad a la acusación (si se trata de un procedimiento ordinario) o requerimiento (si se trata de un simplificado) o bien durante la ejecución de la sanción, el adolescente fuere condenado por un delito diverso, el tribunal que deba sancionarlo procederá a regular la pena que hubiere correspondido aplicar a la totalidad de los delitos cometidos en caso de que hubieren sido juzgados conjuntamente.

Ejemplo 4:

Nazario está acusado de un delito de robo por sorpresa con fecha 10 de febrero de 2024. Se le realiza el juicio oral el 2 de marzo de 2024, y el tribunal oral lo condena por este delito a una pena de libertad asistida especial por seis meses. En la audiencia de determinación de pena, el fiscal

acompaña copia de una condena del mismo adolescente como autor de un delito de robo con intimidación cometido en enero de 2024, donde se le condenó a la pena de libertad asistida especial con internación parcial por seis meses.

En este caso, tratándose de la comisión de un simple delito de menor gravedad (robo por sorpresa) respecto de aquel que funda la condena previa en curso de ejecución (robo con intimidación). En dicho caso, se aplicará lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Nº 20.084, considerando los hechos, a estos efectos, como un quebrantamiento de condena.

> "Artículo 52.- Quebrantamiento de condena. Si el adolescente no diere cumplimiento en forma grave o reiterada a alguna de las sanciones impuestas en virtud de la presente ley, el tribunal encargado del control de la ejecución procederá, previa audiencia y según la gravedad del incumplimiento, conforme a las reglas siguientes:
> […]
> 4.- El quebrantamiento de la libertad asistida especial con internación parcial podrá sancionarse con una ampliación del plazo por el que hubiese sido impuesta dicha sanción o, alternativamente, por su sustitución por una pena de internación en un centro cerrado por el tiempo mínimo previsto en la ley, según cuál hubiese sido la naturaleza del incumplimiento y su persistencia. En su caso, se procederá al abono del tiempo que se hubiere satisfecho la condena original".

Ejemplo 5:

Bernardino está acusado de un delito de robo con intimidación con fecha 10 de febrero de 2024. Se le realiza el juicio oral el 2 de marzo de 2024 y el tribunal oral lo condena por este delito a una pena de libertad asistida especial con internación parcial por seis meses. En la audiencia de determinación de pena, el fiscal acompaña copia de una condena del mismo adolescente como autor de un delito de robo por sorpresa cometido en enero de 2024, donde se le condenó a la pena de libertad asistida especial por seis meses.

En este evento, el tribunal oral deberá en la sentencia proceder a regular la pena que hubiere correspondido aplicar a la totalidad de los delitos cometidos en caso de que hubieren sido juzgados conjuntamente, pudiendo aplicarle, en mi opinión, una pena única por los dos delitos referidos de libertad asistida especial con internación parcial por ocho meses.

También, en un nuevo artículo 25 quinquies, se trata de la unificación de condenas en regímenes diversos:

> "Artículo 25 quinquies.- Unificación de condenas de diversos regímenes. Lo dispuesto en el artículo anterior también se aplicará si el nuevo delito ha sido cometido siendo el condenado mayor de 18 años, a menos que se trate de un delito de mayor gravedad o que deba recibir una sanción superior. En dicho caso tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 25 ter, extinguiéndose de pleno derecho la condena que se encontrare en curso de ejecución".

Este artículo se refiere a la unificación de condenas de regímenes diversos, es decir, cuando el sujeto tenga condenas como adolescente y además tenga una condena por un delito cometido cuando ya era mayor de 18 años, salvo que este último delito sea más grave o deba recibir una sanción superior. En este caso, tiene lugar lo dispuesto en el artículo 25 ter, extinguiéndose de pleno derecho la condena que se encontrare en curso de ejecución.

Ejemplo 6:

Venancio ha sido condenado por un juzgado de garantía en procedimiento simplificado por un delito de hurto de suministros domiciliarios del artículo 447 bis del Código Penal, sin interrupción o interferencia del servicio, que aquel cometió cuando tenía 17 años, a la pena de UN AÑO de libertad asistida simple. A este mismo sujeto, cuando ya tiene 18 años, el TJOP lo condena como autor de un robo con violencia a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. En este caso, debiera extinguirse de pleno derecho la condena previa de Venancio cuando era adolescente y aplicársele únicamente la pena privativa de libertad impuesta ya como adulto.

También se modifica el artículo 26 LRPA, el que señalaba que "[e]n ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza", sustituyéndose ahora por el siguiente nuevo inciso 2º:

> "En ningún caso se podrá imponer en virtud de esta ley una pena que fuere más gravosa que aquella que hubiere de ser aplicada en forma efectiva a un adulto que hipotéticamente hubiese sido condenado por un hecho análogo y en equivalentes circunstancias. A dichos efectos se tendrá en cuenta su naturaleza y, cuando fuere equivalente, su extensión".

En el artículo 52 de la LRPA se trata el quebrantamiento de condena en los siguientes términos:

> "Artículo 52.- Quebrantamiento de condena. Si el adolescente no diere cumplimiento en forma grave o reiterada a alguna de las sanciones impuestas en virtud de la presente ley, el tribunal encargado del control de la ejecución procederá, previa audiencia y según la gravedad del incumplimiento, conforme a las reglas siguientes:
>
> 1.- Tratándose de las penas accesorias previstas en las letras a), c) o d) del artículo 6º, se aplicará en forma sustitutiva la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad por el tiempo mínimo previsto en la ley. Si el adolescente no aceptare la medida, se aplicará la libertad asistida en cualquiera de sus formas por el tiempo mínimo previsto en la ley. Todo lo dicho, sin perjuicio de la mantención de las prohibiciones o restricciones que ellas importen, por el tiempo restante.
>
> 2.- Tratándose del quebrantamiento de las medidas de reparación del daño y prestación de servicios en beneficio de la comunidad, se aplicará en forma sustitutiva la libertad asistida en cualquiera de sus formas por el período mínimo previsto en la ley.
>
> 3.- El quebrantamiento de la libertad asistida simple o de la libertad asistida especial dará lugar a una ampliación del plazo por el que hubiesen sido impuestas dichas sanciones o, alternativamente, a su sustitución por la sanción inmediatamente superior, extensiva al tiempo mínimo previsto en la ley, según cuál hubiese sido la naturaleza del incumplimiento y su persistencia.
>
> 4.- El quebrantamiento de la libertad asistida especial con internación parcial podrá sancionarse con una ampliación del plazo por el que hubiese sido impuesta dicha sanción o, alternativamente, por su sustitución por una pena de internación en un centro cerrado por el tiempo mínimo previsto en la ley, según cuál hubiese sido la naturaleza del incumplimiento y su persistencia. En su caso, se procederá al abono del tiempo que se hubiere satisfecho la condena original.
>
> 5.- El quebrantamiento del régimen de libertad asistida simple o especial al que fuere sometido el adolescente en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, facultará al juez para ordenar que se sustituya su cumplimiento por la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social por el tiempo que resta.
>
> El quebrantamiento que no fuese grave o reiterado podrá dar lugar a una intensificación del correspondiente plan de intervención. En las audiencias de que trata este artículo será obligatoria la presencia del condenado".

Tabla 20. Quebrantamiento de sanciones y sanciones sustitutivas

Sanción quebrantada en forma grave y reiterada por el menor	Sanción sustitutiva
a) Prohibición de conducción de vehículos motorizados. c) Las medidas accesorias previstas en el artículo 9º de la Ley Nº 20.066 que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar. d) La prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a sus inmediaciones prevista en la letra b) del artículo 16 de la Ley Nº 19.327, de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, aplicándose lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de dicha disposición.	Se aplicará en forma sustitutiva la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad por el tiempo mínimo previsto en la ley. Si el adolescente no aceptare la medida, se aplicará la libertad asistida en cualquiera de sus formas por el tiempo mínimo previsto en la ley.
Reparación del daño causado. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.	Se aplicará en forma sustitutiva la sanción de libertad asistida en cualquiera de sus formas por el período mínimo previsto en la ley.
Libertad asistida simple o de la libertad asistida especial.	Dará lugar a una ampliación del plazo por el que hubiesen sido impuestas dichas sanciones o, alternativamente, a su sustitución por la sanción inmediatamente superior, extensiva al tiempo mínimo previsto en la ley.
Libertad asistida especial con internación parcial.	Podrá sancionarse con una ampliación del plazo por el que hubiese sido impuesta dicha sanción o, alternativamente, por su sustitución por una pena de internación en un centro cerrado por el tiempo mínimo previsto en la ley.
El quebrantamiento del régimen de libertad asistida simple o especial al que fuere sometido el adolescente en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 (pena mixta).	Facultará al juez para ordenar que se sustituya su cumplimiento por la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social por el tiempo que resta.

Capítulo 7

Régimen de sustitución de penas de la Ley Nº 18.216

Planteamiento

La aplicación de una sanción penal concreta para el caso de adultos lleva siempre aparejada la posibilidad de aplicación de alguna de las penas sustitutivas de la Ley Nº 18.216, siempre y cuando se den las condiciones que en cada caso establece el legislador para que ello sea procedente.

A priori, y de forma genérica, diremos que este sistema de penas sustitutivas viene a reemplazar una pena privativa de libertad, ya sea de presidio o reclusión menor en cualquiera de sus grados, por otra que deja al sujeto en libertad, pero sujeto a ciertas restricciones por un período de tiempo determinado. Además, el sistema está pensado para primerizos, aunque hay excepciones en que se permite una pena sustitutiva para quienes hayan sido condenados con anterioridad por bajos períodos de tiempo, hasta de dos años.

Como menciona Aguilar Aranela, la modificación a la Ley Nº 18.216, mediante la dictación de la Ley Nº 20.603, tuvo la finalidad de "robustecer el sistema de alternativas a la prisión y transformarlo en un mecanismo de sanción que opere de manera eficaz y efectiva de control de la delincuencia primeriza y cuyos objetivos se centren en evitar la reincidencia delictual y dar protección a las víctimas"[125].

El mensaje del proyecto de ley que termina modificando la Ley Nº 18.216 establecía:

Recogiendo las corrientes doctrinarias tanto extranjeras como nacionales, se modifica la denominación de esta ley, la que pasa a regular 'penas sustitutivas' en vez de 'medidas alternativas'. Esto, con el objeto de precisar que no se está frente a un 'beneficio' otorgado al condenado, si no que frente a una sanción, que a su vez se impone en forma sustitutiva a la pena privativa de la libertad originalmente impuesta, pudiendo ser revocada en el evento ser incumplida.

125 Aguilar (2013), p. 17.

¿Cuáles son las penas sustitutivas?

El artículo 1º de la Ley Nº 18.216 establece:

> "La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:
> a) Remisión condicional.
> b) Reclusión parcial.
> c) Libertad vigilada.
> d) Libertad vigilada intensiva.
> e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.
> f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad".

La remisión condicional

Para Araya Ávila, la remisión condicional es la pena sustitutiva menos intensa de todas y "consiste en la discreta observación y sometimiento a asistencia del condenado por Gendarmería de Chile, durante el tiempo establecido en la sentencia"[126].

La reclusión parcial

La reclusión parcial, según Araya Ávila:

> "Consiste en la restricción de la libertad personal del condenado, mediante la cual aquel debe permanecer en su residencia o, en su defecto, en establecimientos especiales de Gendarmería de Chile durante el tiempo establecido por la ley (debe entenderse sentencia), siendo una pena que admite las modalidades de parcial diurna, parcial nocturna y de fin de semana"[127].

Libertad vigilada

La libertad vigilada es una pena sustitutiva que sujeta al condenado a un control administrativo por un tiempo determinado bajo un plan de intervención que debe ser aprobado por el juez de garantía.

126 Araya (2021), p. 37.
127 Araya (2021), p. 40.

Libertad vigilada intensiva

Se llama libertad vigilada intensiva a aquel sistema de control que es más exigente para el condenado, pues tiene mayores requisitos que la libertad vigilada simple.

Las libertades vigilada simple e intensiva, al decir de Araya Ávila:

> "Básicamente son penas sustitutivas que consisten en someter al penado a un régimen de libertad a prueba, que tenderá a su reinserción social a través de una intervención individualizada bajo la vigilancia y orientación permanente de un delegado de Gendarmería de Chile, institución que confeccionará y ejecutará con el penado un plan de intervención para tal efecto"[128].

Expulsión

Respecto a la expulsión, tal como sostiene Araya Ávila[129], "esta pena sustitutiva consiste en la expulsión facultativa de un condenado –extranjero– del territorio nacional, sin residencia legal en el país, con la prohibición de regresar en un plazo de diez años al territorio nacional, contados desde la fecha en que se materialice la expulsión".

Prestación de servicios en beneficio de la comunidad

Araya Ávila define esta pena como la "realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile"[130].

Excepciones al otorgamiento de penas sustitutivas contempladas en la Ley Nº 18.216

La norma general de penas sustitutivas tiene excepciones contempladas en el mismo artículo 1º de la Ley Nº 18.216.

Según señala la norma, no se condenará a penas sustitutivas a quienes hayan sido condenados como autores de delitos consumados de los artí-

128 Araya (2021), p. 49.
129 Araya (2021), p. 66.
130 Araya (2021), pp. 61 y 62.

culos 141, incisos tercero, cuarto y quinto (algunos supuestos del delito de secuestro); 142 (sustracción de menores); 150 A (tortura); 150 B (tortura en concurso); 361 (violación propia); 362 (violación impropia); 363 (estupro); 365 bis (abuso sexual calificado por uso de objetos o animales); 366 incisos primero y segundo (abuso sexual propio); 366 bis (abuso sexual impropio a menor de 14 años); 372 bis (violación con homicidio); 390 (parricidio); 390 bis (femicidio); 390 ter (femicidio por género); 391 (homicidio calificado), y 411 quáter (trata de personas propia e impropia) del Código Penal, o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º de la Ley Nº 17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del Código Penal.

Tampoco procederá respecto de aquellos delitos contra la vida y la integridad física de funcionarios de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile. Asimismo, tampoco procederá respecto de los funcionarios de las Fuerzas Armadas y servicios de su dependencia, en cumplimiento del deber, exclusivamente, en el marco de funciones de resguardo del orden público, tales como las que se ejercen durante estados de excepción constitucional, en protección de la infraestructura crítica, resguardo de fronteras y funciones de policía, cuando correspondan o cuando se desempeñan en el marco de sus funciones fiscalizadoras.

Demás está decir que esta prohibición de penas sustitutivas para el catálogo de delitos graves allí señalado no opera para delitos frustrados o tentados, ni tampoco para cómplices o encubridores.

No se condenará a penas sustitutivas a personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por algún crimen o simple delito indicados en las Leyes Nºs. 20.000, 19.366 y 18.403 en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la Ley Nº 20.000 (cooperación eficaz). Esta regla es una ampliación del artículo 62 de la Ley Nº 20.000, que señala:

> "No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en la ley Nº 18.216 a la persona que haya sido condenada con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en esta ley o en la ley Nº 19.366, en virtud de sentencia ejecutoriada, haya cumplido, o no, efectivamente la condena, a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 22".

De la misma forma, no procederán las penas dispuestas en el inciso primero o en el artículo 33 tratándose de los autores del delito consumado previsto en el artículo 293 del Código Penal (asociación criminal), salvo respecto a quienes hayan cooperado eficazmente con la investigación.

Tampoco podrán imponerse las penas establecidas en el inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos contemplados en la Ley Nº 17.798, salvo que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista en el artículo 17 C de dicho cuerpo legal.

Tratándose de simples delitos previstos en dicha ley y no encontrándose en el caso del inciso anterior, solo procederán las penas sustitutivas de reclusión parcial y libertad vigilada intensiva.

Excepciones en las leyes de drogas y de armas

No se condenará a la pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad a los condenados por algún crimen o simple delito señalados en las Leyes Nºs. 20.000, 19.366 y 18.403.

No se condenará a penas sustitutivas a los condenados por crímenes o simples delitos contemplados en la Ley Nº 17.798, salvo que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista en el artículo 17 C (cooperación eficaz) de dicho cuerpo legal.

Tratándose de simples delitos de la Ley de Armas y no existiendo cooperación eficaz, solo procederán las penas sustitutivas de reclusión parcial y libertad vigilada intensiva.

Excepciones en delitos contra la propiedad

No se condenará a penas sustitutivas a los autores del delito consumado previsto en el artículo 436 inciso primero del Código Penal que hubiesen sido condenados anteriormente por alguno de los delitos contemplados en los artículos 433 (robo con violencia o intimidación calificado); 436 (robo con violencia o intimidación y robo por sorpresa), y 440 (robo con fuerza en las cosas perpetrado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias) del mismo Código.

El mismo artículo 1º de la Ley Nº 18.216 señala que "para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito".

Locución "condenas cumplidas": comentario de sentencia

Respecto del cabal entendimiento de la locución "condenas cumplidas", un fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco indicó:

> "Temuco, dos de septiembre de dos mil trece.
>
> Vistos: Se reproduce la sentencia en alzada, en su parte expositiva y considerativa, con excepción de su considerando noveno que se elimina, y en su lugar se tiene presente además que:
>
> 1. Comparece don Jorge Figueroa Urrea, en representación de don D.C.G.I., interponiendo recurso de apelación, contra la sentencia definitiva de fecha 17 de agosto de 2013, del Juzgado de Garantía de Loncoche, dictada en causa RIT 394-2012, por la cual el imputado fue condenado como autor del delito de lesiones graves a la pena de 541 días de presidido menor en su grado medio y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y no se le concedió el beneficio de la remisión condicional de la pena, sino que el de la reclusión nocturna. El recurrente, limita su impugnación a aquella parte de la sentencia definitiva de condena que no concede la pena sustitutiva de remisión condicional. La funda, en lo sustancial, en el presunto error jurídico en que habría incurrido el juzgador, al no dar aplicación, a lo dispuesto, en el artículo primero inciso final de la ley 18.216, modificado por la ley 20.603, conforme al cual para los efectos de dicha ley, 'no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito', agregando en la letra b) del artículo 4 que la concesión de la remisión condicional no procederá si el penado hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito. Indica que como la última condena de su representado es del año 2006, esta se encuentra prescrita, toda vez que conforme al artículo 98 del Código Penal el tiempo de prescripción comenzará a correr desde la fecha de la sentencia de término.
>
> 2. Que, la cuestión debatida, tal y como quedó claro de los alegatos de las partes, es establecer el correcto significado de la expresión 'condenas cumplidas', que hace nacer el transcurso del plazo de 5 años o 10 años, que tanto el artículo 1º como el artículo 4º letra b) de la ley 18.216 modificada por la ley 20.603, expresan. Al efecto existen claramente dos tesis, una que entiende que dicho plazo tiene su inicio cuando la sentencia de condena adquiere la calidad de 'sentencia de término', y otra con el cabal cumplimiento de la pena impuesta.

3. Que, la historia de la ley no aporta antecedentes específicos sobre el sentido en que fue generada la expresión. Sólo figura, en la misma, que esta fue una indicación realizada por la Senadora Alvear (Historia de la ley Nº 20.603 página 476 de 1214).

4. Que, el artículo 98 del Código Penal dispone, que el tiempo de la prescripción comenzará a correr desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiere esta principiado a cumplirse.

5. Que, tal como señala Alfredo Etcheberry, la expresión '*fecha de la sentencia de término*, debe entenderse en el sentido de fecha, en que la sentencia de término adquirió tal calidad, esto es, desde que se notificó la resolución que la mandó cumplir' (Derecho Penal Tomo II. Pág.285. Edit. Carlos Gibss. Año 1964).

6. Que, la justificación de la institución de la prescripción en el ámbito penal se encuentra, en palabras de Francesco Carrara, en que, 'el transcurso del tiempo, además de hacer difícil la justificación del inocente, hace cesar el daño social, merced al presunto olvido del delito, lo cual conducen a la cesación de la impresión moral que nació de él, sea respecto de los buenos en quienes deja de existir el temor, sea respecto de los malvados, en quienes deja de tener influjo el mal ejemplo'.

7. Que, es evidente que el derecho del imputado a la prescripción de la pena o de la acción penal es afectado cuando el Estado, de manera directa o indirecta, viola los plazos máximos legales para la persecución punitiva. En este contexto, debe rechazarse todo criterio interpretativo que posibilite que de alguna forma se prolongue en el tiempo la punibilidad de una conducta más allá del plazo previsto por la ley, dado que lo contrario conllevaría vulnerar el principio de legalidad penal, que expresamente ha puesto un límite al rol punitivo del Estado.

8. Que, el criterio anterior está de acuerdo con el método de interpretación sistemático que nos recuerda que las normas jurídicas no viven aisladas unas de otras, sino que vinculadas en í formando un solo todo.

9. En este contexto, este tribunal entiende que la expresión 'condenas cumplidas' que emplea, tanto el artículo 1, como el articulo 4 letra b) de la ley 18.216, modificada por la ley Nº 20.603, de entenderse, como ha planteado el Ministerio Publico, esto es, como el cabal cumplimiento de la pena impuesta, posibilitaría que se le diera valor penal a condenas pretéritas ya caducadas del sentenciado, lo que es claramente contrario a los efectos propios de la naturaleza de la institución de la prescripción, como ha sido ya expuesto.

10.A mayor abundamiento, es de toda evidencia, que el objeto de la ley 20.603 es la institución de un régimen menos riguroso de concesión de

los clásicos beneficios establecidos en la ley Nº 18.216, como se aprecia de la historia fidedigna del establecimiento del referido estatuto especial, manifestada en el respectivo Mensaje 66-356 de 31 de marzo del año 2008, que enfatiza su implementación en torno 'a la necesidad de reformar la ley sobre medidas alternativas a las penas privativas, de manera tal que ella logre cumplir los anhelos de reinserción y alternativa a la prisión', evitando por su intermedio 'la formación de carreras delictivas'.

11.Que, aplicando este último criterio interpretativo, si se acogiese la tesis de que la expresión 'condenas cumplidas' es sinónimo del cabal cumplimiento de la pena impuesta, transformaría la aplicación de estas penas sustitutivas en algo excesivamente excepcional, ya que los plazos para poder gozar del beneficio, para aquel que ha delinquido en forma previa, constituirían un rigor temporal extraordinario, claramente contrario al espíritu que guió al legislador al establecer la norma.

12.Que, adicionalmente, y tal como se ha señalado en sentencia de fecha 9 de Abril de 2013 de la Iltma. Corte de Apelaciones de la Serena, (autos rol 70-2013), de acogerse la tesis de la sentencia recurrida las normas del el art.1º tanto el artículo 1º como el artículo 4º letra b.-) de la ley 18.216 modificada por la ley 20.603, 'vendría a ser exactamente la equivalente a la que se contempla en el Decreto Supremo 64 del Ministerio de Justicia para la eliminación de antecedentes prontuariales, de 1960, que en su artículo 8º letra g) contempla claramente la regla de que el plazo de cinco o diez años se computa desde el cumplimiento de la condena, y no desde la condena. Si el legislador hubiese querido establecer la misma regla en el caso de la ley Nº 18.216 se habría servido de la misma fórmula normativa precisa. Pero además de lo anterior, la distinción de una fórmula y otra, una que contempla el transcurso desde el cumplimiento y otra desde la condena firme se explica en función de que la eliminación de antecedentes prontuariales (condenas) no es equivalente a la no consideración de condenas previas a efectos única y precisamente de hacer procedente la aplicación de penas sustitutivas, que buscan potenciar formas de castigo penal que no impliquen la necesaria privación de libertad en recintos penitenciarios, todo lo cual se desprende del tenor del inciso final del artículo 1º de la ley Nº 20.603, que dice establecer una regla específica y propia para la aplicación de esta ley. Por último, cabe apuntar que si la interpretación fuese la de computar el plazo en cuestión del mismo modo que se hace para el caso de la eliminación de antecedentes prontuariales, nos encontraríamos con que esa interpretación acaba imponiendo una regla más rigurosa y restrictiva que aquella prevista en el decreto ley Nº 409 de 1932, para la eliminación de condenas cumplidas a través de

Decreto Supremo, en el que establece como requisito para obtener este beneficio el transcurso del plazo de dos años desde el cumplimiento, y cinco años cuando hubiere más de una condena previa. Nótese que también la eliminación de estos antecedentes les priva a ellos de cualquiera eficacia jurídica, como expresamente se consigna en el artículo 1 del mencionado decreto ley Nº 409. Mal podría interpretarse ahora que a los efectos de las penas sustitutivas de la ley Nº 18.216 se haya querido imponer un requisito temporal más exigente para consecuencias jurídicas menos relevantes'.

13. Que, de conformidad a lo indicado precedentemente, se debe concluir, que la interpretación correcta de la expresión 'condenas cumplidas', que emplea tanto el artículo 1º, como el artículo 4º letra b.-) de la ley Nº 18.216, modificada por la ley Nº 20.603, es aquella que sostiene que el cómputo del plazo del artículo 4º de la ley Nº 18.216 deba iniciarse desde el momento que la sentencia de condena adquiere la calidad de sentencia de término.

14. En consecuencia, siendo la última condena del imputado del año 2006, debe entenderse que han transcurrido más de cinco años desde que la condena impuesta a don D.C.G.I. se encuentra cumplida, siendo procedente, en consecuencia, en su caso, el beneficio de remisión condicional de la pena en los términos establecidos en el art. 4 letra b) de la ley Nº 18.216 modificado por la ley Nº 20.603.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 352, 358 y 414 del Código Procesal Penal, se revoca la sentencia apelada de fecha 17 de agosto de 2013, en lo que dice relación con el resuelvo ii en cuanto se concede el beneficio de la reclusión nocturna y, en su lugar, se declara que por reunir el condenado los requisitos del artículo 4º de la ley Nº 18.216, se le concede el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo someterse al control y supervigilancia de la sección correspondiente de Gendarmería de Chile por el lapso de un año. Para el evento que dicho beneficio le fuere revocado o dejado sin efecto don D.C.G.I. deberá dar efectivo cumplimiento a su respectiva pena inicialmente impuesta, la que se le contará desde que se presente o sean habido, sirviéndole de abono los días en que permaneció privado de libertad en esta causa, si los hubiere, confirmándose en todo lo demás la sentencia apelada. Regístrese y devuélvase. Reforma procesal penal-728-2013.

Pronunciada por la Primera Sala Integrada por su Presidente Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán, ministro(s) Carlos Gutiérrez Zavala y abogado integrante Sr. Roberto Contreras Eddinger".

Caso de exclusión de la pena sustitutiva de remisión condicional

El inciso final del artículo 4º de la Ley Nº 18.216 dispone:

> "Con todo, no procederá la remisión condicional como pena sustitutiva si el sentenciado fuere condenado por aquellos ilícitos previstos en los artículos 15, letra b), o 15 bis, letra b), debiendo el tribunal, en estos casos, imponer la pena de reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, si procediere".

Los delitos allí contemplados son: "artículo 15 b) Si se tratare de alguno de los delitos contemplados en el artículo 4º de la Ley Nº 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, o en los incisos segundo y tercero del artículo 196 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2009, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito, y la pena privativa o restrictiva de libertad que se impusiere fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de tres años"; "artículo 15 bis b) b) Si se tratare de alguno de los delitos establecidos en los artículos 296, 297, 390, 390 bis, 390 ter, 391, 395, 396, 397, 398 o 399 del Código Penal, cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar, y aquellos contemplados en los artículos 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 367, 367 ter, 367 quáter inciso segundo y 411 ter del mismo Código, y la pena privativa o restrictiva de libertad que se impusiere fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de cinco años".

Sin embargo, nació la duda en algunos tribunales relativa a si procedía la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena para condenados por delito de microtráfico del artículo 4º de la Ley Nº 20.000 y que lo fueran a penas menores a 541 días. Hoy la jurisprudencia está conteste en que procede la remisión condicional de la pena para condenados a penas iguales o inferiores a 540 días de presidio menor en su grado mínimo.

Sentencia pena sustitutiva remisión condicional

Así una jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Concepción resolvió:

> "Concepción, veintiséis de julio de dos mil dieciséis.
> Visto: Se reproduce la sentencia apelada y respecto del motivo de la alzada se tiene únicamente presente.

1. Que en esta causa de la Reforma Procesal Penal, RIT 3345-2015, RUC 1510011306-3, seguida contra V.E.E.U., con fecha 7 de julio de 2016, el Juzgado de Garantía de Concepción, Primera Sala, condenó al acusado referido, cédula de identidad número xxxxxxx, como autor del delito consumado de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades, cometido en la ciudad de Penco, el 3 de abril de 2015, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo. Además, atendida la extensión de la pena privativa de libertad impuesta, se concede a favor del acusado, la pena sustitutiva de reclusión parcial nocturna del artículo 7º en la ley Nº 18.216, debiendo permanecer en su domicilio, entre las veintidós horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente.

2. Que, la defensa del condenado se alza deduciendo apelación subsidiaria al recurso de nulidad, pidiendo concretamente que se sustituya la pena de reclusión nocturna por la de remisión condicional, por cuanto el fallo le causa agravio al condenado, por cuanto se habría basado en una errada interpretación del artículo 4º de la ley Nº 18.216. Al respecto señala que el artículo 4º, expresa: 'Con todo, no procederá la remisión condicional como pena sustitutiva si el sentenciado fuere condenado por aquellos ilícitos previstos en los artículos 15, letra b), o 15 bis, letra b), debiendo el tribunal, en estos casos, imponer la pena de reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, si procediere'.

3. Que, por su parte, el art. 15 letra b), del mismo cuerpo legal, expresa: 'Si se tratare de alguno de los delitos contemplados en el artículo 4º de la ley Nº 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, o en los incisos segundo y tercero del artículo 196 del decreto con fuerza de ley 1, de 2009, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley de Tránsito, y la pena privativa o restrictiva de libertad que se impusiere fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de tres años'.

4. Que, en consecuencia, lo que se plantea a esta Corte, es un problema interpretativo, que se produce en relación al reenvío que efectúa el artículo 4º de la ley 18.216, entre otro, al artículo 15 letra b) de la misma, respecto a la procedencia de la pena sustitutiva de la remisión condicional en el delito de autos, no siendo discutido que el condenado reúne los requisitos establecidos en el inciso 1 del artículo 4º de la misma ley, para conceder dicha pena sustitutiva.

5. Que, en la interpretación integrada de las disposiciones en comento se puede concluir que la pena sustitutiva de remisión condicional a los delitos de tráfico de drogas, sólo concurrirá si la sanción corporal aplicada

supera los quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, lo que en la especie, como se señaló en el motivo primero, no sucede, pues la condena dictada es de sesenta y un días de presidio menor.

6. Que, esta asignación de sentido se encuentra más acorde con los objetivos que persiguió la reforma introducida a través de la ley Nº 20.603. Y que así las cosas, la decisión del tribunal de negar la pena de remisión condicional al imputado, no sólo contradice su auténtico sentido, sino que además colisiona con el espíritu de la nueva legislación y con su estructura sistemática, todo lo cual demuestra que aquella decisión configura una infracción de derecho que debe ser enmendada por esta Corte.

7. Que se ha dicho, además, que en la colisión entre las garantías otorgadas por la legislación en materia de derechos fundamentales del individuo con el derecho del Estado a impetrar el castigo, *ius puniendi*, se estructura sobre un conjunto de principios que, como el in dubio pro reo, no sólo inciden en lo eminentemente procesal (certeza del tribunal que condena y aplica una pena), sino también en la interpretación de la ley; entre los distintos criterios informadores de aquella labor hermenéutica, figura el ya mencionado –en caso de duda se resuelve a favor del encausado–, también denominado *in dubio pro mitius*, o en caso de dudas se resuelve en el sentido favorable al imputado.

8. Que, así las cosas teniendo presente los hechos materia de la sentencia y las disposiciones legales en juego, esta Corte estima procedentes los argumentos sustentados por la defensa apelante y, en consecuencia, acogerá el recurso de apelación deducido.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 370 y siguientes del Código Procesal Penal: Se revoca en lo apelado la sentencia de 7 de julio de 2016, y en su lugar se declara que la pena corporal aplicada al sentenciado V.E.E.U., se sustituye por la de remisión condicional de la pena, por el período de un año, debiendo cumplir para estos efectos con todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 5º de la ley Nº 18.216, quedando sujeto a la sujeción y vigilancia de Gendarmería de Chile. Redacción del Abogado Integrante Armando Cartes Montory. Regístrese e incorpórese a la carpeta de antecedentes.

Pronunciada por los miembros de la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, integrada por los ministros señor Hadolff Ascencio Molina, señora Vivian Toloza Fernández y el abogado integrante señor Armando Cartes Montory. Rol 608-2016 Reforma Procesal Pena".

Suspensión de pena sustitutiva por un año contemplada en la Ley Nº 18.290

Artículo 196 ter de la Ley Nº 18.290:

> "Respecto del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196 [manejo en estado de ebriedad causando lesiones graves gravísimas o la muerte], será aplicable lo previsto en la ley Nº 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado".

Cuadros de las penas sustitutivas de la Ley Nº 18.216 y la mixta

Las penas sustitutivas son: la remisión condicional, la reclusión parcial, la libertad vigilada, la libertad vigilada intensiva, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la expulsión de extranjeros y la pena mixta.

A continuación, en las tablas 21 a 27 se detalla cada una de ellas.

Tabla 21. Remisión condicional de la pena

Pena sustitutiva	Remisión condicional
Concepto	Consiste en la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad por la discreta observación y asistencia del condenado ante Gendarmería durante cierto tiempo.
Delitos excluidos	Se excluye de la aplicación de la ley a los autores de delito consumado en los siguientes casos: algunos supuestos del delito de secuestro, sustracción de menores, tortura, tortura en concurso, violación propia, violación impropia, estupro, abuso sexual calificado por uso de objetos o animales, abuso sexual propio, abuso sexual impropio a menor de 14 años, violación con homicidio, parricidio, femicidio, femicidio por género, homicidio calificado, trata de personas propia e impropia del Código Penal, o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º de la Ley Nº 17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del Código Penal. Tampoco procederá respecto de aquellos delitos contra la vida y la integridad física de funcionarios de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile. Asimismo, tampoco procederá respecto de los funcionarios de las Fuerzas Armadas y servicios de su dependencia, en cumplimiento del deber, exclusivamente, en el marco de funciones de resguardo del orden público tales como las que se ejercen durante estados de excepción constitucional, en protección de la infraestructura crítica, resguardo de fronteras y funciones de policía, cuando correspondan o cuando se desempeñan en el marco de sus funciones fiscalizadoras.

Pena sustitutiva	Remisión condicional
Condiciones de la pena	Condena no superior a 3 años. Tampoco procede en los casos de microtráfico y manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones menos graves, graves o muerte con condena superior a 540 días e inferior a 3 años. Tampoco en las condenas superiores a 540 días en delitos de VIF y delitos contra la indemnidad sexual. En estos casos debe aplicarse la reclusión parcial, la libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, según sea el caso.
Condiciones exigidas al condenado	Sin condena anterior (primerizos). En caso de existir condena previa, no se considerarán aquellas cumplidas diez o cinco años antes, dependiendo de si se trata de crimen o simple delito, respectivamente.
Posible sanción por quebrantamiento o incumplimiento de sanciones	Se revoca por el solo ministerio de la ley si el sujeto durante su cumplimiento comete un nuevo crimen o simple delito y es condenado por sentencia firme. Incumplimiento grave o reiterado: Revocación o aplicación de otra más grave. Reclusión parcial. Libertad vigilada. Se puede revocar para delitos 443, 436 inciso 1, 440, 443, 443 bis, 448 bis cuando condenado no toma muestra huella genética. Incumplimiento injustificado: Se intensifican las condiciones de la remisión condicional.

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 22. Reclusión parcial

Pena sustitutiva	Reclusión parcial
Concepto	Consiste en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, durante 56 horas semanales. La reclusión parcial podrá ser diurna, nocturna o de fin de semana.
Delitos excluidos	Condenados por crímenes o simples delitos señalados por las Leyes Nºs. 20.000, 19.366 y 18.403.
Condiciones de la pena	Condena no superior a 3 años. Modalidades: Diurna domicilio condenado, durante un lapso de 8 horas diarias y continuas, entre 8 y 22 horas. Nocturna domicilio condenado o establecimiento especial, entre las 22 horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente. Fin de semana encierro en el domicilio del condenado o en establecimiento especial, entre las 22 horas del día viernes y las 6 horas del día lunes siguiente.
Condiciones exigidas al condenado	Sin condena anterior (primerizos). En caso de existir condena, no se considerarán aquellas cumplidas diez o cinco años antes, dependiendo si se trata de crimen o simple delito, respectivamente. Si ha sido condenado, que la pena anterior no exceda de 2 años, o más de una pena que conjuntamente no excedan los 2 años. Además, que no haya sido condenado dos o más veces a reclusión parcial.
Posible sanción por quebrantamiento o incumplimiento de sanciones	Se revoca por el solo ministerio de la ley si el sujeto durante su cumplimiento comete un nuevo crimen o simple delito y es condenado por sentencia firme. Incumplimiento grave o reiterado. Revocación o aplicación de otra más grave se cambia de horario o de domicilio a establecimiento especial. Libertad vigilada. Se puede revocar para delitos 443, 436 inciso 1, 440, 443, 443 bis, 448 bis cuando condenado no toma muestra huella genética. Incumplimiento injustificado. Se intensifican las condiciones de la reclusión parcial.

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 23. Libertad vigilada

Pena sustitutiva	Libertad vigilada
Concepto	Consiste en someter al condenado a un régimen de libertad a prueba, que tenderá a su reinserción social a través de una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado.
Delitos excluidos	Delitos de amenazas, homicidio o lesiones en el contexto de VIF o en el caso de delitos sexuales.
Condiciones de la pena	Condena superior a 2 años y no excede de 3 años o fuere superior a 540 días sin exceder de los 3 años en el caso de microtráfico y manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones menos graves, graves o muerte.
Condiciones exigidas al condenado	Sin condena anterior (primerizos). En caso de existir condenas, no se considerarán aquellas cumplidas diez o cinco años antes, dependiendo de si se trata de crimen o simple delito, respectivamente.
Posible sanción por quebrantamiento o incumplimiento de sanciones	Se revoca por el solo ministerio de la ley si el sujeto durante su cumplimiento comete un nuevo crimen o simple delito y es condenado por sentencia firme. Incumplimiento grave o reiterado. Revocación o aplicación de otra más grave. Libertad vigilada intensiva. Se puede revocar para delitos 443, 436 inciso 1, 440, 443, 443 bis, 448 bis cuando condenado no toma muestra huella genética. Incumplimiento injustificado. Se intensifican las condiciones de la libertad vigilada.

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 24. Libertad vigilada intensiva

Pena sustitutiva	Libertad vigilada intensiva
Concepto	Consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales.
Delitos excluidos	No hay.
Condiciones de la pena	Superior a 3 años y no exceda de 5 años, o fuere superior a 540 días sin exceder los 5 años en el caso de delitos de amenazas, homicidio o lesiones en el contexto de VIF, o en el caso de delitos sexuales.
Condiciones exigidas al condenado	Sin condena anterior (primerizos). En caso de existir condena, no se considerarán aquellas cumplidas diez o cinco años antes, dependiendo de si se trata de crimen o simple delito, respectivamente.
Posible sanción por quebrantamiento o incumplimiento de sanciones	Se revoca por el solo ministerio de la ley si el sujeto durante su cumplimiento comete un nuevo crimen o simple delito y es condenado por sentencia firme. Incumplimiento grave o reiterado. Revocación. Se puede revocar para delitos 443, 436 inciso 1, 440, 443, 443 bis, 448 cuando condenado no toma muestra huella genética. Incumplimiento injustificado. Se intensifican las condiciones de la libertad vigilada intensiva.

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 25. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad

Pena sustitutiva	Prestación de servicios en beneficio de la comunidad
Concepto	Consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de GENCHI.
Delitos excluidos	Adicionalmente, no puede imponerse a alguien condenado por la ley de drogas.
Condiciones de la pena	Pena igual o inferior a 300 días. Esta pena solo procederá en subsidio del resto de las penas sustitutiva.
Condiciones exigidas al condenado	Presenta condenas anteriores que impiden conceder otra pena sustitutiva.
Posible sanción por quebrantamiento o incumplimiento de sanciones	El juez deberá revocar la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad cuando expresamente el condenado solicitare su revocación o por aplicación de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Nº 18.290.

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 26. Expulsión de extranjeros

Pena sustitutiva	Expulsión de extranjeros
Concepto	Consiste en sustituir el cumplimiento de una pena por su expulsión del territorio nacional.
Delitos excluidos	No existen restricciones adicionales.
Condiciones de la pena	Pena igual o inferior a 5 años.
Condiciones exigidas al condenado	Presenta condenas anteriores que impiden conceder otra pena sustitutiva.
Posible sanción por quebrantamiento o incumplimiento de sanciones	En caso de que el condenado regresare al territorio nacional dentro del plazo de diez años, se revocará la pena de expulsión, debiendo cumplirse el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 27. Pena sustitutiva mixta

Pena sustitutiva	Pena mixta
Concepto	Consiste en interrumpir una condena privativa de libertad, por el saldo de pena, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva.
Delitos excluidos	No existen restricciones adicionales.
Condiciones de la pena	Pena privativa de libertad no superior a 5 años y 1 día.
Condiciones exigidas al condenado	Sin condena anterior (primerizos). En caso de existir condena, no se considerarán aquellas cumplidas diez o cinco años antes, dependiendo si se trata de crimen o simple delito, respectivamente. Cumplir un tercio pena. Condenado debe poseer conducta “buena” o “muy buena” en los últimos 3 bimestres en el establecimiento penal.
Posible sanción por quebrantamiento o incumplimiento de sanciones	Nada se dice.

Fuente: Elaboración propia.

De las tablas anteriores se puede concluir que las dos últimas –expulsión de extranjeros y pena mixta– no constituyen en sí mismas penas sustitutivas, pues mediante ellas no se sustituye la pena privativa de libertad otorgada en la sentencia condenatoria.

En efecto, en la expulsión de extranjeros lo que se hace es sustituir el cumplimiento de una pena privativa de libertad efectiva por su expulsión del territorio nacional. Asimismo, en la mal llamada pena mixta lo que se hace es interrumpir una condena privativa de libertad por el saldo de pena, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva.

Análisis crítico del régimen sustitutivo de la remisión condicional de la pena y su interacción con la salida alternativa de la suspensión condicional del procedimiento

La selectividad o selección de casos permite que el sistema de persecución penal pública funcione dentro de parámetros de eficiencia y calidad mínimamente razonable. Esta selección debe ser realizada, en parte significativa, en una etapa muy inicial del procedimiento a través de los mecanismos de discrecionalidad o descongestión que el nuevo sistema procesal penal entrega al Ministerio Público[131].

A lo anterior ayudan las llamadas salidas alternativas. Ellas constituyen una respuesta a la ineficiencia de los sistemas criminales, mediante la introducción de nuevas formas de solución de los conflictos penales o de alternativas distintas a las ya existentes que, por un lado, permitan superar de manera efectiva los innumerables efectos negativos derivados de la utilización del sistema penal, en especial de las penas privativas de libertad, y que, por el otro, se constituyan en una respuesta socialmente más satisfactoria para la comunidad, para la víctima del delito y para el sujeto responsable del mismo.

La suspensión condicional del procedimiento

Es un mecanismo procesal que permite a los fiscales del Ministerio Público, con el acuerdo del imputado y con la aprobación del juez de garantía, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplan ciertos requisitos previstos en la ley y se satisfagan determinadas condiciones fijadas por el juez que permiten suponer que el imputado no volverá a delinquir.

131 Duce y Riego (2002), p. 173.

También se ha dicho que es una salida alternativa al proceso, en virtud de la que se puede detener provisoriamente la persecución penal a favor de una persona imputada por un delito, quedando sometida, dentro de un determinado plazo, al cumplimiento de un conjunto de condiciones impuestas por el juez de garantía. Al término del plazo –si son cumplidas estas condiciones en forma satisfactoria– se extingue la acción penal y, si no lo son o se vuelve a imputar un nuevo delito, se revoca la medida reiniciándose la persecución penal[132].

Como se dijo, la suspensión condicional del procedimiento constituye una manifestación de la búsqueda de soluciones alternativas a las tradicionales del sistema penal, que presenta ventajas para todas las partes involucradas en el proceso: se economiza tiempo y recursos, priorizando la persecución penal, evita los efectos nocivos inherentes a un proceso criminal y la eventual imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad en la sentencia definitiva, además, permite la satisfacción de variados intereses a través de la imposición de condiciones que el imputado deberá cumplir durante el lapso de observación, para la víctima.

Se critica, sin embargo, que constituye una respuesta de carácter sancionatorio impuesta a una persona que no ha sido todavía declarada culpable con todas las garantías del debido proceso.

Procede respecto de delitos que no representan un atentado grave o relevante para el interés público respecto de sujetos sin condenas previas. Su fundamento político-criminal consiste en evitar oportunamente los efectos criminógenos del procedimiento penal y la prisión preventiva respecto de imputados por delitos menores y con bajo o inexistente compromiso delictual previo.

En razón de sus efectos, cobra especial importancia el consentimiento informado del imputado como fundamento de legitimación de estas verdaderas medidas sancionatorias. Por lo mismo, es fundamental que el juez de garantía verifique rigurosamente los presupuestos de aplicación en la respectiva audiencia.

La posibilidad de suspensión puede plantearse durante toda la fase de investigación, desde la formalización de la investigación hasta el cierre de la misma. También pueden discutirse en la fase intermedia, en la audiencia de preparación del juicio oral. Asimismo, y de manera excepcional, hoy se permite que se pida y que pueda decretarse aun cuando haya finalizado

132 Duce y Riego (2002), p. 298.

dicha audiencia y antes del envío del auto de apertura del juicio oral al tribunal de juicio oral en lo penal.

En efecto, el artículo 245 del Código Procesal Penal establece:

> "Oportunidad para pedir y decretar la suspensión condicional del procedimiento o los acuerdos reparatorios. La suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio podrán solicitarse y decretarse en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación. Cuando no se planteare en esa misma audiencia la solicitud respectiva, el juez citará a una audiencia, a la que podrán comparecer todos los intervinientes en el procedimiento.
>
> Una vez declarado el cierre de la investigación, la suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio sólo podrán ser decretados durante la audiencia de preparación del juicio oral.
>
> Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, podrán, excepcionalmente, solicitarse y decretarse la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, aun cuando hubiere finalizado la audiencia de preparación del juicio oral y hasta antes del envío del auto de apertura al tribunal de juicio oral en lo penal. La solicitud se resolverá de conformidad a lo establecido en el artículo 280 bis".

El artículo 237 Código Procesal Penal señala tres requisitos copulativos de procedencia de la suspensión condicional de procedimiento, a saber:

1) Que la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria (pena en concreto), no exceda de tres años de privación de libertad.

2) Que el imputado no haya sido condenado anteriormente (sentencia ejecutoriada) por crimen o simple delito (las condenas por faltas no impiden la procedencia de esta salida alternativa).

3) Que el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.

La ley prevé que tratándose de imputados por delitos de homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto; por los contemplados en los artículos 361 a 366 bis y 367 del Código Penal; por los delitos indicados en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D de la Ley Nº 17.798; por los delitos o cuasidelitos contemplados en otros cuerpos legales que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a),

b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º de la Ley Nº 17.798, y por conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas, el fiscal deberá someter su decisión de solicitar la suspensión condicional del procedimiento al fiscal regional.

Según dispone el artículo 240 del Código Procesal Penal, los efectos de la suspensión condicional son:

- Produce la suspensión del plazo legal para el cierre de la investigación.
- No altera la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal producido como efecto de la formalización.
- Cumplidas las condiciones fijadas durante el plazo de la suspensión, se produce la extinción de la acción penal de pleno derecho, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte sobreseimiento definitivo.
- No se extinguen las acciones civiles de la víctima o de terceros.
- Durante el período de la suspensión, el juez puede modificar una o más de las condiciones impuestas; la decisión la adoptará en audiencia y oyendo a los intervinientes presentes.

Son dos las causas de revocación de esta salida alternativa:

1) Cuando el imputado incumple, sin justificación grave o reiteradamente las condiciones impuestas.

2) Cuando el imputado fuere objeto de una nueva formalización por hechos distintos.

En ambos casos se requiere la declaración judicial para que la revocación opere, y este pronunciamiento solo tendrá lugar cuando lo solicite el fiscal o la víctima. La resolución que se dicte en este sentido es apelable.

Comparativo entre la pena sustitutiva de remisión condicional y la salida alternativa de la suspensión condicional del procedimiento

Si se hace un comparativo entre la suspensión condicional del procedimiento y la pena sustitutiva de remisión condicional, hay lógicamente ciertas semejanzas. Así, ambas operan por regla general para primerizos –excluyéndose las condenas por faltas en la salida alternativa– y ambas requieren un tiempo máximo acotado de penalidad, que no exceda de tres años.

En cambio, solo para la salida alternativa es necesario que no haya otra suspensión condicional vigente previa respecto de ese imputado.

La elección de optar por una salida alternativa, como la suspensión condicional del procedimiento o bien llegar a juicio monitorio o simplificado para delitos de bagatela, dependerá del Ministerio Público.

Con todo, los efectos de una u otra decisión son diametralmente opuestos, pues si un sujeto cumple con las condiciones impuestas, se produce la extinción de la responsabilidad penal; en cambio, un condenado en procedimiento simplificado o monitorio deberá pagar la multa o bien cumplir la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena, quedando con la anotación penal respectiva.

La suspensión de la pena

El artículo 398 del Código Procesal Penal señala:

> "Suspensión de la imposición de condena por falta. Cuando resulte mérito para condenar por la falta imputada, pero concurrieren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. En tal caso, no procederá acumular esta suspensión con alguna de las penas sustitutivas contempladas en la ley Nº 18.216.
>
> Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiere sido objeto de un nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.
>
> Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito".

Esta suspensión de la pena no hay que confundirla ni con la pena sustitutiva de remisión condicional ni con la salida alternativa de la suspensión condicional del procedimiento.

En este caso, el juez o la jueza dicta una sentencia condenatoria por una falta penal en contra de un imputado, y si hay antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la aplicación de la pena, la suspende por seis meses, y si en ese lapso de tiempo no hay un nuevo requerimiento o formalización de la investigación en contra de aquel, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.

Incumplimiento y revocación de penas sustitutivas

Si la sentencia definitiva penal la dicta un juez o una jueza de garantía –ya sea en un procedimiento abreviado o en uno simplificado– y si ese juez o jueza condena al imputado, deberá pronunciarse sobre la concesión o no de una pena sustitutiva. Esa parte de su sentencia es apelable. Lo mismo ocurre con las sentencias en juicio ordinario que dicte una sala de un tribunal de juicio oral en lo penal.

Cualquier pronunciamiento respecto a la revocación, sustitución, reemplazo, reducción, intensificación y término anticipado de las penas sustitutivas que establece la Ley Nº 18.216 y a la interrupción de la pena privativa de libertad a que alude el artículo 33 es apelable para ante el tribunal de alzada respectivo, de acuerdo a las reglas generales. Sobre todas esas materias debe pronunciarse el juez de garantía competente, por ser aquel el juez de cumplimiento.

Según prevé el artículo 24 de la Ley Nº 18.216, una vez que la sentencia condenatoria que dispone una pena sustitutiva queda firme, el juzgado de garantía, dentro de las 48 horas siguientes, debe informar aquello a Gendarmería de Chile.

Asimismo, el juzgado de garantía deberá informar al condenado a una pena sustitutiva su deber de presentarse a Gendarmería de Chile dentro del plazo de cinco días, contado desde que estuviere firme y ejecutoriada la sentencia. Si transcurrido este plazo el condenado no se presentare a cumplir la pena sustitutiva, Gendarmería informará al tribunal de tal situación. Con el mérito de esta comunicación, el juez podrá despachar inmediatamente una orden de detención.

A los incumplimientos de las penas sustitutivas se refiere el artículo 25 de la Ley Nº 18.216. Si ellos fueran graves y/o reiterados, el tribunal deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad.

El juez o la jueza de garantía es quien debe determinar cuándo los incumplimientos de las condiciones impuestas son graves o reiterados. En caso de haber otros incumplimientos –no graves o no reiterados–, el juez o la jueza de garantía deberá imponer la intensificación de las condiciones de la pena sustitutiva.

Quebrantamiento de la pena sustitutiva

Por el solo ministerio de la ley se quebranta una pena sustitutiva si durante su vigencia se comete un crimen o simple delito y hay sentencia condenatoria firme.

El artículo 27 de la Ley Nº 18.216 señala:

> "Las penas sustitutivas reguladas en esta ley siempre se considerarán quebrantadas por el solo ministerio de la ley y darán lugar a su revocación, si durante su cumplimiento el condenado cometiere nuevo crimen o simple delito y fuere condenado por sentencia firme".

En este caso, tal como dispone el artículo 26 de la ley:

> "La decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de un incumplimiento o por aplicación de lo dispuesto en el artículo siguiente, someterá al condenado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas".

Casos de aplicación de la Ley Nº 18.216 y régimen recursivo a su respecto

La última gran modificación de la Ley Nº 18.216 vino a solucionar un problema de antaño, en que se establecía por vía jurisprudencial que las antiguas medidas otorgadas en conformidad a la citada ley no formaban parte de la sentencia y, por ende, no eran recurribles[133]. Esto se solucio-

133 En opinión del profesor Marín González, "se llegó a un escenario paradójico que, creo, no se buscó conscientemente: la sentencia definitiva condenatoria del tribunal de juicio oral en lo penal que concede o deniega alguna de las medidas alternativas reguladas en la Ley Nº 18.216 –remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada– no es susceptible de ulterior revisión. A esta situación se arribó, como indiqué, en primer término debido a una estricta interpretación que, al menos desde fines de los años sesenta, desarrolló la Corte Suprema al declarar inadmisibles los recursos de casación en la forma y en el fondo –existentes bajo el anterior sistema de enjuiciamiento criminal en Chile– con los cuales se impugnaba la sentencia condenatoria de segunda instancia que no había concedido (o había concedido erróneamente) alguna de las medidas alternativas previstas, primero, en la Ley Nº 7.821, y más tarde, en la Ley Nº 18.216. Esta interpretación ha sido reiterada –sin mayor cuestionamiento– a propósito del recurso de nulidad bajo el actual sistema procesal penal, según lo veremos más adelante. El segundo elemento decisivo para arribar a

nó con la modificación introducida por la Ley Nº 20.603, señalándose que ahora se puede recurrir vía apelación en lo que dice relación con las penas sustitutivas.

Artículo 37 de la Ley Nº 20.603:

> "La decisión acerca de la concesión, denegación, revocación, sustitución, reemplazo, reducción, intensificación y término anticipado de las penas sustitutivas que establece esta ley y la referida a la interrupción de la pena privativa de libertad a que alude el artículo 33, será apelable para ante el tribunal de alzada respectivo, de acuerdo a las reglas generales.
>
> Sin perjuicio de lo anterior, cuando la decisión que conceda o deniegue una pena sustitutiva esté contenida formalmente en la sentencia definitiva, el recurso de apelación contra dicha decisión deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación o, si se impugnare además la sentencia definitiva por la vía del recurso de nulidad, se interpondrá conjuntamente con este, en carácter de subsidiario y para el caso en que el fallo del o de los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo relativa a la concesión o denegación de la pena sustitutiva.
>
> Habiéndose presentado uno o más recursos de nulidad, conjuntamente o no con el recurso de apelación, el tribunal a quo se pronunciará de inmediato sobre la admisibilidad de este último, pero sólo lo concederá una vez ejecutoriada la sentencia definitiva condenatoria y únicamente para el evento de que la resolución sobre el o los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo respecto de la concesión o denegación de la pena sustitutiva.
>
> En caso contrario, se tendrá por no interpuesto".

La procedencia del recurso de apelación constituye un gran avance en lo relativo a la concesión, denegación, revocación, sustitución, reemplazo, reducción, intensificación y término anticipado de una pena sustitutiva, que deba decidir un juez o una jueza penal. Ahora, esta parte de la sentencia –que vendrá normalmente después de la pena– deberá ser fundada en torno a la decisión, pues esa decisión de la judicatura ahora es expresamente recurrible por quien se considere afectado; esto es, el condenado, si es que no le dan pena sustitutiva y cree que la merece, o bien cuando

---

esta paradojal situación fue una serie de reformas legislativas que eliminaron, sucesivamente, los otros dos recursos a los que habitualmente se acudía para impugnar la sentencia condenatoria –de primera o segunda instancia– que debía pronunciarse sobre la aplicación de alguna medida alternativa a la privación de la libertad: el recurso apelación, primero, y el de queja, posteriormente". Marín (2008), p. 64.

le dan una más gravosa que la que él pensaba. También podrá recurrir el Ministerio Público cuando se le otorgue, o bien la parte querellante si la hubiere y no estuviere de acuerdo con la decisión del tribunal.

Una de las discusiones que se ha tenido en relación a las penas sustitutivas es si aquella parte del fallo que se refiera a ellas puede ser alcanzada o no por el recurso de nulidad.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de 3 de julio de 2013 (causa Rol Nº 801-2013), indica:

> "Quinto: Que en primer término debe decirse, en cuanto a la causal esgrimida por el actor, que los beneficios, como en el presente caso de la ley Nº 18.216, ante la no concesión de uno de ellos, como en el presente caso, dicha circunstancias no puede ser atacada por un recurso de nulidad como el que se ha utilizado en la especie, debido a que esta materia es una cuestión accesoria de la sentencia dictada, siendo facultativo del tribunal respectivo concederlo o no, dándose los presupuesto que según dicho órgano estima necesario requerir.
>
> Sexto: Que en el caso *sub lite*, debe tenerse presente que, además, la vía correcta para haber impugnado el predicamento del tribunal era el recurso de apelación, según lo dispone el artículo 37 de la ley Nº 20.603, relativa a esta materia, la que entrega dicha opción para reclamar acerca de la denegatoria que como la presente se produjo, no siendo necesario para la aplicación de esta norma, la dictación de un reglamento, como si ocurre para otros aspectos de la citada ley".

Jurisprudencia sobre penas sustitutivas

A continuación, se revisan algunos casos en los que se ha hecho aplicación de penas sustitutivas a modo de graficar lo dicho al respecto.

Las decisiones sobre penas sustitutivas pueden ser alcanzadas por la vía del recurso de nulidad

Al efecto, en sentencia de 2 de diciembre de 2013 (Rol Nº 9745-2013), la Corte Suprema señaló:

> "Decimosexto: Que si bien el artículo 37 de la ley Nº 18.216 establece un recurso de apelación subsidiario para reclamar de esta decisión cuando se halle inserta en la sentencia, cuyo es el caso, la modificación introducida al artículo 348 del Código Procesal Penal mutó su naturaleza, por lo

que hoy reviste otro carácter, y es así como el nuevo artículo 1º de la ley Nº 18.216 se refiere a los beneficios alternativos como penas, integrantes de la sentencia, de manera que puede ser alcanzada esa parte de la decisión por el recurso de nulidad.

En todo caso, la exigencia de impugnación subsidiaria se encuentra satisfecha, pues el estudio de esa sección del fallo ha de verificarse sólo cuando todos los capítulos de nulidad esgrimidos en los recursos han sido desestimados. En tal sentido, constatado el error de derecho en que incurrió el fallo, se acogerán los recursos por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, toda vez que siendo ajeno el vicio a las formalidades del juicio y a los hechos demostrados, condujo al tribunal oral a la imposición de una pena más grave que la designada en la ley, lo que esta Corte enmendará de la forma establecida en el artículo 385 del Código Procesal Penal".

El no reconocimiento de abonos afecta indebidamente la libertad personal del amparado, en cuanto se lo priva de disminuir el tiempo efectivo de su condena

La Corte Suprema, en sentencia de 1 de septiembre de 2014 (Rol Nº 23363-2014), estableció:

"5. Que, de esta manera, la resolución judicial reclamada por esta vía afecta indebidamente la libertad personal del amparado en cuanto se lo priva de disminuir el tiempo efectivo de su condena, lo que autoriza a esta Corte para adoptar las medidas necesarias a fin de restablecer el imperio del derecho, reconociendo, entonces, proporcionalmente el tiempo efectivo de observancia de la remisión condicional concedida en la causa RIT 5390-2007 por un año, que alcanzó a 10 controles de los 13 impuestos, en relación a los 61 días de presidio menor en su grado mínimo, operación que efectuada permite concluir que el amparado deben reconocérsele 46 días en la satisfacción de la condena impuesta, a los que cabe sumar los tres días de abono que registra conforme la información que remitió la jueza recurrida".

El artículo 34 de la Ley Nº 20.603 contiene una regulación distinta al artículo 49 de la Ley Nº 20.000

En sentencia de 6 de diciembre de 2013, la Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol Nº 308-2013) dijo:

> "Cuarto: Que, para los efectos de resolver la cuestión que ha sido planteada, cabe precisar, en primer lugar, que la normativa contenida en el artículo 34 de la ley Nº 20.603, que modificó la ley Nº 18.216, contiene una regulación distinta de la contemplada en el artículo 49 de la ley Nº 20.000, según se pasa a explicar. En efecto, el artículo 34 de la ley Nº 20.603 establece un beneficio distinto de los que contemplaba la ley Nº 18.216, el cual es la expulsión, en el caso del artículo 34, referido en el artículo 1º letra e) de esa normativa y que precisamente es regulada en tal disposición. En concreto esta norma, señalada como 'regla especial aplicable a los extranjeros', indica que el beneficio procederá si la condena es igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo, o sea, establece un rango de penalidad para hacer aplicación del beneficio y no está supeditado al tipo de delito que se pudiera haber cometido, por lo que al no existir dicha exclusión, tratándose de este beneficio, perfectamente se puede aplicar a los condenados por tráfico ilícito de estupefacientes. De lo contrario la ley Nº 20.603 o en concreto el artículo 34 de la misma, hubieran señalado tal exclusión".

En la reclusión parcial el juez preferirá ordenar su ejecución en el domicilio del condenado

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia de 30 de mayo de 2014 (Rol Nº 144-2014), señaló:

> "Quinto: Que el sistema creado por la ley Nº 20.603 abandona el sistema de la reclusión nocturna en centros penales, estableciendo una nueva pena sustitutiva en su lugar como es la reclusión parcial, sanción que resulta más favorable al sentenciado, toda vez que la privación de libertad parcial se cumple por regla general en el domicilio del imputado.
>
> Sexto: Que la normativa vigente está referida a las penas sustitutivas y no a un beneficio, es decir a una sanción cuyo correlato fáctico material implica su conocimiento y ejecución según la forma que dispone la propia ley Nº 18.216 modificada por la ley Nº 20.603, esto es, en el domicilio del condenado".

La decisión de otorgar beneficios de la Ley Nº 18.216 es facultativa de los jueces del fondo, pero dentro de los márgenes de la ley

La Corte Suprema, en sentencia de 14 de mayo de 2013 (Rol Nº 3006-2013), establece:

"6. Que por último, cabe señalar que si bien la decisión de otorgar beneficios de la ley Nº 18.216 es facultativa para los jueces del fondo, dicha prerrogativa debe ejercerse dentro de los márgenes que establece la ley, situación que no ha ocurrido en la especie desde que la decisión del tribunal recurrido de mantener una forma de cumplimiento que implica privación parcial de libertad al amparado, en lugar de otorgar la remisión condicional, se ha adoptado en base a supuestos legalmente improcedentes y, por tanto, fuera del ámbito de sus atribuciones".

Procede recibir un documento en apelación de una sentencia por pena sustitutiva

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en la causa Rol Nº 494-2015, en sentencia de 6 de abril de 2015, refiere:

"El tribunal, en voto de mayoría, acuerda tener por acompañado el documento en cuestión, considerando para ello que estamos en presencia de un recurso de apelación en que es dable discutir cuestiones de hecho y de derecho en que el fundamento de la apelación es precisamente el documento que se pretende acompañar, lo que ha sido efectuado en audiencia, y que puesto en conocimiento del Ministerio Público, este ha señalado que se somete a la decisión de la Corte.

En consecuencia, se tiene por acompañado el documento consistente en Informe de Factibilidad Técnica de Monitoreo Telemático Folio 14913, extendido por el Jefe del Departamento de Monitorio Telemático de Gendarmería de Chile, el que concluye 'hay factibilidad técnica'.

Acordado en esta parte con el voto en contra de la ministro Sra. Inés María Letelier Ferrada, quien estuvo por no tener por acompañado en documento en cuestión, pues en su concepto, el documento acompañado requiere de una ponderación de fondo que le compete en este caso a los sentenciadores del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, debiendo, además el documento haber sido presentado en la oportunidad prevista del artículo 343 del Código Procesal Penal, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 23 bis inciso quinto de la ley Nº 18.216, por lo que el mismo resulta ser extemporáneo".

Procede una pena sustitutiva de remisión para condenas por microtráfico (inferiores a 540 días)

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, en sentencia de 26 de febrero de 2015 (RIT Nº 8-2015), expuso las siguientes razones para la procedencia de la pena sustitutiva:

"1. Primero, por una razón de texto, esto es, que el artículo 4º inciso final de la ley Nº 18.216 se remite expresamente al artículo 15 letra b) de la misma, donde si bien se cita el delito de microtráfico, se agrega que su pena privativa o restrictiva de libertad debe ser superior a 540 días y no exceder de tres años. Por lo tanto, cuando el legislador hizo que una norma se remitiera a otra, quiso limitar la remisión condicional no a cualquier delito de microtráfico sino que sólo a aquellos donde la pena efectiva fuera en definitiva superior a 540 días, lo que a contrario *sensu*, significa que si la sanción es igual o inferior a dicha cuantía, la pena sustitutiva de remisión condicional es procedente. Si así no fuera, la remisión al artículo 15 letra b) citado no tendría sentido; hubiera bastado que el artículo 4º inciso final señalado se hubiera remitido directamente al delito del artículo 4º de la ley Nº 20.000 –y no al artículo 15 letra b) de la ley Nº 18.216–, lo que habría significado, sin discusión que respecto del delito de microtráfico de drogas nunca sería procedente la remisión condicional, cualquiera fuera su sanción in concreto.

2. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la ley Nº 18.216 es actualmente una ley que establece penas y no simples beneficios extra penitenciarios como antes. Esto implica que está severamente sometida al principio de legalidad constitucional, una de cuyas consecuencias es que las reglas deben interpretarse en forma restrictiva, lo que a su vez significa concluir que cuando el artículo 4º inciso final de la ley Nº 18.216 se remite al artículo 15 letra b) de la misma, se está refiriendo estrictamente a lo que dispone esta última norma y no al delito de microtráfico en general, cualquiera sea su pena. Considerarlo de otra manera, sería admitir una interpretación amplia de las disposiciones legales.

3. En tercer término, la correcta interpretación de la ley no puede desatender los elementos lógico y sistemático, esto es, las normas deben considerarse de tal forma que tengan un correcto sentido, correspondencia y armonía, en el contexto de la propia ley y también en relación con otras que se relacionen con el mismo asunto. En este caso, de interpretarse la regla del artículo 4º inciso final de la ley Nº 18.216 conforme a la primera postura indicada en el párrafo anterior, se daría el absurdo que la sanción del delito de microtráfico de drogas nunca podría ser sustituida por la pena de remisión condicional, pero si el ilícito fuera tráfico de drogas del artículo 3 de la ley Nº 20.000 –que es más grave que el del artículo 4º–, y la pena, por ejemplo, se fijara en presidio menor en su grado mínimo o incluso en presidio menor en su grado medio (hasta 3 años), la remisión condicional sería procedente. Lo anterior, porque el artículo 4º inciso final de la ley Nº 18.216, al citar el artículo 15 letra b) de la misma, se está

remitiendo al delito del artículo 4º de la ley Nº 20.000 (microtráfico) y no al del artículo 3º de la misma (tráfico). En otras palabras, si un micro traficante de un (1) gramo de marihuana es condenado a una pena de prisión o a presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días), no procedería la remisión condicional; en cambio, si un traficante de 30 kilos de cocaína llegara a ser condenado a las mismas sanciones o a castigos mayores, como presidio menor en su grado medio (541 días a tres años), la remisión condicional sería perfectamente procedente. No puede estimarse que el legislador haya querido por razones de política criminal que una pena ínfima de un delito de microtráfico de drogas no pueda ser sustituida por remisión condicional y que una pena igual o más severa de un delito de tráfico de drogas (que es más grave), sí pueda serlo.

4. Finalmente, debe tenerse presente que no existe aún una solución definitiva o unánime de la doctrina y la jurisprudencia respecto de las dos posturas señaladas, lo que implica que existiendo una duda razonable respecto del tema, debe optarse por la interpretación que resulte más favorable al condenado, precisamente porque se está aplicando una ley penal sustantiva (crea y regula penas). En este caso, es más favorable aplicar la pena sustitutiva de remisión condicional que las de reclusión parcial o cualquier libertad vigilada".

La resolución que intensifica una pena sustitutiva no equivale a una revocación o a su quebrantamiento

En el voto en contra de una decisión de la Corte Suprema se dispuso:

"Santiago, veintitrés de agosto de dos mil veintidós.

A los escritos folios 95070-2022 y 103410-2022: a todo, téngase presente.

Vistos: Se confirma la sentencia apelada de cinco de agosto de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en el Ingreso Corte 309-2022. Acordada con el voto en contra del ministro señor Llanos, quien fue de la opinión de revocar la resolución recurrida y acoger la acción constitucional impetrada, teniendo presente para ello las siguientes consideraciones:

1) Que, atendido lo dispuesto en los artículos 97 y 98 del Código Penal, cuando se solicita la prescripción de la pena, el tribunal debe estarse a la efectivamente impuesta por la sentencia en el caso concreto a efectos de establecer la concurrencia de los requisitos necesarios para declararla. Ello por cuanto el artículo 97 ya citado dice expresamente: 'Las penas impuestas por sentencia ejecutoriada prescriben', en tanto que el artículo

98 ordena que el cómputo del plazo se haga desde la fecha de la sentencia de término, de modo que ha de estarse al castigo impuesto en el fallo y no a su extensión en abstracto, conforme señala el respectivo tipo penal.

2) Que el amparado fue condenado con fecha once de enero de dos mil diecisiete, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio por su responsabilidad como autor del delito de desempeñarse en la conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad con la licencia de conducir suspendida, previsto y sancionado en los artículos 196, 110 y 209 de la ley Nº 18.290, certificándose por el ministro de fe que el fallo quedó ejecutoriado el 11 de enero de 2017.

3) Que la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, conforme al artículo 21 del Código Penal es una pena de simple delito, la que prescribe, por ende, según dispone el artículo 97 del mismo texto, en cinco años, desde que los plazos establecidos en dicho artículo 97 para los crímenes, simples delitos y falta 'deben determinarse sobre la base de las penas impuestas por la sentencia respectiva, es decir, en concreto' (Cury. Derecho Penal, Parte General. Ed. Universidad Católica de Chile, 8a ed., 2005, p. 805).

4) Que el artículo 25 número 1 de la ley Nº 18.216 dispone que 'para determinar las consecuencias que se impondrán en caso de incumplimiento del régimen de ejecución de las penas sustitutivas de que trata esta ley, se observarán las siguientes reglas: 1.- Tratándose de un incumplimiento grave o reiterado de las condiciones impuestas y atendidas las circunstancias del caso, el tribunal deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad'. Del tenor de la norma transcrita se desprende que el tribunal para el caso de incumplimiento grave o reiterado de una pena sustitutiva puede revocarla o reemplazarla por otra de mayor intensidad, por lo que, teniendo presente que la resolución de cuatro de diciembre de dos mil diecisiete intensificó la pena sustitutiva, debe concluirse que no la revocó y por consiguiente, no puede sostener que existió un quebrantamiento de la sanción.

5) Que, así las cosas, el Juzgado de Letras y Garantía de Quellón, ha actuado contraviniendo las normas antedichas al rechazar declarar la prescripción de la pena en el caso en estudio por estimar que existió un quebrantamiento del cumplimiento de la pena, al entender, equivocadamente como se ha explicado antes, que la resolución que intensificaba la pena sustitutiva equivalía a una revocación y quebrantamiento de la misma, lo que no acontece en la especie, exponiendo a este a verse privado de su libertad personal para cumplir la sanción primitivamente impuesta, sin considerar que se encuentra extinguida por prescripción, peligro

que deberá suprimirse acogiendo el recurso y adoptando las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho.

Regístrese y devuélvase. Rol 59.968-2022 pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S. y Abogada Integrante Pía Verena Tavolari G. Santiago, veintitrés de agosto de dos mil veintidós".

Capítulo 8

Derecho penitenciario: el gran ausente

Concepto de derecho penitenciario

Previo al análisis de la necesidad de una real justicia penitenciaria en Chile, se debe precisar qué es el derecho penitenciario. Rodríguez Alonso –citado por Fernández Ponce[134]– lo ha definido como "el conjunto de normas que regulan la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad y la relación jurídica que surge como consecuencia de la detención y prisión provisional".

Entre nosotros, para Fernández Ponce, el derecho penitenciario:

> "Es la relación jurídica penitenciaria y entenderemos por esta disciplina el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones que se producen entre el Estado (representada por la Administración Penitenciaria en su sentido amplio) y la población penal (personas detenidas, sujetas a prisión preventiva y condenadas), que surgen desde el ingreso del imputado o condenado a un establecimiento penitenciario hasta que se revoca o deja sin efecto la medida cautelar personal o se obtenga la libertad definitiva por el cumplimiento de la pena privativa de libertad"[135].

Como se aprecia, esta rama del derecho es la que se encarga de la relación jurídica entre la administración penitenciaria y el penado, entendiéndose por tal al imputado en prisión preventiva y al condenado. Los problemas habidos entre ambos deberían quedar a cargo de tribunales contencioso administrativos de los que carecemos en Chile. Al no tener una justicia de cumplimiento especializada, esa labor recae en los tribunales penales, principalmente en los juzgados de garantía y, de manera excepcional, en los tribunales de juicio oral, conforme lo autorizan los artículos 10 y 150 del Código Procesal Penal.

Por la vía de la llamada *cautela de garantías*, el imputado en prisión preventiva es puesto a disposición del tribunal oral por parte del juez de

134 Fernández (2019), p. 26.
135 Fernández (2019), p. 27.

garantía una vez que remite el auto de apertura de juicio oral al tribunal. Lo anterior, mientras se haga el juicio y hasta que la sentencia que allí se dice quede ejecutoriada. En caso de ser condenatoria, la competencia vuelve al juez o a la jueza de garantía, conforme lo dispone el artículo 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales.

El derecho penitenciario se constituye como un gran ausente en Chile, porque la necesidad de contar con jueces especializados en ejecución de las penas es una demanda histórica en el ámbito penal.

La falta de jueces especializados tiene dos problemas muy relevantes: por una parte, la peligrosa administrativización –a falta de judicatura– de todas las situaciones que suceden dentro de los recintos penitenciarios, incluyendo aquellas que pueden revestir caracteres de delito, y por otra parte, las dificultades de cumplir con obligaciones de reinserción y rehabilitación de los reclusos.

En este apartado se revisan las obligaciones internacionales vigentes para el país en este ámbito, la normativa nacional, las finalidades de rehabilitación y reinserción y, por último, se hace referencia a algunas normas de ejecución de penas.

Los tratados internacionales ratificados por Chile en el contexto penitenciario

El Estado de Chile no ha cumplido con sus compromisos internacionales en materia de justicia penitenciaria. Así ha sido informado por relatores de Naciones Unidas en materias de derechos humanos y, específicamente, en el contexto del Comité Contra la Tortura[136].

Los estándares internacionales en esta materia no han sido cumplidos a cabalidad por el Estado que tiene bajo su custodia a las personas privadas de libertad. Desde la literatura especializada se ha advertido que en Chile se observa "una exclusión del estado de derecho en las cárceles nacionales, manifestada notoriamente en la ausencia de legalidad de la ejecución de las penas privativas de libertad y en la (aún) débil jurisdiccionalidad de los actos abusivos de la administración penitenciaria"[137].

En Chile, la falta de justicia penitenciaria y de cumplimiento de los estándares internacionales en la materia pone a las personas privadas de libertad en una situación de desmedro tanto en la protección de sus

136 Comité para la Prevención de la Tortura (2021), p. 6.
137 Horvitz (2018), p. 945.

derechos como en las posibilidades de reinserción. Para Horvitz, esta situación de desmedro se trataría solo de la neutralización de personas que se estiman como peligrosas, más similares al fundamento de una medida de seguridad que de una pena. La autora plantea:

> "[H]ablar de pena en estos casos constituye un fraude de etiquetas, pues aquello que se denomina 'pena privativa de libertad' no es más que una medida de seguridad dirigida a la inocuización de quienes son considerados un 'peligro para la sociedad'. En este ámbito no gobierna el estado de derecho, sino que reina el estado de naturaleza"[138].

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En este contexto, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala:

> "Artículo 10.
> 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
> 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.
> b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.
> 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica".

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Por su parte, el artículo 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula el derecho a la integridad personal y dispone:

> "Artículo 5. Derecho a la integridad personal
> 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

138 Horvitz (2018), p. 946.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela)

El tratamiento de los reclusos debe ser siempre conforme a su dignidad como seres humanos. La Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen la fuerza suficiente para traspasar los muros de las prisiones, por lo que dentro de ellas debiera imperar todo el derecho.

En consecuencia, rigen para los reclusos, condenados y privados de libertad todas y cada una de las garantías establecidas en la Constitución, salvo la de la libertad ambulatoria que está restringida por una sentencia firme penal de carácter condenatorio.

Si somos capaces de advertir, las Reglas Mandela reglamentan de forma más acabada, en algunos casos, las mismas garantías que se consagran en nuestra Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

A continuación, se transcriben algunas de las 122 Reglas Mandela[139].

139 La Asamblea General adoptó, en diciembre del 2015, la revisión de las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos". El grupo de expertos recomendó que las reglas revisadas fueran también denominadas "Reglas Nelson Mandela" en homenaje al legado del difunto presidente de Sudáfrica, Nelson Rolihlahla Mandela, quien pasó 27 años en prisión durante su lucha por los derechos humanos, la igualdad, la democracia y la promoción de una cultura de paz a nivel mundial.

Regla 1

Alude a la idea central de que los reclusos deben ser respetados en su dignidad como seres humanos:

> "Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes".

La dignidad de la persona humana es central, por ello no se permiten torturas ni apremios ilegítimos. La propia Constitución Política de la República de Chile, en el artículo 1º, señala que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Luego, en el artículo 19 número 1 asegura a todas las personas: "El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica", y prohíbe expresamente la aplicación de todo apremio ilegítimo.

El Código Procesal Penal, en el artículo 93, regula los derechos y garantías del imputado y en la letra h) dispone:

> "Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial, tendrá derecho a:
> […]
> h) No ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes".

Regla 2

Las Reglas Mandela deben ser respetadas para todos los reclusos, sin que sea posible discriminar por ningún motivo. Para aplicar el principio de no discriminación, las cárceles deben tener en cuenta las necesidades individuales de todos los reclusos:

> "1. Las presentes reglas se aplicarán de forma imparcial. No habrá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Deberán respetarse las creencias religiosas y preceptos morales de los reclusos.

> 2. Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias".

Las Reglas Mandela se aplican a todos los reclusos sin diferencias motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra especie, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

En esa línea, el artículo 19 número 2 de la Constitución chilena asegura a todas las personas: "La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados".

Regla 3

Las cárceles no deben agravar el sufrimiento del recluso por su separación del mundo exterior y por la privación de su libertad. La excepción a esta regla son las medidas de separación justificadas y las necesarias para mantener la disciplina dentro del recinto penitenciario.

En atención a la Regla 3, todos los castigos impuestos al interior de las prisiones deben, en la medida de lo posible, tener una duración limitada si se trata de prohibiciones de visita o encierros en celdas de castigo.

> "La prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad. Por lo tanto, a excepción de las medidas de separación justificadas y de las que sean necesarias para el mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos inherentes a tal situación".

Regla 4

Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia.

La reinserción debe ser un objetivo clave durante el período de privación de libertad.

> "1. Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reinciden-

cia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo.

2. Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos".

Regla 5

El régimen penitenciario debe reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que debilitan el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano.

Se protege también la discapacidad de los reclusos.

"1. El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano.

2. Las administraciones penitenciarias facilitarán todas las instalaciones y acondicionamientos razonables para asegurar que los reclusos con discapacidades físicas, mentales o de otra índole participen en condiciones equitativas y de forma plena y efectiva en la vida en prisión".

En esa línea, el artículo 94 letra g) del Código Procesal Penal señala:

"El imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos:

[…]

g) A tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare".

Regla 6

Todos los lugares donde hay reclusos deben tener un buen sistema de información interna de los reclusos.

La información sobre los reclusos es clave para organizarlos dentro del penal y ella siempre debe ser reservada.

> "En todo sitio donde haya reclusos habrá un sistema normalizado de gestión de sus expedientes. Ese sistema podrá consistir en una base electrónica de datos o en un registro foliado y firmado en cada página. Se establecerán procedimientos para velar por una pista de auditoría segura e impedir el acceso no autorizado a la información del sistema y su modificación no autorizada".

Regla 7

Nadie puede ser internado en una cárcel sin una orden válida. En el sistema de gestión de expedientes debe estar incluida información valiosa del recluso cuando ingresa al establecimiento:

> "Ninguna persona podrá ser internada en un establecimiento penitenciario sin una orden válida de reclusión. En el sistema de gestión de los expedientes de los reclusos se consignará la información siguiente en el momento del ingreso de cada recluso:
> a) información precisa que permita determinar la identidad personal del recluso, respetando el género con el que el propio recluso se identifique;
> (b) los motivos de su reclusión y la autoridad competente que la dispuso, además de la fecha, la hora y el lugar de su detención;
> c) la fecha y hora de su ingreso y salida, así como de todo traslado;
> d) toda lesión visible y toda queja sobre malos tratos anteriores;
> e) un inventario de sus bienes personales;
> f) los nombres de sus familiares, incluidos, cuando proceda, sus hijos, y la edad de estos, el lugar en que se encuentran y su régimen de tutela o custodia;
> g) información sobre sus familiares más cercanos y datos de la persona de contacto para casos de emergencia".

Todos los reclusos que están privados de libertad deben estar allí con una orden válida de prisión preventiva o bien una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada.

El artículo 19 número 7 de la Constitución Política de la República de Chile asegura a todas las personas: "El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual".

En consecuencia:

1) Nadie puede ser privado ni restringido de su libertad personal sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes.

2) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto. Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público.

Al respecto, el Código Procesal Penal, en su artículo 133 dispone:

> "Ingreso de personas detenidas. Los encargados de los establecimientos penitenciarios no podrán aceptar el ingreso de personas sino en virtud de órdenes judiciales".

Regla 11

Los reclusos pertenecientes a distintas categorías deben ser alojados en establecimientos diferentes o en edificios diferentes dentro de un mismo establecimiento, de acuerdo con su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponde aplicarles.

> "Los reclusos pertenecientes a categorías distintas deberán ser alojados en establecimientos diferentes o en pabellones diferentes dentro de un mismo establecimiento, según su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles; por consiguiente:
>
> a) los hombres serán recluidos, en la medida de lo posible, en establecimientos distintos a los de las mujeres y, en los establecimientos mixtos, el pabellón destinado a las mujeres estará completamente separado del de los hombres;
>
> b) los reclusos en espera de juicio estarán separados de los penados;
>
> c) los encarcelados por deudas u otras causas civiles estarán separados de los encarcelados por causas criminales;
>
> d) los jóvenes estarán separados de los adultos".

Dentro del penal, la clasificación de los reclusos es clave. Las tareas de clasificación son realizadas por Gendarmería de Chile.

Regla 24

El Estado tiene la responsabilidad de dar servicios médicos a los reclusos. Los reclusos deben gozar de los mismos niveles de atención sanitaria disponibles afuera del establecimiento.

> "1. La prestación de servicios médicos a los reclusos es una responsabilidad del Estado. Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica.
> 2. Los servicios médicos se organizarán en estrecha vinculación con la administración del servicio de salud pública general y de un modo tal que se logre la continuidad exterior del tratamiento y la atención, incluso en lo que respecta al VIH, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas, y la drogodependencia".

El Estado sigue siendo responsable del estado de salud de los reclusos. La Constitución chilena, en el artículo 19 número 9 asegura a *todas* las personas:

> "El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo".

Regla 28

En los establecimientos penitenciarios para mujeres debe haber instalaciones especiales para cuidar y tratar a las reclusas durante su embarazo, el parto e inmediatamente después.

> "En los establecimientos penitenciarios para mujeres habrá instalaciones especiales para el cuidado y tratamiento de las reclusas durante su embarazo, así como durante el parto e inmediatamente después. En la medida de lo posible, se procurará que el parto tenga lugar en un hospital civil. Si el niño nace en prisión, no se hará constar ese hecho en su partida de nacimiento".

El Estado debe velar por las reclusas embarazadas y proteger un parto seguro y digno. En la actualidad se ha visto que estos casos no han sido solucionados por Gendarmería de Chile, por lo que se hace hincapié en que deben respetarse dichas reglas.

Regla 29

La decisión de permitir que un niño permanezca con su madre o padre en el establecimiento penitenciario se debe basar en el interés superior del niño.

"1. Toda decisión de permitir que un niño permanezca con su madre o padre en el establecimiento penitenciario se basará en el interés superior del niño. Cuando los niños puedan permanecer con su madre o padre, se tomarán disposiciones para:
a) facilitar servicios internos o externos de guardería, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por su madre o padre;
b) proporcionar servicios de atención sanitaria especiales para niños, incluidos servicios de reconocimiento médico inicial en el momento del ingreso y servicios de seguimiento constante de su desarrollo a cargo de especialistas.
2. Los niños que vivan en el establecimiento penitenciario con su madre o padre nunca serán tratados como reclusos".

Regla 36

Para mantener la disciplina y el orden no se deben imponer más limitaciones que las necesarias para garantizar la custodia segura de los reclusos:

"La disciplina y el orden se mantendrán sin imponer más restricciones de las necesarias para garantizar la custodia segura, el funcionamiento seguro del establecimiento penitenciario y la buena organización de la vida en común".

La disciplina es permitida solo por razones de seguridad.

Regla 37

La ley o el reglamento de la autoridad administrativa competente debe determinar: las conductas que son faltas disciplinarias; el carácter y la duración de estas y la autoridad que puede imponer esas sanciones:

"La ley pertinente, o el reglamento de la autoridad administrativa competente, determinarán en cada caso:
a) las conductas que constituyen una falta disciplinaria;
b) el carácter y la duración de las sanciones disciplinarias aplicables;
c) la autoridad competente para imponer esas sanciones;
d) toda forma de separación forzosa del resto de la población reclusa (como el aislamiento, la incomunicación, la segregación y los módulos de vigilancia especial o de semiaislamiento), ya sirva como sanción disciplinaria o para mantener el orden y la seguridad, incluida la aprobación

de normas y procedimientos relativos al uso, la revisión, la imposición o el levantamiento de cualquier régimen de separación forzosa".

Las conductas indebidas deben estar señaladas y ser conocidas de antemano por los reclusos, así como las sanciones que lleva aparejada la realización de alguna de estas conductas.

Regla 43

Las sanciones disciplinarias que se impongan los reclusos no pueden ser iguales a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

"1. Las restricciones o sanciones disciplinarias no podrán, en ninguna circunstancia, equivaler a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, quedarán prohibidas las siguientes prácticas:
a) el aislamiento indefinido;
b) el aislamiento prolongado;
c) el encierro en una celda oscura o permanentemente iluminada;
d) las penas corporales o la reducción de los alimentos o del agua potable;
e) los castigos colectivos.
2. En ningún caso se utilizarán métodos de coerción física como sanción por faltas disciplinarias.
3. Entre las sanciones disciplinarias o medidas restrictivas no podrá figurar la prohibición del contacto con la familia. Solo se podrán restringir los medios de contacto familiar por un período limitado y en la estricta medida en que lo exija el mantenimiento de la seguridad y el orden".

Regla 44

El aislamiento refiere a la separación del recluso durante un determinado lapso de tiempo manteniéndolo alejado del resto de la población penal.

"A los efectos de las presentes reglas, por aislamiento se entenderá el aislamiento de reclusos durante un mínimo de 22 horas diarias sin contacto humano apreciable. Por aislamiento prolongado se entenderá el aislamiento que se extienda durante un período superior a 15 días consecutivos".

La Constitución Política de la República de Chile, en su artículo 19 número 7, asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito.

Regla 47

Está prohibido el uso de cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física degradantes o que causan dolor en los reclusos.

> "1. Se prohibirá el empleo de cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor.
> 2. Otros instrumentos de coerción física solo podrán ser utilizados cuando la ley los autorice y en los siguientes casos:
> a) como medida de precaución contra la evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en el momento en que el recluso comparezca ante una autoridad judicial o administrativa;
> b) por orden del director del establecimiento penitenciario, si han fracasado los demás métodos de control, a fin de impedir que el recluso se lesione a sí mismo o lesione a terceros, o que produzca daños materiales, en cuyos casos el director deberá alertar inmediatamente al médico u otros profesionales de la salud competentes e informar a la autoridad administrativa superior".

La realidad chilena, después de fugas de presos en dependencias de tribunales, ha llevado a que en la práctica –y por medidas de seguridad– se mantengan medidas de seguridad como el uso de cadenas, grilletes u otros dispositivos, los están aceptados solo por medidas de seguridad en traslados y durante las audiencias.

Regla 61

Se debe facilitar a los reclusos la oportunidad, el tiempo y las instalaciones adecuadas para recibir visitas de sus defensores.

Los reclusos tienen derecho a acceder a asistencia jurídica efectiva. Todo recluso tiene derecho a una adecuada defensa técnica.

> "1. Se facilitarán a los reclusos oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un asesor jurídico o proveedor de asistencia

jurídica de su elección, entrevistarse con él y consultarle sobre cualquier asunto jurídico, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial, de conformidad con la legislación nacional aplicable. El personal penitenciario podrá vigilar visualmente las consultas, pero no podrá escuchar la conversación.

2. Si un recluso no habla el idioma local, la administración del establecimiento penitenciario le facilitará el acceso a los servicios de un intérprete independiente y calificado.

3. Los reclusos tendrán acceso a asistencia jurídica efectiva".

La Constitución Política de la República de Chile, en su artículo 19 número 3, asegura a todas las personas:

"La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley […]".

Por su parte, el artículo 8º del Código Procesal Penal establece:

"Ámbito de la defensa. El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra. Todo imputado que carezca de abogado tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de que tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia de dicho imputado.

El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvas las excepciones expresamente previstas en este Código".

Regla 111

Los reclusos en espera de juicio deben gozar de la presunción de inocencia y deben ser tratados de acuerdo con esa presunción.

> "1. A los efectos de las disposiciones siguientes se denominará "reclusos en espera de juicio" a las personas que se encuentren detenidas o presas en un local de policía o en prisión tras habérseles imputado un delito pero que aún no hayan sido juzgadas.
> 2. Los reclusos en espera de juicio gozarán de la presunción de inocencia y deberán ser tratados de forma consecuente con dicha presunción.
> 3. Sin perjuicio de las disposiciones legales relativas a la protección de la libertad individual o al procedimiento que se deberá seguir respecto a los reclusos en espera de juicio, estos últimos gozarán de un régimen especial que se describe en las reglas que figuran a continuación únicamente en sus aspectos esenciales".

Al respecto, el artículo 4º del Código Procesal Penal dispone:

> "Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme".

Regla 112

Los reclusos en espera de juicio deben estar en espacios separados de los reclusos penados. Además, los reclusos jóvenes en espera de juicio deben estar en espacios separados de los adultos.

> "1. Los reclusos en espera de juicio permanecerán en espacios separados de los reclusos penados.
> 2. Los reclusos en espera de juicio jóvenes permanecerán en espacios separados de los adultos. En principio, se los alojará en establecimientos distintos".

Los reclusos en prisión preventiva deben estar separados de los condenados. Así lo regula el Código Procesal Penal en su artículo 150:

> "Ejecución de la medida de prisión preventiva. El tribunal será competente para supervisar la ejecución de la prisión preventiva que ordenare en las causas de que conociere. A él corresponderá conocer de las solicitudes y presentaciones realizadas con ocasión de la ejecución de la medida.

La prisión preventiva se ejecutará en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizaren para los condenados o, al menos, en lugares absolutamente separados de los destinados para estos últimos.

El imputado será tratado en todo momento como inocente. La prisión preventiva se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto.

El tribunal deberá adoptar y disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad física del imputado, en especial aquellas destinadas a la separación de los jóvenes y no reincidentes respecto de la población penitenciaria de mayor peligrosidad […]".

Reglas de Tokio que regulan la situación de aquellos que cumplen condena en libertad

A continuación, se revisan algunas de las Reglas de Tokio más relevantes a considerar en los aspectos tratados en este apartado[140].

"1.5 Los Estados miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente".

Cabe destacar que todas las normas de penas sustitutivas de la Ley Nº 18.216 son medidas no privativas de libertad.

"2.1 Las disposiciones pertinentes de las presentes reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. A los efectos de las Reglas, estas personas se designarán 'delincuentes', independientemente de que sean sospechosos o de que hayan sido acusados o condenados".

140 Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución Nº 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

Las Reglas de Tokio se aplican a condenados y privados de libertad en espera de juicio.

> "2.2 Las reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición".

Según lo dispuesto en las Reglas de Tokio, no se pueden hacer discriminaciones por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.

> "2.3 A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas".

En el párrafo 6º del Código Procesal Penal, *Otras medidas cautelares personales*, nuestro ordenamiento contempla otras medidas distintas de la prisión preventiva para asegurar los fines del procedimiento. Por ejemplo:

> "Artículo 155.- Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:
> a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquella se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;
> b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;
> c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;
> d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;

e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;
f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa;
g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél;
h) La prohibición de poseer, tener o portar armas de fuego, municiones o cartuchos, y
i) La obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado.
El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.
La procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este párrafo".

Siguiendo con las Reglas de Tokio:

"2.4 Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente".

Se deberán buscar nuevas alternativas a la prisión:

"2.5 Se considerará la posibilidad de ocuparse de los delincuentes en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales, de conformidad con las salvaguardias y las normas jurídicas".

La pena no es la única manera que tiene la sociedad de encargarse de los condenados:

"2.6 Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención".

La privación de libertad debe ser una medida de *ultima ratio*:

"2.7 La utilización de medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos, y no estarán encaminadas a obstaculizar ni a diferir las iniciativas en ese sentido".

Se deben buscar dentro de las posibilidades legales alternativas distintas a la privación de libertad.

En ese contexto, el artículo 139 del Código Procesal Penal dispone:

> "Procedencia de la prisión preventiva. Toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.
> La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad".

La regla 3.4 de las reglas de Tokio señala:

> "3.4 Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, requerirán su consentimiento".

Al restringir otros derechos del condenado debe consultársele antes de la imposición de una medida no privativa de libertad:

> "3.5 Las decisiones sobre la imposición de medidas no privativas de la libertad estarán sometidas a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, a petición del delincuente".

Las decisiones sobre medidas no privativas de libertad serán revisables por alguna autoridad judicial o administrativa:

> "6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima".

La prisión preventiva es una herramienta de último recurso. Antes habrá que aplicar otras medidas cautelares de menor intensidad:

> "7.1 Cuando exista la posibilidad de preparar informes de investigación social, la autoridad judicial podrá valerse de un informe preparado por un funcionario u organismo competente y autorizado. El informe contendrá información sobre el entorno social del delincuente que sea pertinente al tipo de infracción que comete habitualmente el individuo y a los delitos que se le imputan. También deberá contener información y recomendaciones que sean pertinentes al procedimiento de fijación de condenas. Deberá ceñirse a los hechos y ser objetivo e imparcial; toda apreciación personal tendrá que formularse claramente como tal".

Los informes sociales o psicosociales son relevantes para la toma de decisiones sobre reclusos:

> "8.1 La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda".

Para decisiones judiciales no privativas de libertad se tendrán presente las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima:

> "10.1 El objetivo de la supervisión es disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente en su reinserción social de manera que se reduzca a un mínimo la probabilidad de que vuelva a la delincuencia".

La supervisión de los reclusos tiene como objetivo evitar la reincidencia de los mismos:

> "11.1 La duración de las medidas no privativas de la libertad no superará el plazo establecido por la autoridad competente de conformidad con la ley".

Las medidas no privativas de libertad deben tener plazos acotados y respetarse:

> "11.2 Estará prevista la interrupción anticipada de la medida en caso de que el delincuente haya reaccionado positivamente a ella".

Una medida puede terminar anticipadamente si el recluso ha reaccionado positivamente a ella, pues eso significa que ha cumplido sus fines.

Reglas de Bangkok para visibilizar y mejorar la situación de las mujeres privadas de libertad

La mayoría de las reglas siguientes ponen énfasis en la situación de las mujeres, sus hijos o hijas y su entorno familiar. Pretenden protegerlas a ellas y a su entorno, disponiendo, por ejemplo, encierro en lugares cerca de sus hogares y acceso a los medios que les permitan reunirse con sus familiares, recibir asesoramiento jurídico y ser informadas sobre el reglamento, el régimen penitenciario y las instancias a las que recurrir en caso de necesitar ayuda en un idioma que comprendan, y, en el caso de las extranjeras, deberán también tener acceso a sus representantes consulares.

A continuación, se revisan algunas de las Reglas de Bangkok[141] relevantes para el tema tratado en este apartado, considerando que no sustituyen en modo alguno a las Reglas Mandela ni a las Reglas de Tokio. Así, pues, todas las disposiciones de esos instrumentos siguen aplicándose a todos los reclusos y delincuentes sin discriminación.

Regla 1

> "A fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6º de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes reglas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria".

Regla 2

> "1. Se deberá prestar atención adecuada a los procedimientos de ingreso de las mujeres y los niños, particularmente vulnerables en ese momento. Las reclusas recién llegadas deberán tener acceso a los medios que les permitan reunirse con sus familiares, recibir asesoramiento jurídico, y ser informadas sobre el reglamento, el régimen penitenciario y las instancias a las que recurrir en caso de necesitar ayuda en un idioma que comprendan, y, en el caso de las extranjeras, deberán también tener acceso a sus representantes consulares.
> 2. Antes de su ingreso o en el momento de producirse, se deberá permitir a las mujeres con niños a cargo adoptar disposiciones respecto de ellos, previéndose incluso la posibilidad de suspender la reclusión por un período razonable, en función del interés superior de los niños".

Regla 3

> "1. En el momento del ingreso, se deberá consignar el número de los hijos de las mujeres que ingresan en prisión y la información personal

141 Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, de 21 de diciembre de 2010, que fueron aprobadas sin votación (A/RES/65/229).

sobre ellos. En los registros deberá constar, sin que ello menoscabe los derechos de la madre, como mínimo el nombre de cada niño, su edad y, en caso de que no acompañen a su madre, el lugar en que se encuentran y su régimen de tutela o custodia.

2. Se dará carácter confidencial a toda información relativa a la identidad de los niños y al utilizarla se cumplirá invariablemente el requisito de tener presente su interés superior".

Regla 4

"En la medida de lo posible, las reclusas serán enviadas a centros de reclusión cercanos a su hogar o sus centros de rehabilitación social, teniendo presentes sus responsabilidades de cuidado de otras personas, así como sus preferencias y la disponibilidad de programas y servicios apropiados".

Regla 5

"Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación".

Regla 6

"El reconocimiento médico de las reclusas comprenderá un examen exhaustivo a fin de determinar sus necesidades básicas de atención de salud, así como determinar:

a) La presencia de enfermedades de transmisión sexual o de transmisión sanguínea y, en función de los factores de riesgo, se podrá ofrecer también a las reclusas que se sometan a la prueba del VIH, impartiéndose orientación previa y posterior.

b) Las necesidades de atención de salud mental, incluidos el trastorno postraumático del estrés y el riesgo de suicidio o de lesiones autoinfligidas.

c) El historial de salud reproductiva de la reclusa, incluidos un posible embarazo en curso y los embarazos anteriores, los partos y todos los aspectos conexos.

d) La presencia de problemas de toxicomanía.

e) Abuso sexual y otras formas de violencia que se hayan sufrido antes del ingreso".

Regla 22

"No se aplicarán las sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, ni a las mujeres con hijos o a las madres en período de lactancia".

Regla 23

"Las sanciones disciplinarias para las reclusas no comprenderán la prohibición del contacto con sus familiares, especialmente con los niños".

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad

Las siguientes reglas –adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990– dejan en claro que los menores de edad privados de libertad tienen derechos que deberán respetarse, y su seguridad debe ser asegurada mientras estén privados de libertad.

La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. Las reglas deberán aplicarse imparcialmente a todos los menores, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, prácticas o creencias culturales, patrimonio, nacimiento, situación de familia, origen étnico o social o incapacidad. Se deberán respetar las creencias religiosas y culturales, así como las prácticas y preceptos morales de los menores.

Algunas de las reglas aplicables a menores privados de libertad son:

"1. El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.

2. Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como

en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

3. El objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad.

4. Las reglas deberán aplicarse imparcialmente a todos los menores, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, prácticas o creencias culturales, patrimonio, nacimiento, situación de familia, origen étnico o social o incapacidad. Se deberán respetar las creencias religiosas y culturales, así como las prácticas y preceptos morales de los menores.

[…]

11. A los efectos de las presentes reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes: a) Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley; b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

12. La privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores. Deberá garantizarse a los menores recluidos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad.

13. No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad.

14. La protección de los derechos individuales de los menores por lo que respecta especialmente a la legalidad de la ejecución de las medidas de detención será garantizada por la autoridad competente, mientras que los

objetivos de integración social deberán garantizarse mediante inspecciones regulares y otras formas de control llevadas a cabo, de conformidad con las normas internacionales, la legislación y los reglamentos nacionales, por un órgano debidamente constituido que esté autorizado para visitar a los menores y que no pertenezca a la administración del centro de detención.

[…]

17. Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.

18. Las condiciones de detención de un menor que no haya sido juzgado deberán ajustarse a las reglas siguientes, y a otras disposiciones concretas que resulten necesarias y apropiadas, dadas las exigencias de la presunción de inocencia, la duración de la detención y la condición jurídica y circunstancias de los menores. Entre esas disposiciones figurarán las siguientes, sin que esta enumeración tenga carácter taxativo:

a) Los menores tendrán derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando esta exista, y comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones;

b) cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación;

c) los menores estarán autorizados a recibir y conservar material de entretenimiento y recreo que sea compatible con los intereses de la administración de justicia".

Principal normativa nacional penitenciaria

Como se verá a continuación, es variada la normativa que regula la materia, y en general, lo hace de forma inorgánica y dispersa, lo que no ha contribuido a la correcta ejecución del derecho penitenciario en Chile. En palabras de Venegas Valenzuela:

> "La falta de legislación especial que regule de manera sistemática la etapa de ejecución de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad constituye una omisión grave del Estado de Chile y su omisión se evidencia aún más, ante la constatación que es uno de los pocos países latinoamericanos que aún no cuenta con una legislación especial en la etapa de ejecución de la sentencia. No obstante que, en la tramitación de una serie de leyes especiales relacionadas con esta materia (ley Nº 20.584 sobre indulto particular y reforma de la Comisión de Libertad Condicional, Ley Nº 19.856, sobre reducción de tiempo de condena y ley Nº 18.216, sobre penas sustitutivas) la Excma. Corte Suprema ha manifestado de manera reiterada su opinión favorable en torno a la instauración del juez de ejecución penal en Chile, mediante la ley de ejecución penal. De esta forma, se hace cada día más urgente la necesidad de contar con una legislación sistemática que unifique las diferentes normas que regulan la etapa del cumplimiento de las sentencias"[142].

Organización de los establecimientos penitenciarios (Decreto Supremo Nº 518)

El Decreto Supremo Nº 518 se encarga de reglamentar todo lo relativo a los establecimientos penitenciarios en el país. Pone énfasis en la finalidad primordial de los mismos, esto es, la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.

También en el Decreto Supremo Nº 518 se expone que el interno está en una relación de derecho público con el Estado; que la actividad penitenciaria de Gendarmería de Chile se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales; que no hay diferencias de trato entre los distintos internos y la administración penitenciaria procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno, y que el principio de inocencia presidirá el régimen penitenciario de todos los internos detenidos y sujetos a prisión preventiva.

La reinserción social en el sistema penitenciario chileno se basa en un sistema gradual y progresivo en que –en lo que dice relación con el cum-

142 Venegas (2018), p. 233.

plimiento de la pena– al condenado se le va dando mayor libertad, otorgándosele permisos de salida, primero esporádicos, pueden ser por horas, luego días y fines de semana, para concluir finalmente con una reducción de la pena con la libertad condicional y sujeto a determinadas condiciones.

Así, en el artículo 96 del Decreto Supremo Nº 518 se señala:

> "Los permisos de salida son beneficios que forman parte de las actividades de reinserción social y confieren a quienes se les otorgan gradualmente, mayores espacios de libertad. Dichos permisos de salida son los siguientes:
> a) la salida esporádica;
> b) la salida dominical;
> c) la salida de fin de semana, y
> d) la salida controlada al medio libre".

En lo que respecta a los jueces y a las juezas penales, en el ámbito administrativo penitenciario les toca participar en dos comisiones: la comisión de libertad condicional y la comisión de beneficio de reducción de condena.

Libertad condicional (Decretos Leyes Nºs. 321 y 338)

El inciso segundo del artículo 1º del Decreto Ley Nº 321 señala:

> "La libertad condicional es un beneficio que no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por la persona condenada y según las disposiciones que se regulan en este decreto ley y en su reglamento".

Los requisitos para que la libertad condicional sea procedente son los siguientes:

- Condena efectiva de más de un año de duración.
- Haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva o los tiempos establecidos en los artículos 3º, 3º bis y 3º ter[143].

143 Artículo 3º del DL Nº 321: "Las personas condenadas a presidio perpetuo calificado sólo podrán postular a la libertad condicional una vez que hubieren cumplido cuarenta años de privación de libertad efectiva. Si la solicitud del beneficio fuere rechazada, no podrá deducirse nuevamente sino después de transcurridos dos años desde su última presentación. Las personas condenadas a presidio perpetuo sólo podrán postular al beneficio de la libertad condicional una vez cumplidos veinte años de privación de libertad. Asimismo, las personas condenadas por los delitos de parricidio, femicidio, homicidio simple, homicidio calificado, robo con homicidio,

– Haber observado conducta intachable durante el cumplimiento de la condena.

– Contar con un informe de postulación psicosocial elaborado por un equipo profesional del área técnica de Gendarmería de Chile, que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, con el fin de conocer sus posibilidades para reinsertarse adecuadamente en la sociedad. Dicho informe contendrá, además, los antecedentes sociales y las características de personalidad de la persona condenada, dando cuenta de la conciencia de la gravedad del delito, del mal que este causa y de su rechazo explícito a tales delitos.

Quien otorga el beneficio de la libertad condicional es una comisión creada para tal efecto dos veces del año. Así se establece en el artículo 4º del Decreto Ley Nº 321:

> "Artículo 4º.- La postulación al beneficio de libertad condicional será conocida por una Comisión de Libertad Condicional, que funcionará en la Corte de Apelaciones respectiva, durante los primeros quince días de los meses de abril y octubre de cada año, previo informe de Gendarmería de Chile. Este informe deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2º, y de los artículos 3º, 3º bis y 3º ter, según sea el caso, en la forma que determine el reglamento respectivo.
>
> Para efectos de lo dispuesto en el literal g) del inciso primero del artículo 109 del Código Procesal Penal, a lo menos quince días antes de las fechas señaladas en el inciso anterior, Gendarmería de Chile deberá comunicar al tribunal a cargo de la ejecución de la pena respectiva las postulaciones a la libertad condicional presentadas por los condenados. El tribunal deberá notificar a la víctima dentro del plazo de cinco días de recibida la comunicación de Gendarmería de Chile.

---

robo con violación, violación con homicidio, violación, infanticidio, y por los delitos contemplados en el número 2º del artículo 365 bis, en los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 141, en el número 1 del inciso primero y en el inciso segundo del artículo 142 y en los artículos 363, 365 bis, 366 incisos primero y segundo, 366 bis, 367, 367 ter, 367 quáter, 367 septies, 411 quáter, 436, 440 y 474, todos del Código Penal, en los artículos 281 bis, 281 ter, 281 quáter, 416, 416 bis Nº 1 y 2, y 416 ter del Código de Justicia Militar; en los artículos 17, 17 bis Nº 1 y 2, y 17 ter de la ley orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile; en los artículos 15 A, 15 B Nº 1 y 2, y 15 C de la ley orgánica de Gendarmería de Chile, y homicidio de integrantes del Cuerpo de Bomberos de Chile, de integrantes de las Fuerzas Armadas y servicios bajo su dependencia, en el ejercicio de sus funciones, y el de elaboración o tráfico de estupefacientes, sólo podrán postular a este beneficio cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena […]".

La víctima, personalmente o a través de su representante, podrá dar a conocer sus alegaciones, por escrito, ante la Comisión de Libertad Condicional respectiva, durante los primeros cinco días de los meses de abril y octubre, según corresponda. La Comisión podrá además oír en audiencia a la víctima o a sus representantes, si ésta así lo solicita, por fundamentos especialmente calificados, ya sea en atención a la gravedad de los hechos por los que la persona postulante fue condenada o por su calidad de reincidente.

Cada Comisión de Libertad Condicional estará integrada por:

a) Un Ministro de Corte de Apelaciones, quien será su presidente. Dicho Ministro será elegido por el Pleno de la respectiva Corte.

b) Cuatro jueces de juzgados de garantía o de tribunales de juicio oral en lo penal, elegidos por la Corte de Apelaciones respectiva. La Comisión de Libertad Condicional correspondiente a la Corte de Apelaciones de Santiago estará integrada por diez jueces de juzgados de garantía o de tribunales de juicio oral en lo penal.

Será Secretario de la Comisión de Libertad Condicional el funcionario que designe la Corte de Apelaciones respectiva.

Los jueces elegidos serán subrogados, en caso de impedimento o licencia, por los otros jueces con competencia en lo criminal en orden decreciente conforme a la votación obtenida. El empate se resolverá mediante sorteo.

La Comisión podrá conceder también la libertad condicional en favor de aquellas personas condenadas que cumplan el tiempo mínimo de su condena en los dos meses siguientes a los indicados en el inciso primero".

Según dispone el artículo 5º:

"Artículo 5º.- Será facultad de la Comisión de Libertad Condicional conceder, rechazar y revocar, en su caso, el beneficio, mediante resolución fundada.

La Comisión deberá constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2º, y de los artículos 3º, 3º bis y 3º ter, según sea el caso, para lo cual se tendrán a la vista los antecedentes emanados de Gendarmería de Chile, y todos los demás que la Comisión considere necesarios para mejor resolver.

Tratándose de una postulación en que la persona estuviese condenada por alguno de los delitos señalados en los artículos 3º o 3º bis, y cuando dicha postulación hubiese sido rechazada previamente, la respectiva Comisión de Libertad Condicional deberá fundamentar de manera expresa, en caso de su concesión, el cambio de circunstancias por el cual amerita el otorgamiento del beneficio.

> La Comisión deberá comunicar al tribunal a cargo de la ejecución de la pena el resultado de la postulación de la libertad condicional, dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde la resolución correspondiente. Recibida dicha comunicación, el tribunal deberá notificar a la víctima, dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde su recepción".

Asimismo, esta comisión es la encargada de dar la continuidad o de revocar el beneficio de la libertad condicional de aquellos sujetos que durante el plazo de observación cometen un nuevo delito o bien que incumplen con las condiciones establecidas en su plan de intervención individual, sin justificación suficiente.

La comisión también puede otorgar el beneficio del artículo 8º del Decreto Ley Nº 321, que establece:

> "Las personas que se encontraren gozando del beneficio de libertad condicional que hubieren cumplido la mitad del período de esta y las condiciones establecidas en su plan de seguimiento e intervención individual podrán ser beneficiadas con la concesión de su libertad completa, por medio de una resolución de la respectiva Comisión.
>
> Quedan exceptuados del beneficio del inciso anterior los que gozaren de libertad condicional conforme a lo dispuesto en el artículo 3º bis".

El Decreto Supremo Nº 338 está constituido como el reglamento de la libertad condicional. Este expone en su artículo 2º inciso primero:

> "La libertad condicional es un modo particular de cumplir en libertad la pena privativa a que está condenada una persona por sentencia ejecutoriada, bajo determinadas condiciones, que no extingue ni modifica la duración de la pena".

Se agrega que este beneficio podrá concederse a la persona condenada a una pena privativa de libertad de más de un año que, por su conducta intachable durante el cumplimiento de su condena y sus posibilidades de reinsertarse de manera efectiva en la sociedad, haya demostrado, al momento de postular, que se encuentra en un proceso de reinserción social que muestra avances, habiendo dado cumplimiento a los requisitos legales. Los requisitos son los mismos señalados en el artículo 1º del Decreto ley Nº 321.

El artículo 4º del Decreto Supremo Nº 338 contempla el llamado Tribunal de Conducta, y dispone al respecto:

"En todos los establecimientos penitenciarios en que cumplan sus condenas personas condenadas por sentencia ejecutoriada a penas privativas de libertad habrá un Tribunal de Conducta, con las atribuciones y deberes que se detallan en este reglamento, y que lo integrarán las personas que desempeñen los siguientes cargos o funciones dentro del establecimiento penitenciario:

a) Jefatura Técnica Local;

b) Jefatura de Régimen Interno;

c) La persona encargada de coordinar los programas laborales y de capacitación al interior de los establecimientos penitenciarios;

d) La persona encargada de realizar la coordinación del ámbito educacional en el establecimiento penitenciario […]".

Luego, en el artículo 6º, se fijan los factores para la calificación de la conducta:

"Para la calificación de la conducta de una persona condenada se considerarán como factores la adaptación al régimen interno y la participación en actividades de reinserción social.

La adaptación al régimen interno se evaluará en función del cumplimiento satisfactorio de las normas del régimen penitenciario, tales como las relacionadas con el respeto a los procedimientos de seguridad o régimen interno, y el comportamiento mostrado durante traslados, visitas y salidas autorizadas. También se evaluará la conservación del aseo, cuidado y mantención del equipamiento e instalaciones del Establecimiento Penitenciario.

Las actividades de reinserción social pueden contemplar acciones en distintas áreas, por lo que la participación en estas será evaluada conforme a lo siguiente:

a) En el área de intervención especializada, se valorará la asistencia a actividades estructuradas sugeridas en el plan de intervención individual orientadas a influir específicamente en el riesgo de reincidencia delictual, que se encuentren disponibles para la persona condenada.

b) En el área de actividades educacionales, se valorará la participación tanto en actividades educativas formales como en aquellas validadas por el respectivo Consejo Técnico.

c) En el área de actividades laborales, se valorará la participación en actividades laborales o de formación para el trabajo, consideradas por la reglamentación laboral penitenciaria vigente, o la participación en actividades de capacitación que se encuentren disponibles".

En cuanto a las calificaciones que haga el Tribunal de Conducta se expone:

> "La escala para evaluar cada área y factor será de 'pésima', 'mala', 'regular', 'buena' y 'muy buena'. Se deberá utilizar como equivalencia la nota uno (1) 'pésima', nota dos (2) 'mala', nota tres (3) 'regular', nota cuatro (4) 'buena' y nota cinco (5) 'muy buena'".

Según el artículo 9º del Decreto Supremo Nº 338, Gendarmería de Chile acreditará, mediante informe del respectivo Tribunal de Conducta y demás antecedentes, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2º, y de los artículos 3º, 3º bis y 3º ter del Decreto Ley Nº 321, de 1925, y demás antecedentes, según sea el caso.

Sistema de reinserción social de los condenados

El objetivo de la Ley Nº 19.856 se establece en su artículo 1º, señalándose:

> "Artículo 1º.- La presente ley tiene por objeto establecer los casos y formas en los que una persona que ha sido condenada al cumplimiento de una pena privativa de libertad, puede reducir el tiempo de su condena, en base a haber demostrado comportamiento sobresaliente durante su cumplimiento".

En los artículos 2º y 3º se indican los tiempos de rebaja de la condena:

> "Artículo 2º.- Contenido del beneficio. La persona que durante el cumplimiento efectivo de una condena privativa de libertad, hubiere demostrado un comportamiento sobresaliente, tendrá derecho a una reducción del tiempo de su condena equivalente a dos meses por cada año de cumplimiento.
>
> Artículo 3º.- Ampliación del beneficio. A partir de la mitad de la condena, la reducción de pena establecida en el artículo anterior se aumentará a tres meses por cada año.
>
> La ampliación aludida se aplicará sólo a los años posteriores al período correspondiente a la mitad de la condena. Sin embargo, tratándose de condenas a número de años impares, la ampliación se aplicará también al año mismo en el que se cumpliere la referida mitad".

Por su parte, el artículo 4º de la Ley Nº 19.856 señala:

> "Artículo 4º.- Momento en el que se hace efectiva la reducción de condena. Los beneficios regulados en los artículos anteriores tendrán lugar

sólo en el momento en que se diere total cumplimiento a la pena impuesta, una vez aplicadas las rebajas que correspondieren de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley.

De esta forma, se entenderá que se da cumplimiento a la pena una vez transcurrido el tiempo de cumplimiento fijado en la condena originalmente impuesta, menos el descuento que, por aplicación de esta ley, fuere del caso aplicar".

En relación al comportamiento sobresaliente, se señala en el artículo 7º:

"Artículo 7º.- Criterios de evaluación obligatorios. Para los efectos de lo previsto en esta ley, se considerará comportamiento sobresaliente aquel que revelare notoria disposición del condenado para participar positivamente en la vida social y comunitaria, una vez terminada su condena.

Para calificar la disposición a que se refiere el inciso precedente, se atenderá a los siguientes factores:

a) Estudio: la asistencia periódica del condenado a escuela, liceo o cursos existentes en la unidad penal, siempre que ello redundare en una objetiva superación de su nivel educacional, vía alfabetización o conclusión satisfactoria de los cursos correspondientes a enseñanza básica, media o superior, según fuere el caso.

b) Trabajo: la asistencia periódica del condenado a talleres o programas de capacitación ofrecidos por la unidad penal, siempre que ello redundare en el aprendizaje de un oficio o labor provechosa. Asimismo, tratándose de condenados que dominaren un oficio, el ejercicio regular de este al interior del recinto penal, sea con fines lucrativos o benéficos.

c) Rehabilitación: la voluntad exhibida por el condenado, mediante el sometimiento a terapias clínicas, en orden a superar dependencias a drogas, alcohol u otros, en su caso.

d) Conducta: espíritu participativo, sentido de responsabilidad en el comportamiento personal, tanto en la unidad penal como durante los traslados, y, en general, cualquier otro comportamiento que revelare la disposición a que se refiere el inciso primero.

Asimismo, para los efectos de la calificación de que trata esta ley, deberá atenderse al nivel de integración y apoyo familiar del condenado, si lo tuviere, y al nivel de adaptación social demostrado en uso de beneficios intrapenitenciarios cuando se le hubieren otorgado.

Tratándose de la calificación del comportamiento correspondiente al período mencionado en el artículo 9º, y b) sólo se atenderá a los factores descritos en las letras c) y d) precedentes".

Por otro lado, el Decreto Nº 943 –que es el reglamento que establece un estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario– en su artículo 1º señala:

> "Artículo 1. De la actividad laboral y la formación para el trabajo. Toda persona que se encuentre bajo control de Gendarmería de Chile, podrá acceder a las prestaciones de actividad laboral penitenciaria y/o de formación para el trabajo ofrecidas en los establecimientos penitenciarios, en las condiciones que establezca el presente Reglamento.
> Estas actividades tendrán por objeto entregar herramientas que fomenten la integración social del sujeto, de modo que el ejercicio de aquellas propenda a su desarrollo económico y al de su familia".

En el artículo 8º se hace referencia a la naturaleza de la actividad laboral:

> "Artículo 8. Naturaleza de la actividad laboral penitenciaria y de formación para el trabajo. La actividad laboral y de formación para el trabajo, será siempre voluntaria y nunca podrá ser utilizada como castigo u otra forma de corrección, ni podrá ser considerada como fuente de lucro para la administración".

El rol de los juzgados de garantía en el derecho penitenciario

Los juzgados de garantía han tenido que cumplir un rol de tribunales de emergencia en materia penitenciaria en el país. Se emplea la voz "emergencia" precisamente por la falta que hacen en Chile los juzgados especializados de cumplimiento. La capacidad organizativa y laboral de los juzgados de garantía es ya bastante abundante en competencia propia.

Entre otras cosas, según indica el artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales, los jueces de garantía se encargan de:

> "a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal;
> b) Dirigir personalmente las audiencias que procedan, de conformidad a la ley procesal penal;
> c) Dictar sentencia, cuando corresponda, en el procedimiento abreviado que contemple la ley procesal penal;
> d) Conocer y fallar las faltas penales de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal;

e) Conocer y fallar, conforme a los procedimientos regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal, las faltas e infracciones contempladas en la Ley de Alcoholes, cualquiera sea la pena que ella les asigne;
f) Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal;
g) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que la ley de responsabilidad penal juvenil les encomienden, y
h) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que este Código, la ley procesal penal y la ley que establece disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar les encomienden".

Además de todo lo anterior, en materia de cumplimiento, añade el mismo artículo 14, en su inciso primero, que:

"Los juzgados de garantía estarán conformados por uno o más jueces con competencia en un mismo territorio jurisdiccional, que actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento".

La tarea de la letra f) –hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal– hay que complementarla con el artículo 113 del mismo Código Orgánico de Tribunales. Esta norma dispone:

"La ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hubieren pronunciado en primera o en única instancia.
No obstante, la ejecución de las sentencias penales y de las medidas de seguridad previstas en la ley procesal penal será de competencia del juzgado de garantía que hubiere intervenido en el respectivo procedimiento penal.
De igual manera, los tribunales que conozcan de la revisión de las sentencias firmes o de los recursos de apelación, de casación o de nulidad contra sentencias definitivas penales, ejecutarán los fallos que dicten para su sustanciación.
Podrán también decretar el pago de las costas adeudadas a los funcionarios que hubieren intervenido en su tramitación, reservando el de las demás costas para que sea decretado por el tribunal de primera instancia".

Esta atribución de competencia viene ratificada en título VIII del Código Procesal Penal: ejecución de las sentencias condenatorias y medidas

de seguridad. Este título comprende los artículos 466 a 472. Se divide, además, en dos párrafos: intervinientes y ejecución de las sentencias.

Respecto a los intervinientes, el artículo 466 indica:

> "Artículo 466.- Intervinientes. Durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, sólo podrán intervenir ante el competente juez de garantía el ministerio público, el imputado, su defensor y el delegado a cargo de la pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, de libertad vigilada o de libertad vigilada intensiva, según corresponda.
>
> El condenado o el curador, en su caso, podrán ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare" […].

La norma expone cuáles son los intervinientes en la ejecución de las penas, ya se trate de una pena efectiva o bien de la ejecución de una pena sustitutiva de la Ley Nº 18.216, donde también pueden intervenir, además del fiscal, el imputado y su defensor, el delegado a cargo de la pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, de libertad vigilada o de libertad vigilada intensiva.

En las normas siguientes, entre los artículos 467 a 472, el Código Procesal Penal trata de la ejecución de las sentencias.

> "Artículo 467.- Normas aplicables a la ejecución de sentencias penales. La ejecución de las sentencias penales se efectuará de acuerdo con las normas de este Párrafo y con las establecidas por el Código Penal y demás leyes especiales.
>
> Artículo 468.- Ejecución de la sentencia penal. Las sentencias condenatorias penales no podrán ser cumplidas sino cuando se encontraren ejecutoriadas. Cuando la sentencia se hallare firme, el tribunal decretará una a una todas las diligencias y comunicaciones que se requirieren para dar total cumplimiento al fallo.
>
> Cuando el condenado debiere cumplir pena privativa de libertad, el tribunal remitirá copia de la sentencia, con el atestado de hallarse firme, al establecimiento penitenciario correspondiente, dando orden de ingreso. Si el condenado estuviere en libertad, el tribunal ordenará inmediatamente su aprehensión y, una vez efectuada, procederá conforme a la regla anterior.
>
> Si la sentencia hubiere concedido una pena sustitutiva a las penas privativas o restrictivas de libertad consideradas en la ley, remitirá copia de la misma a la institución encargada de su ejecución.

Asimismo, ordenará y controlará el efectivo cumplimiento de las multas y comisos impuestos en la sentencia, ejecutará las cauciones en conformidad con el artículo 147, cuando procediere, y dirigirá las comunicaciones que correspondiere a los organismos públicos o autoridades que deban intervenir en la ejecución de lo resuelto.

Artículo 468 bis.- Ejecución del comiso de ganancias. Toda sentencia que imponga el comiso de las ganancias provenientes del delito será ejecutada como decisión civil dictada por un tribunal con competencia en lo penal.

Si los bienes decomisados son dinero o derechos a sumas de dinero, se los transferirá al Fisco. Los fondos obtenidos mediante la realización de los bienes decomisados también serán transferidos al Fisco.

El comiso de inmuebles o de bienes de propiedad registral conlleva la facultad de realizar aquellas inscripciones necesarias para ejecutar eficazmente el bien decomisado.

El Conservador de Bienes Raíces respectivo, efectuadas las cancelaciones e inscripciones que procedan, deberá remitir copia de dichas inscripciones al tribunal que decretó el comiso, el que deberá oficiar a la Dirección General del Crédito Prendario y acompañar copia de las nuevas inscripciones de propiedad a nombre del Fisco de Chile y copia autorizada de la sentencia para que proceda a rematarlo en subasta pública.

Los notarios, archiveros, conservadores de bienes raíces, el Servicio de Registro Civil e Identificación y demás organismos, autoridades y empleados públicos deberán realizar las actuaciones y diligencias y otorgar las copias de los instrumentos que les sean solicitados para efectuar la subasta o destrucción de las especies, según corresponda, en forma gratuita y exentas de toda clase de derechos, tasas e impuestos.

Toda actuación o diligencia previa a la subasta pública que deba efectuar la Dirección General del Crédito Prendario con el objeto de que los bienes queden en condiciones de ser subastados, se efectuará con auxilio de la fuerza pública a solicitud de la referida institución.

Lo dispuesto en el presente artículo será aplicable también a la ejecución de todo comiso impuesto sin condena previa.

Artículo 469.- Destino de las especies decomisadas. Fuera de los casos previstos en el artículo precedente, los dineros y otros valores decomisados se destinarán a la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

Si el tribunal estimare necesario ordenar la destrucción de las especies, se llevará a cabo bajo la responsabilidad del administrador del tribunal, salvo que se le encomendare a otro organismo público. En todo caso, se registrará la ejecución de la diligencia.

Las demás especies decomisadas se pondrán a disposición de la Dirección General del Crédito Prendario para que proceda a su enajenación

en subasta pública, o a destruirlas si carecieren de valor. El producto de la enajenación tendrá el mismo destino que se señala en el inciso primero.

En los casos de los artículos 367 quáter, incisos primero y segundo, 367 quinquies y 367 septies del Código Penal, el tribunal destinará los instrumentos tecnológicos decomisados, tales como computadores, reproductores de imágenes o sonidos y otros similares, al Servicio Nacional de Menores o a los departamentos especializados en la materia de los organismos policiales que correspondan.

Artículo 470.- Especies retenidas y no decomisadas. Transcurridos a lo menos seis meses desde la fecha de la resolución firme que hubiere puesto término al juicio, sin que hubieren sido reclamadas por su legítimo titular las cosas corporales muebles retenidas y no decomisadas que se encontraren a disposición del tribunal, deberá procederse de acuerdo a lo dispuesto en los incisos siguientes.

Si se tratare de especies, el administrador del tribunal, previo acuerdo del comité de jueces, las venderá en pública subasta. Los remates se podrán efectuar dos veces al año.

El producto de los remates, así como los dineros o valores retenidos y no decomisados, se destinarán a la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

Si se hubiere decretado el sobreseimiento temporal o la suspensión condicional del procedimiento, el plazo señalado en el inciso primero será de un año.

Las especies que se encontraren bajo la custodia o a disposición del Ministerio Público, transcurridos a lo menos seis meses desde la fecha en que se dictare alguna de las resoluciones o decisiones a que se refieren los artículos 167, 168, 170 y 248 letra c), de este Código, serán remitidas a la Dirección General del Crédito Prendario, para que proceda de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo anterior.

Lo dispuesto en los incisos anteriores no tendrá aplicación tratándose de especies de carácter ilícito. En tales casos, el fiscal solicitará al juez que le autorice proceder a su destrucción.

Artículo 471.- Control sobre las especies puestas a disposición del tribunal. En el mes de junio de cada año, los tribunales con competencia en materia criminal presentarán a la respectiva Corte de Apelaciones un informe detallado sobre el destino dado a las especies que hubieren sido puestas a disposición del tribunal.

Artículo 472.- Ejecución civil. En el cumplimiento de la decisión civil de la sentencia, regirán las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales que establece el Código de Procedimiento Civil".

Gendarmería de Chile

Dentro de los aspectos relevantes de la justicia penitenciaria, Gendarmería de Chile cumple un su rol administrativo y de custodia de las personas privadas de libertad. Su misión como institución es:

> "Contribuir a una sociedad más segura, garantizando el cumplimiento eficaz de la prisión preventiva y de las penas privativas o restrictivas de libertad a quienes los tribunales determinen, proporcionando a los afectados condiciones y prestaciones, acorde a su calidad de persona y a los estándares de derechos humanos, desarrollando programas de reinserción social que tiendan a disminuir las probabilidades de reincidencia delictual y promoviendo la eliminación de antecedentes penales como parte del proceso de reinserción"[144].

Sus objetivos estratégicos son:

– Garantizar el cumplimiento eficaz de la prisión preventiva y de las condenas que los tribunales determinen, previniendo conductas y situaciones que pongan en riesgo el cumplimiento de este mandato, garantizando en este proceso el respeto de los derechos humanos en forma integral de la población bajo custodia o control, con personal penitenciario competente y formado y/o capacitado para estos fines en la escuela institucional.

– Proporcionar atención a través de la entrega oportuna de condiciones básicas –alojamiento, alimentación y salud, entre otras– a la población puesta bajo su custodia, así como brindar de manera adecuada, atención administrativa en el control de las condenas y de la eliminación de antecedentes.

– Respecto a la atención ciudadana, responder las consultas en los plazos legales, así como la entrega de las respuestas a las solicitudes de información.

– Promover la integración social de las personas privadas de libertad y de la población que cumple condena o se encuentra eliminando antecedentes, fomentando el desarrollo de conductas, habilidades y competencias prosociales que permitan disminuir el nivel de riesgo de reincidencia delictiva, en un marco de respeto irrestricto de los derechos

144 Gendarmería de Chile, *Misión y visión*. Disponible en línea: <https://bit.ly/3C-frl9S>.

humanos, involucrando en este proceso la participación de sus familias, instituciones, empresas y comunidad.

Gendarmería de Chile señala entre sus productos estratégicos la vigilancia y control, la que se ejerce por medio de procedimientos respetuosos de los estándares en derechos humanos[145]. Esto es:

En la población privada de libertad, la vigilancia activa y permanente en el cumplimiento de la reclusión, así como en el traslado a tribunales, centros asistenciales y otros lugares.

En el caso de la población con medidas alternativas a la reclusión, penas sustitutivas, beneficios o permisos de salidas, implica el control de las condiciones impuestas para su ejercicio.

En el caso de la población en proceso de eliminación de antecedentes, implica el control administrativo del procedimiento asociado.

Como segundo producto estratégico se menciona la atención y prestaciones para la integración de las personas privadas de libertad, la que se ejerce en forma directa o a través de terceros. Con ello se deben asegurar a las personas privadas de libertad un conjunto de condiciones básicas para el cumplimiento de su pena.

Gendarmería también proporciona a la población penal: un procedimiento administrativo de eliminación de antecedentes, el acceso a atención psicosocial, educación, trabajo, cultura, deporte, recreación y todas aquellas prestaciones que faciliten su integración y, en el caso de la población privada de libertad, el ejercicio de los derechos no restringidos por la reclusión.

Hacia una justicia penitenciaria

Para entender el ámbito de la justicia penitenciaria que corresponde a jueces y juezas penales en Chile, es menester entender, primero, que la relación jurídica penitenciaria "es aquella que se produce entre la población penal y el Estado, representado por la administración penitenciaria, que tiene su origen en un título jurídico constituido por la orden de detención, la resolución que decreta la prisión preventiva o la sentencia condenatoria"[146].

Luego, los sujetos de la relación jurídica penitenciaria son, por una parte, la administración penitenciaria –Gendarmería de Chile– y, por la otra, la población penal.

145 Gendarmería de Chile, *Productos estratégicos*. Disponible en línea: <https://bit.ly/3Cfrl9S>.

146 Fernández (2019), p. 54.

La población penal está compuesta por detenidos, imputados sujetos a la medida cautelar de prisión preventiva y condenados:

> "La detención, como medida cautelar personal, es aquella en virtud de la cual se priva de libertad a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito, por un breve lapso de tiempo, con la exclusiva finalidad de ponerla a disposición del tribunal, con el objeto de asegurar su comparecencia a algún acto del procedimiento"[147].

La regla (artículo 131 del Código Procesal Penal) es que los detenidos deben ser puestos a disposición de un juez o de una jueza de garantía dentro de las 24 horas siguientes a su detención. En ese caso, quien los mantiene detenidos es la propia policía en los calabozos de las comisarías. Una vez trasladados a los juzgados de garantía, son entregados en custodia a Gendarmería de Chile, hasta que ingresen a su audiencia de control de la detención:

> "Artículo 131.- Plazos de la detención. Cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas.
>
> Cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al Ministerio Público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.
>
> Cuando el fiscal ordene poner al detenido a disposición del juez, deberá, en el mismo acto, dar conocimiento de esta situación al abogado de confianza de aquél o a la Defensoría Penal Pública.
>
> Para los efectos de poner a disposición del juez al detenido, las policías cumplirán con su obligación legal dejándolo bajo la custodia de Gendarmería del respectivo tribunal".

147 Horvitz (2003), p. 364.

Solo los sujetos detenidos que se encuentren en alguno de los casos del inciso segundo del numeral 6 del artículo 10 del Código Penal pueden quedar detenidos en sus domicilios[148].

Los detenidos no pueden ser trasladados a centros penitenciarios, por así disponerlo la ley[149]. La excepción la constituye la ampliación de la detención hasta por tres días, caso en el cual el detenido deberá ser puesto a disposición de Gendarmería de Chile. A respecto, el párrafo final del inciso tercero del artículo 132 del Código Procesal Penal señala:

> "[…] En el caso de que no pudiere procederse de la manera indicada, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando en la forma señalada, podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida".

Los imputados sujetos a la medida cautelar de prisión preventiva serán todos aquellos imputados formalizados respecto de los cuales los jueces o las juezas de garantía dispongan en su contra la citada medida cautelar personal por cumplirse los presupuestos de las letras a), b) y c) del artículo 140 del Código Procesal Penal. También se comprende el caso de sujetos acusados que notificados legalmente no comparecen a la audiencia de juicio oral y el fiscal y/o querellante piden a la sala del tribunal de juicio oral que decrete su prisión preventiva por incomparecencia injustificada (artículo 141 inciso final).

Los jueces o las juezas de garantía o de tribunales de juicio oral serán los encargados de supervigilar el cumplimiento de la medida cautelar de prisión preventiva, según lo dispone el artículo 150 del Código Procesal Penal:

---

148 Artículo 10 número 6 inciso segundo del Código Penal: "Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4º y 5º precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1º del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433 y 436 de este Código".

149 Artículo 133 del Código Procesal Penal: "Ingreso de personas detenidas. Los encargados de los establecimientos penitenciarios no podrán aceptar el ingreso de personas sino en virtud de órdenes judiciales".

> "Artículo 150.- Ejecución de la medida de prisión preventiva. El tribunal será competente para supervisar la ejecución de la prisión preventiva que ordenare en las causas de que conociere. A él corresponderá conocer de las solicitudes y presentaciones realizadas con ocasión de la ejecución de la medida.
>
> La prisión preventiva se ejecutará en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizaren para los condenados o, al menos, en lugares absolutamente separados de los destinados para estos últimos.
>
> El imputado será tratado en todo momento como inocente. La prisión preventiva se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto.
>
> El tribunal deberá adoptar y disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad física del imputado, en especial aquellas destinadas a la separación de los jóvenes y no reincidentes respecto de la población penitenciaria de mayor peligrosidad.
>
> El tribunal podrá excepcionalmente conceder al imputado permiso de salida por resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines del referido permiso, siempre que se asegure convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva.
>
> Cualquier restricción que la autoridad penitenciaria impusiere al imputado deberá ser inmediatamente comunicada al tribunal, con sus fundamentos. Éste podrá dejarla sin efecto si la considerare ilegal o abusiva, convocando, si lo estimare necesario, a una audiencia para su examen".

Finalmente, los condenados serán todos aquellos sujetos respecto de los cuales un juez o una jueza de garantía dicte sentencia condenatoria en un procedimiento abreviado o simplificado, o bien un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, en un procedimiento ordinario, y cuando la sentencia quede firme o ejecutoriada[150].

Según Fernández Ponce[151], la relación jurídica penitenciaria se caracteriza por ser una relación jurídica de derecho público (artículo 2º del Decreto Supremo Nº 518); ser temporal, tiene un nacimiento (sentencia

150 Artículo 79 del Código Penal: "No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada".

151 Fernández (2019), pp. 60-63.

condenatoria firme) y una extinción (cumplimiento de la pena artículo 93 número 2 del Código Penal), y se trata de una relación que requiere necesariamente la inserción física de una persona (interno) en un establecimiento penitenciario.

Según distingue el artículo 15 del Decreto Supremo Nº 518, los establecimientos penitenciarios pueden ser: centros de detención preventiva, que son aquellos en que ingresan las personas detenidas; centros de cumplimiento penitenciario, que son aquellos que están destinados al cumplimiento de las penas privativas de libertad; centros de educación y trabajo, que contemplan un tratamiento de reinserción social específico (artículo 17); centros penitenciarios femeninos, en que ingresan solamente mujeres, sea cual sea su calidad procesal (artículos 16 y 19), y centros de readaptación social, que se encuentran destinados al seguimiento, asistencia y control de los condenados que han accedido a beneficios legales o reglamentarios y que se encuentran en el medio libre (artículo 20).

A su vez, el Decreto Supremo Nº 518 establece que los centros de cumplimiento penitenciario pueden tener los siguientes regímenes: cerrado, en el que priman los principios de seguridad, orden y disciplina propios de un internado (artículo 29); semiabierto, aquel que se caracteriza por el cumplimiento de la condena en un medio organizado en torno a la actividad laboral y la capacitación, donde las medidas de seguridad adoptan un carácter de autodisciplina de los condenados (artículo 30), o abierto, aquel en que el orden y la disciplina serán propios para el logro de una convivencia normal en toda colectividad civil, con ausencia de controles rígidos, tales como formaciones, allanamientos, requisas, intervención de visitas y correspondencia (artículo 31).

Tutela judicial de los derechos de los condenados y recursos existentes

Es relevante comprender que los derechos de las personas condenadas tienen tutela judicial, y asegurarla no es una labor exclusiva del ámbito administrativo de Gendarmería, sino que es una facultad y obligación de los jueces y juezas que deben conocer y juzgar los conflictos que ahí se suscitan, como en cualquier otro ámbito jurídico, aunque ellos surjan en el contexto de privación de libertad.

Tribunales superiores

Los tribunales superiores que llevan el control externo de la ejecución de penas son la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones del país, por la vía del recurso de protección y, fundamentalmente, del amparo constitucional.

Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema conocen también por la vía del recurso de amparo de la resolución de las comisiones de libertad condicional o de las comisiones de beneficio de reducción de Condena que denieguen o no concedan la libertad condicional o la reducción de condena.

Los juzgados de garantía

A los jueces y las juezas de garantía les toca el control externo de la ejecución de las penas privativas de libertad. El control interno corresponde a Gendarmería de Chile en los distintos tipos de establecimientos penitenciarios recién mencionados.

En virtud de ese control externo, a los juzgados de garantía "les corresponde conocer y resolver todos aquellos litigios o controversias que se susciten productos de ciertas actuaciones de la Administración Penitenciaria que lesionen los derechos e intereses legítimos de la población penal, tal como puede ocurrir por la aplicación de una medida disciplinaria, por el traslado decretado por la autoridad penitenciaria, por la denegación de un permiso de salida o por agravios y/o amenazas de funcionarios de gendarmería que afecten o pongan en riesgo la integridad física o psíquica de los internos"[152].

Las mismas obligaciones pesan para el tribunal de juicio oral en lo penal mientras los acusados están a disposición del tribunal –entre la recepción del auto de apertura de juicio oral, el juicio oral y hasta el día en que quede ejecutoriada la sentencia condenatoria que disponga una pena privativa de libertad–.

Una vez que la sentencia quede ejecutoriada, el tribunal encargado de su cumplimiento, como ya se adelantó, es el juzgado de garantía.

El marco normativo del régimen penitenciario está en los artículos 80 del Código Penal, artículo 150 del Código Procesal Penal y artículos 75, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 84 y 87 del Decreto Supremo Nº 518.

152 Fernández (2019), p. 70.

Los mecanismos usados por los jueces de garantía para el control externo de la ejecución de las penas privativas de libertad

Las juezas y los jueces de garantía utilizan las herramientas procesales que el legislador le ha facilitado para salvaguardar el derecho de los internos o condenados. Procesalmente se usan dos herramientas del Código Procesal Penal: la llamada *cautela de garantías* del artículo 10 y el *amparo ante el juez de garantías* del artículo 95 del citado Código.

La cautela de garantías

En el artículo 10 del Código Procesal Penal se consagra la cautela de garantías en los siguientes términos:

> "Cautela de garantías. En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.
>
> Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento por el menor tiempo posible y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.
>
> Con todo, no podrá entenderse que existe afectación sustancial de los derechos del imputado cuando se acredite por el Ministerio Público o el abogado querellante, que la suspensión del procedimiento solicitada por el imputado o su abogado sólo persigue dilatar el proceso".

El amparo ante el juez de garantía

Por su parte, el artículo 95 del Código Procesal Penal refiere al amparo ante el juez de garantía y dispone:

> "Amparo ante el juez de garantía. Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso,

para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquel del lugar donde aquélla se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.

Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República".

Alguna jurisprudencia en fase de cumplimiento de sanciones para condenados

A continuación se revisan algunos fallos en los que se conocieron diferentes conflictos en el contexto de cumplimiento de sentencias penales.

Amparo en contra de la resolución de la Comisión de Libertad Condicional que desestima conceder libertad condicional a un condenado

"Santiago, veinticinco de abril de dos mil diecisiete.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que comparece don F.I.R., abogado, con domicilio en Avenida P.M.N. 1631, oficina 12, comuna de Santiago, quien recurre de amparo en favor de S.A.U.G. y en contra de la Comisión de Libertad Condicional, la que desestimó la concesión de dicho beneficio al amparado, por lo que solicita que sea acogido, restableciendo el imperio del derecho, ordenando la inmediata libertad del amparado como consecuencia de la concesión del mismo. Señala que el amparado se encuentra recluido actualmente en el Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina II, cumpliendo condenas por diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor del delito de robo con violencia; cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del mismo delito en otro proceso seguido en su contra, y la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego. Agrega que mantuvo conducta intachable; se ha desempeñado como artesano en madera desde julio de 2014, y además de ejercer como maestro sol-

dador. Asimismo, ha cursado estudios dentro del recinto penal. Añade que, incorporado en Lista número 2, el Tribunal de Conducta no revisó la totalidad de sus antecedentes en circunstancias que señaló que no cumplía con los requisitos de los numerales 3 y 4 del Decreto Supremo Nº 2442 de 1926. Finalmente, dice que la Comisión denegó el beneficio por estimarse que no reúne las condiciones necesarias de acuerdo a los informes psicosociales confeccionados a su respecto, que permitan demostrar que se encuentra corregido y rehabilitado para una adecuada reinserción social, no existiendo unanimidad para otorgarle el privilegio. Explica que se recurrió de amparo con anterioridad a la presentación de este recurso, en los autos Ingreso Corte 1203-2016, la que acogió la acción deducida ordenando a la Comisión realizar el cotejo de los antecedentes conforme al artículo 2º del decreto ley Nº 321 y 4 del Decreto Nº 2442, a fin de emitir el pronunciamiento respectivo. Así las cosas, reunida la Comisión nuevamente el 17 de febrero pasado, rechazó el beneficio, tomando en consideración nuevamente los informes psicosociales, sumado al hecho que el mismo implica la carencia de conducta intachable que exige la ley y el Reglamento respectivo. Concluye la existencia de arbitrariedad e ilegalidad por cuanto se exigió al amparado contar con un informe psicosocial favorable cuando la ley no lo contempla como un elemento objetivo a considerar, lo que no se condice con su informe de conducta bimestral que forma parte de los antecedentes del interno al momento de su examen. Lo anterior hace que el acto recurrido carezca de fundamentación, tanto en su contenido como en su veracidad.

Segundo: Que informó doña G.D.S., en su calidad de secretaria de la Comisión de Libertad Condicional, quien informó que el rechazo del beneficio obedeció al nuevo análisis realizado por la recurrida de los antecedentes del amparado, tal como se ordenó en el recurso de amparo acogido en beneficio del amparado, el que ha rechazado nuevamente su petición.

Tercero: Que, finalmente, informó Gendarmería de Chile, el que señaló antecedentes personales del amparado. Agrega que las penas enunciadas comenzaron a cumplirse el 20 de abril de 2005 hasta el 19 de abril de 2021. Alude a lo resuelto por la Comisión recurrida el 26 de octubre de 2016, haciendo referencia al informe psicosocial como antecedente que motivó, en principio, a que la Comisión recurrida desestimare su petición estando en Lista Nº2.

Cuarto: Que, el recurso de amparo, contemplado en nuestra Constitución Política, se creó con el propósito de cautelar debidamente la libertad personal y la seguridad individual y, por lo tanto, cualquier persona por sí o

a favor de un tercero puede recurrir ante el órgano jurisdiccional para su amparo cuando estime vulnerados o amenazados por actos arbitrarios o ilegales y la Corte de Apelaciones correspondiente en su caso deber adoptar las medidas conducentes para restablecer el orden jurídico quebrantado.

Quinto: Que, cómo se desprende de lo expuesto, es requisito indispensable de la acción cautelar de amparo, la existencia de un acto u omisión ilegal –esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1º del Código Civil– o arbitrario –producto del mero capricho de quien incurre en él– y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha planteado.

Sexto: Que, el asunto que se trae por el recurrente a conocimiento de esta Corte y que se estima como atentatorio de la garantía constitucional de la libertad personal, es la no concesión del beneficio de libertad condicional, a lo cual se postuló y se negó; y, en este sentido, afirma el recurrente, que la decisión de la Comisión de Libertad Condicional es ilegal, por cuanto se cumplían los requisitos para la concesión del beneficio y arbitraria al no estar fundamentada la decisión de rechazo.

Séptimo: Que, la resolución de la Comisión de Libertad Condicional, como consta del informe agregado a los autos, señala que se acordó por mayoría rechazar el beneficio de Libertad Condicional solicitado por el postulante, teniendo para ello en especial consideración que del estudio de los informes acompañados a la postulación, no existen antecedentes que permitan demostrar que el amparado se encuentra rehabilitado y corregido para la vida social, circunstancia que se constató en la audiencia de 17 de febrero de 2017, en cumplimiento de los autos rol 1203-2016 seguidos ante esta Corte y que ordenaron nuevamente la revisión de los antecedentes del amparado, todo lo que permite concluir que este no detenta conducta intachable y, por ende, no cumple los requisitos del decreto ley Nº 321 y Decreto Supremo Nº 2442 respectivos.

Octavo: Que, la recurrida, actuando dentro del ámbito de sus atribuciones, denegó la concesión de libertad condicional solicitada por el amparado, constando dicha decisión con la debida fundamentación según se consigna en el considerando anterior, la que se apoya en los antecedentes proporcionados por Gendarmería, sin que haya incurrido en un acto arbitrario y además dando cumplimiento por lo resuelto por la Tercera Sala de esta Corte en los autos rol 1203-2016.

Noveno: Que, por último, como la misma recurrida lo reconoce, y se desprende del artículo 3º del Decreto ley Nº 321, del Ministerio de Justicia,

de 10 de marzo de 1925, que establece la Libertad Condicional para los Penados, dicho beneficio no es obligatorio otorgarlo sino facultativo, por lo que tampoco resulta ser un acto ilegal.

Por estas consideraciones y, visto, además lo dispuesto en las normas legales citadas y artículo 21 de la Constitución Política de la República, se rechaza el recurso de amparo deducido en favor de S.A.U.G.

Acordada con el voto en contra del ministro(s) señor A., quien estuvo por acoger el recurso, por estimar que la nueva resolución dictada por la Comisión recurrida es arbitraria e ilegal, puesto que se sustenta en el mismo informe psicosocial del amparado que sirvió de base para rechazar el beneficio impetrado y que fue dejado sin efecto por la sentencia dictada en causa rol 1203-2016. A lo anterior se suma el hecho que el amparado registra muy buena conducta en los últimos tres bimestres atendido el informe de antecedentes de aquel, lo que se contradice con la conclusión adoptada por la recurrida, hecho que provoca que la decisión devenga arbitraria e ilegal".

Apelación de amparo en contra de la resolución de la Corte que desechó recurso en contra de resolución de la Comisión de Libertad Condicional que desestima conceder libertad condicional a un condenado

"Santiago, treinta de diciembre de dos mil veintidós.

Vistos: Se reproduce lo expositivo de la sentencia en alzada, suprimiéndose de su texto los fundamentos que sirven para desestimar la acción constitucional interpuesta. Y teniendo en su lugar presente:

1. Que el informe psicosocial de Gendarmería de Chile, elaborado en cumplimiento de la normativa legal aplicable, no refiere antecedentes categóricos que permitan orientar sobre factores de riesgo de reincidencia del amparado, que impidan reconocer su posibilidad de reinsertarse a la sociedad al momento de postular a libertad condicional conforme lo expresa el decreto ley Nº 321, en el texto actual de su artículo 2º, número 3.

2. Que del mérito de los antecedentes, aparece de manifiesto que respecto del recurrente se reúnen los requisitos exigidos por el decreto ley Nº 321 para la concesión de libertad condicional, y de conformidad además con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia apelada de siete de diciembre de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso Corte 4385-2022 y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de amparo

interpuesto en favor de L.A.D.L., dejándose sin efecto la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional reunida en sesión del segundo semestre del año en curso, y se le reconoce el derecho a la libertad condicional impetrado, debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para su materialización.

Acordada con el voto en contra de los ministros Sr. Valderrama y Sra. Letelier, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada en virtud de sus propios fundamentos. Comuníquese de inmediato por la vía más expedita, regístrese y devuélvase. Sin perjuicio, ofíciese. Rol 162.684-2022.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros(as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R.".

Apelación de amparo en contra de la resolución de la Corte que desechó recurso en contra de resolución de la Comisión de Reducción de Condena que desestima conceder tal beneficio a un condenado

"Santiago, treinta de diciembre de dos mil veintidós.

Al escrito folio 224578-2022: atendido lo dispuesto por el Auto Acordado 259- 2021 de esta Excma. Corte Suprema, publicado con fecha 14 de octubre de 2022, y no habiéndose justificado suficientemente la necesidad de escuchar alegatos en atención al derecho invocado, no ha lugar.

Vistos: Se confirma la sentencia apelada de catorce de diciembre de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso Corte 4780-2022. Se previene que el ministro Sr. Llanos, estuvo por confirmar, por entender que el Ministerio de Justicia carece de legitimación para apelar, de conformidad a lo previsto el artículo 26 incisos primero y segundo de la ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado y el artículo 2º del Decreto con Fuerza de ley Nº 1 del año 1993, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado. Acordada con el voto en contra de los ministros Sr. Valderrama y Sra. Letelier, quienes fueron del parecer de revocar la sentencia apelada y, en su lugar rechazar el recurso de amparo interpuesto, teniendo presente para ello:

1. Que se desprende de los dichos del solicitante recurrente de amparo, que invoca la vulneración de un derecho adquirido del cual sería titular, esto es, el derecho a la reducción de condena que se traduciría en su libertad. Por su parte, la recurrida señala que lo que le reprocha el amparado lo hace en

virtud de disposición legal expresa penal relativa a derechos fundamentales.

2. Que la Nº 19.856 se refiere en su Título I al "beneficio de reducción de condena", el cual se hace efectivo de conformidad al artículo 4º, en el momento en que se diere total cumplimiento a la pena impuesta, una vez aplicada la rebaja que correspondiere de acuerdo a esta ley.

3. Que, en este caso, el amparado una vez aplicada la rebaja habría cumplido la pena el 4 de noviembre de 2022, y sin dicha rebaja finalizaría su pena, considerando los abonos pertinentes, el 16 de enero de 2024.

4. Que la norma de la ley Nº 19.856 concede un beneficio y no establece un derecho, por lo que no cabe hablar más que de una mera expectativa sujeta al cumplimiento de los requisitos legales del caso.

5. Que, los requisitos legales del caso son, entre otros, los contemplados en la ley Nº 21.421, norma que es imperativa y de cumplimiento irrestricto por parte de los Organismos de la Administración del Estado, como lo es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

6. Que conforme a lo anterior el derecho que se alega vulnerado no es tal, sin que le sea exigible a la recurrida satisfacer una mera expectativa yendo en contra de un mandato legal expreso, de lo que se desprende que su conducta se ajusta a la legalidad vigente.

7. Que, además, para la acertada resolución de este recurso es útil tener presente que la ley Nº 21.421, que modifica la ley Nº 19.856, debe considerarse como una norma integrante del ordenamiento ejecutivo de las penas, de orden administrativo y, por ende, no queda sujeta al principio de irretroactividad de la ley penal, como lo ha planteado el recurrente.

8. Que, en consecuencia, la recurrida no ha incurrido en la ilegalidad que se le atribuye".

Apelación de amparo en contra de la resolución de la Corte que desechó recurso en contra de resolución de la Comisión de Libertad Condicional que desestima conceder libertad condicional a un condenado

"Santiago, treinta de julio de dos mil dieciocho.

Vistos:

De la sentencia apelada se reproducen sus fundamentos 1 a 3, eliminándose los demás. Y se tiene en su lugar y además presente:

1. Que la Comisión recurrida rechazó el otorgamiento de la libertad condicional perseguida por el encartado, señalando lo siguiente: 'Que con arreglo al artículo 3º del decreto ley Nº 321 constituye una facultad la concesión de la libertad condicional en los casos en que los sentenciados

hayan cometido alguno de los delitos reseñados en la norma antes mencionada, hipótesis que acontece en estos casos, por lo que se procederá a denegar la concesión de dicho beneficio en virtud de las siguientes consideraciones: a. Que sin perjuicio de que el certificado de conducta la califica como muy buena, el contenido del informe psicosocial integrado del condenado es negativo en cuanto a las manifestaciones de su carácter, tendencias y moralidad; ya sea porque tienen insuficiente o inexistente conciencia del delito y del daño ocasionado a consecuencia de aquel, o validando o justificando conductas delictuales, entre otros aspectos negativos de su personalidad; b. Que los aspectos antes descritos no permiten conceder a los internos que se individualizarán la libertad condicional a la que postulan, encontrándose esta Comisión habilitada para negar tal beneficio en conformidad a lo dispuesto en el citado artículo 3º del decreto ley Nº 321, no obstante cumplir los requisitos de carácter objetivo que prevé el artículo 2º del mismo cuerpo normativo'.

2. Que el amparado se encuentra cumpliendo una pena de diez años y un día de presidio impuesta por el delito de secuestro calificado, ilícito no considerado en el artículo 3º del DL Nº 321 aludido por la Comisión recurrida, por lo que, cumpliendo todos los extremos del artículo 2º del mismo cuerpo legal, como expresamente reconoce esta en su informe, no se encontraba facultada para denegarle la libertad condicional solicitada.

3. Que, sin perjuicio de lo anterior, conviene aclarar que aun cuando el párrafo 3º del artículo 110 del Estatuto de Roma establece restricciones para la reducción de la pena a quienes hayan sido condenados, entre otros, por crímenes de lesa humanidad –como se califica el cometido por el amparado–, tales limitaciones rigen sólo para la rebaja de sanciones impuestas por la Corte Penal Internacional establecida por dicho Estatuto, lo que, huelga aclarar, no se ajusta al caso *sub lite*.

4. Que, además de lo anterior, y en relación a la restricción contemplada en el párrafo 3º del artículo 110 del Estatuto de Roma, para el examen de la reducción de la condena, esto es, que el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, cabe recordar que el legislador nacional, en diversas oportunidades, la última de ellas mediante la ley Nº 20.931 de 5 de julio de 2016, ha aumentado el tiempo mínimo de la pena que se debe servir para acceder a la libertad condicional, tratándose de diversos delitos en que estima necesaria tal restricción, sin incluir los delitos tratados en el Estatuto de Roma o en la ley Nº 20.357 de 18 de julio de 2009 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra. Asimismo, tampoco se han introducido nuevos requisitos o elementos, en el DL Nº 321 o en

su Reglamento, que deban ponderarse por la Comisión para decidir el otorgamiento de la libertad condicional, similares al previsto en la letra a) del párrafo 4º del artículo 110 del Estatuto de Roma ('Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos'), como sí se incorporaron en el artículo 109 ter del Reglamento de Establecimiento Penitenciarios mediante el Decreto Nº 924 de 22 de febrero de 2016, que respecto de delitos 'perpetrados en el contexto de violaciones a los Derechos Humanos, por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actuaron con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado', exige además de los requisitos generales para poder autorizar alguno de los permisos de salida que dicho ordenamiento prevé, que se acredite 'por cualquier medio idóneo que han aportado antecedentes serios y efectivos en causas criminales por delitos de la misma naturaleza'. Lo expuesto evidencia que, sin ser recogidas expresamente por nuestro ordenamiento constitucional o legal, las restricciones previstas en el artículo 110 del Estatuto de Roma no resultan atingentes para dirimir el otorgamiento de la libertad condicional, siendo necesaria su incorporación por vía legal desde que importan una restricción al derecho a recuperar la libertad ambulatoria que surge del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 2 del DL Nº 321, como se desprende de lo prescrito en el artículo 19 número 7 letra b) de la Constitución Política de la República.

5. Que, reafirmando lo antes razonado, el Instituto Nacional de Derechos Humanos en su informe denominado 'Opinión de INDH sobre beneficios carcelarios a condenados por crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad', el que en lo tocante a la posibilidad de conceder beneficios a los condenados por delitos contra los derechos humanos, ha referido que: 'Desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos, la posibilidad de aplicar atenuantes y beneficios respecto de condenados por estos crímenes es aceptada, a condición que la sanción impuesta sea efectiva'. Prosigue el citado informe refiriendo que: 'El grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzosa de Personas (2013), precisamente en relación al caso chileno ha reiterado estos estándares al señalar que […] hay tres elementos indispensables que deben considerarse. Por un lado debe existir control judicial de la concesión de cualquier tipo de beneficio. Además, debe considerarse la especial gravedad del delito al momento de evaluar su concesión. Finalmente, debe existir un proceso transparente y que asegure la debida información pública acerca de los criterios utilizados para la concesión de estos beneficios y los motivos

particulares de la concesión en cada caso concreto'. Continúa exponiendo que 'como se aprecia, en ningún caso se prescinde en el Derecho Internacional Penal de la posibilidad de acceder a beneficios en la etapa de determinación o de ejecución de la pena […] lo que se exige es que se impongan las sanciones que en derecho correspondan'. Finalmente, el documento en análisis concluye señalando que: 'el INDH sostiene que conforme al derecho internacional de los derechos humanos, quienes han sido condenados en causas por delitos de lesa humanidad pueden acceder a los beneficios y medidas alternativas […] en la medida en que se garantice la investigación, la determinación de responsabilidades, se impongan las sanciones adecuadas y proporcionales al daño ocasionado', extremos todos ellos cuyo concurso no se desconoce por la Comisión recurrida.

6. Que, en el orden referido, las Convenciones suscritas por Chile en materia de derechos humanos no impiden reconocer a los condenados su derecho a reincorporarse a la sociedad mediante mecanismos como el de la libertad condicional y, concordantemente, el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, en la resolución sobre el cumplimiento de la sentencia de 7 de septiembre de 2012, sólo cuestiona el otorgamiento 'indebido' de beneficios en la ejecución de la pena, lo que eventualmente puede conducir a una forma de impunidad, situación que no se presenta en el caso de autos, donde el amparado cumple los extremos legales y reglamentarios para acceder a la libertad condicional.

7.º Que, aun cuando todo lo ya señalado resulta suficiente para revocarla sentencia apelada y acoger la acción deducida, no está de más señalar que, en relación al resultado negativo del informe psicosocial que la Comisión recurrida invoca para no ejercer la facultad del artículo 3º del DL Nº 321 –erróneamente como se ha dicho, pues el secuestro no está mencionado endicha disposición–, tal alusión no puede estimarse como suficiente para cumplir el deber de motivar adecuadamente una decisión que conlleva prolongar la privación de libertad del amparado, desde que entrega fundamentos genéricos en relación a diversos condenados, lo que no resulta aceptable si dichos fundamentos son atingentes a elementos psicológicos de carácter estrictamente personal. En efecto, la decisión de la Comisión recurrida, no fundamenta ni siquiera de manera breve, por qué concretamente en relación al amparado el contenido del informe psicológico evacuado a su respecto le impide reintegrarse a la sociedad, sin que baste, como se ha dicho, la mera y general remisión a la opinión de los peritos informantes, porque ello en definitiva importaría radicar en estos, y no

en la Comisión, decidir el otorgamiento de la libertad condicional y, además, aceptar que tal asunto se defina en último término, nada más que en base a apreciaciones subjetivas obtenidas en una entrevista llevada a cabo en un determinado momento del encierro, opacando de ese modo el cumplimiento de los demás extremos, en particular el observar una conducta intachable durante todo el período sujeto a calificación –incluso calificada como sobresaliente con la consiguiente rebaja de pena por 8 meses–, lo que en definitiva haría vanos los esfuerzos concretos delos internos por mantener una correcta conducta en el interior del recinto con el objeto de acceder a la libertad condicional.

8. Que, finalmente, conviene aclarar que lo que se ha venido reflexionando no conlleva desconocer la particular gravedad de los crímenes de lesa humanidad como aquel por el que cumple condena el amparado, sin embargo, tal carácter ya fue considerado para excluir la extinción de responsabilidad penal –y civil– que operaría en delitos comunes, por causales como la amnistía y la prescripción, así como para fijar la cuantía de la pena y, por consiguiente, determinar su cumplimiento efectivo, de manera que no resulta razonable considerarlo nuevamente, esta vez, para negar de manera absoluta el acceso a la libertad condicional si se han respetado todos los estándares que el derecho internacional ha demandado para tal efecto, reseñados en el motivo 5 *ut supra*.

9. Que, en consecuencia, en este caso la Comisión recurrida ha negado la libertad condicional al amparado pese a cumplir todos los extremos previstos en el artículo 2º del DL Nº 321, con lo cual se le ha privado ilegalmente de su derecho a recuperar, condicionalmente, su libertad ambulatoria, por lo que la acción de amparo examinada deberá ser acogida en la forma pedida en el arbitrio.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia apelada de diecisiete de julio de dos mil dieciocho dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa rol 1589-2018 y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto a favor de G.S.S. dejándose sin efecto la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional reunida en abril del año en curso, y se le reconoce el derecho a la libertad condicional impetrado, debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para su materialización. Se previene que el ministro Sr. Künsemüller concurre a la decisión de revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acoger el recurso, teniendo solamente en cuenta que el amparado cumple los requisitos objetivos exigidos por el DL Nº 321, únicos que ha de satisfacer el condenado, la edad del solicitante y

la circunstancia de que no se divisan qué mayores fines de rehabilitación podrán obtenerse con una prolongación de la privación de libertad.

Comuníquese de inmediato por la vía más expedita, regístrese y devuélvase. Sin perjuicio, ofíciese. Rol 16.817-18 Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Valderrama R., y los abogados integrantes Sres. Ricardo Abuauad D., y Antonio Barra R. No firma el ministro Sr. Künsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios".

Apelación de amparo en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago por beneficio de reducción de condena por delitos de lesa humanidad

"Santiago, treinta de diciembre de dos mil veintidós.

Vistos: Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus considerandos sexto a noveno los cuales se eliminan. Y teniendo en su lugar y además presente:

Primero: Que, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República 'El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes'.

Segundo: Que así, adquiere relevancia en la materia el Estatuto de la Corte Penal Internacional, también denominado Estatuto de Roma, que corresponde a un tratado internacional ratificado por Chile y publicado en el *Diario Oficial* el 1 de agosto de 2009, que establece una jurisdicción complementaria a las jurisdicciones penales nacionales para perseguir los más graves delitos de trascendencia internacional, entre ellos, los de lesa humanidad. Lo anterior ya que la consideración de estas reglas constituye un estándar internacional exigible para la ejecución de toda condena por los referidos ilícitos; de tal modo que las reglas del derecho interno han de interpretarse conforme al derecho internacional de los derechos humanos y a los principios, reglas y directrices que establecen los tratados internacionales aplicables en la materia.

Tercero: Que, dicho lo anterior, se debe señalar que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, establece en el numeral 4 de su artículo

110, referido al examen de una reducción de la pena que: 'Al proceder al examen con arreglo al párrafo 3º, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores: a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos; b) si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a esta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o c) otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena'.

Cuarto: Que, a su vez, las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, relativo al examen de una reducción de la pena con arreglo al artículo 110 del referido Estatuto de la Corte Penal, establece en su Regla 223, que al examinar una reducción de la pena se tendrán en cuenta los criterios enumerados en el párrafo 4º a) y b) del artículo 110 y, entre otros, letra 'a) La conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen'; lo que esta Corte ha entendido importa como conciencia del delito y del daño causado (rol CS 149.153-2020).

Quinto: Que, las normas señaladas corresponden a tratados internacionales relativos a una jurisdicción complementaria a las penales nacionales para perseguir delitos de lesa humanidad, que al haberse incorporado al derecho interno de conformidad al artículo 5 de nuestra Constitución Política, deben servir para interpretar la ley Nº 19.856 y su Reglamento determinando un sentido y alcance de la normativa interna que armonice con las reglas de derecho internacional.

Sexto: Que, de este modo encontrándose el amparado cumpliendo pena por delitos que se han catalogado como de lesa humanidad, resulta indispensable, para los efectos de otorgar el beneficio de reducción o rebaja de condena, que cumpla con los requisitos señalados en ley Nº 19.856 pero además con aquellos contenidos en el Estatuto de Roma y en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Séptimo: Que, asimismo, cabe indicar que no sólo la judicatura se encuentra obligada a respetar y aplicar en sus decisiones los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sino que lo mismo corresponde a todo órgano del Estado, los cuales deben ceñir su acción a dicha preceptiva más aún si esta aparece vinculada a derechos fundamentales que, conforme al tantas veces citado artículo 5º de la Carta Fundamental, limitan el ejercicio de la soberanía nacional.

Octavo: Que, en consecuencia, la decisión contenida en el decreto exento 2671 de 25 de noviembre último del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que rechazó el beneficio de reducción de condena respecto de R.Q.S., en razón de la naturaleza del delito por el cual fue condenado y de la normativa internacional aplicable a delitos de lesa humanidad, no resulta ser ilegal ni tampoco arbitraria, motivo por el cual la acción de amparo será desestimada.

Noveno: Que, a mayor abundamiento, cabe expresar que igualmente se ha señalado que la situación del amparado y de la sanción que corresponde que cumpla no se encuentra suficientemente dilucidada considerando la información que se ha proporcionado en relación a la existencia de distintos procesos seguidos en su contra por delitos de secuestro y aplicación de tormentos, lo cual introduce un elemento de incertidumbre en relación a su situación procesal que justifica igualmente la decisión adoptada a su respecto.

Por estas consideraciones y lo dispuesto, además, en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia apelada de treinta de noviembre de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el rol de ingreso Corte 4544-2022 y, en su lugar, se declara que se rechaza el recurso de amparo deducido a favor de R.P. Q.S. Se previene que el ministro Sr. Brito concurre a la decisión de revocarla apelación impetrada, teniendo además presente que respecto al amparado subsisten procesos hasta ahora no afinados lo cual introduce un elemento de incertidumbre en relación a su situación procesal que justifica igualmente la decisión adoptada a su respecto".

Apelación de amparo en contra de la resolución de la Corte que desechó recurso en contra de resolución de la Comisión de Reducción de Condena que desestima conceder tal beneficio a un condenado

"Santiago, nueve de julio de dos mil dieciocho.

Vistos: De la sentencia apelada se reproducen sus fundamentos 1 a 4, eliminándose lo demás. Y se tiene en su lugar y además presente:

1. Que el artículo 25 del Reglamento del DL Nº 321, señala que 'si la Comisión estimare improcedente conceder el beneficio, fundamentará su rechazo'.

2. Que la Comisión recurrida rechazó la libertad condicional pretendida por el amparado por no cumplir con la exigencia de tiempo mínimo.

3. Que, a diferencia de lo señalado por la Comisión, considerando los veinte meses de reducción obtenidos por su conducta sobresaliente de conformidad con la ley Nº 19.856 y el abono de 1.039 días, el tiempo mínimo requerido para acceder a la libertad condicional se cumplió el veinte de octubre de dos mil dieciséis.

4. Que por su parte, la sentencia rechazó el otorgamiento de la libertad condicional perseguida por el encartado, atendido que el contenido del informe psicosocial integrado es negativo, lo que incide en un desfavorable pronóstico de reinserción social, en cuanto no cuenta con las aptitudes necesarias para reinsertarse en la sociedad con un bajo riesgo de reincidencia criminal, lo que implica que no se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social, habilitando ello a la Comisión para negar la libertad condicional conforme al artículo 3º del DL Nº 321, no obstante cumplir el amparado los requisitos de carácter objetivo que prevé el artículo 2º del mismo cuerpo normativo.

5. Que, si bien esta Corte ha señalado que en los casos previstos en el artículo 3º del DL Nº 321 el mero cumplimiento de los requisitos objetivos contemplados en el artículo 2 de ese cuerpo legal no impone el deber de otorgar la libertad condicional, quedando reservado a la Comisión recurrida la facultad de ponderar los antecedentes que le sean presentados y, conforme a ellos, decidir fundadamente sobre la solicitud, el carácter facultativo de esa determinación no importa que la misma pueda adoptarse descuidando el deber de motivarla adecuadamente, deber que no se cumple en la resolución impugnada, la que entrega fundamentos genéricos en relación a diversos condenados, lo que resulta menos aceptable si dichos fundamentos son atingentes a elementos psicológicos de carácter estrictamente personal.

5. Que, de esa manera, la decisión, no fundamenta ni siquiera de manera breve, por qué concretamente en relación al amparado el contenido del informe psicológico evacuado a su respecto le impide reintegrarse a la sociedad, sin que baste, como se ha dicho, la mera y general remisión a la opinión de los peritos informantes, porque ello en definitiva importaría radicar en estos, y no en la Comisión, decidir el otorgamiento de la libertad condicional y, además, aceptar que tal asunto se defina en último término, nada más que en base a apreciaciones subjetivas obtenidas en una entrevista llevada a cabo en un determinado momento del encierro, opacando de ese modo el cumplimiento de los demás extremos, en particular el observar una conducta intachable durante todo el período sujeto a calificación –incluso calificada como sobresaliente con la consiguiente rebaja de pena por 20 meses–, lo que en definitiva haría vanos

los esfuerzos concretos delos internos por mantener periódicamente una correcta conducta en el interior del recinto con el objeto de acceder a la libertad condicional.

6. Que, en consecuencia, en este caso la Comisión recurrida ha ejercido la facultad otorgada en el artículo 3º del DL Nº 321 para negar la libertad condicional al amparado pese a cumplir todos los extremos previstos en el artículo 2º del mismo texto, de manera infundada, con lo cual se le ha privado ilegalmente de su derecho a recuperar, condicionalmente, su libertad ambulatoria, por lo que la acción de amparo examinada deberá ser acogida en la forma pedida en el arbitrio.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 dela Constitución Política de la República, se revoca la sentencia apelada de quince de junio de dos mil dieciocho, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso Corte 1348-2018 y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto a favor de J.A.A. dejándose sin efecto la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional reunida en abril del año en curso, y se le reconoce el derecho a la libertad condicional impetrado, debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para su materialización".

Anexos

Anexo 1. Guía de ejercicios de determinación de las penas

Para finalizar, se presenta una breve guía de ejercicios de determinación de pena, en base a un ejercicio modelo.

En cada ejercicio se otorgará la siguiente información para determinar la pena aplicable al caso concreto:

- Hecho acreditado.
- Calificación jurídica.
- Grado de participación.
- *Iter criminis*.
- Modificatorias de responsabilidad penal concurrentes.

Con la información anterior se deberá hacer la determinación judicial de la pena, haciéndose primero la determinación legal de la misma y luego la individualización judicial de la sanción. Por último, habrá que decidir la sanción final y la parte resolutiva de la condena, aplicando –si es que procediere– alguna pena sustitutiva.

Siempre se debe tener presente, para cada ejercicio, cuál es la ley vigente a la fecha del hecho.

Ejercicio modelo general

Hecho acreditado:

> "Que, el día 29 de febrero del 2020 cerca de las 03:30 horas de la madrugada, en circunstancias que la víctima Jonathan, se encontraba en el frontis del domicilio ubicado en calle x, casa x, Cerro Esperanza, Valparaíso, en compañía del imputado Marcelo, mantuvieron una discusión verbal en la cual el imputado le pedía dinero a la víctima para comprar cervezas, diciéndole que le pegaría una puñalada, al rehusarse la víctima a darle dinero, el imputado extrajo desde sus vestimentas un cuchillo con el cual, con ánimo de matar a la víctima, la agredió provocándole una

herida corto punzante torácica derecha, la cual le ocasionó la muerte por un hemotórax derecho, huyendo el agresor del sector".

Calificación jurídica:

Los hechos descritos permiten ser calificados jurídicamente como constitutivos del *delito de homicidio simple consumado* a que se refiere el artículo 391 número 2 del Código Penal. En efecto, el tipo penal de la norma indica que:

> "El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado:
> […]
> 2. Con presidio mayor en su grado medio en cualquier otro caso". [Ley vigente a la fecha del delito]

Participación del acusado e *iter criminis*:

El tribunal decidió condenar al acusado Marcelo como autor puro y simple –en los términos que exige el guarismo número 1 del artículo 15 del Código Penal– en el homicidio simple de Jonathan, ocurrido el día 29 de febrero de 2020, calificándose finalmente dichos hechos como un homicidio simple consumado.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Del mérito del extracto de filiación y de los antecedentes del enjuiciado, se advierte que aquel ha sido condenado con anterioridad a estos hechos, por diversos delitos. En suma, puede inferirse que el acusado Marcelo no tiene irreprochable conducta anterior.

Con todo, la defensa pidió la aminorante de la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos del artículo 11 número 9 del Código Penal. A juicio del tribunal, la defensa solo lleva razón en cuanto a que el acusado declaró en juicio. Sin embargo, su declaración no puede estimarse en este caso como una colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, porque pese a que Marcelo se coloca en el sitio del suceso y nombra al occiso, la dinámica o interacción que declara es precisamente la contraria a la acreditada por la prueba de cargo; es decir, se coloca o plantea como una víctima en este juicio, otorgando una versión excul-

patoria que lo liberaría de toda responsabilidad penal en la muerte de Jonathan, al señalar que habría obrado en legítima defensa propia, lo que la prueba rendida no confirma.

De la aplicación judicial de la pena:

Determinación legal de la pena:

El delito de homicidio simple estaba sancionado a esa fecha con una pena de presidio mayor en su grado medio, es decir, una que va desde los 10 años y 1 día a 15 años (artículo 391 número 2 del Código Penal). Y, como adelantamos, se ha acreditado la participación culpable del acusado Marcelo en calidad de autor del homicidio consumado de Jonathan.

De allí que, conforme a lo dispuesto en el artículo 50 del Código Penal:

> "A los autores de delito se impondrá la pena que para este se hallare señalada por la ley. Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado".

Es decir, se les deberá aplicar una pena que va desde los 10 años y 1 día a los 15 años de presidio mayor en su grado medio.

Que, en la especie entonces, se trata de una pena compuesta de un grado, por lo que procede hacer aplicación en primer lugar de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 67 del Código Penal, que dice:

> "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".

Por lo anterior, el margen de aplicación de la pena va desde los 10 años y 1 día a los 15 años.

Individualización judicial de la sanción:

Sin embargo, en consideración al artículo 69 del Código Penal, dentro de ese margen de pena, el tribunal debe regularla. La norma señala:

> "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".

Como ya se anticipó, no hay circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que considerar, ni tampoco existen razones como para estimar la aplicación de la pena en la parte más alta del grado, pues al contrario de lo que estima la fiscalía, el desvalor por el fallecimiento de la víctima está ya comprendido en la pena asignada al delito. Por ello, la declaración en juicio de la madre de la víctima no sirve sino a efectos de entender el tribunal la congoja que puede sentir una madre por la muerte de su hijo, pero esa pérdida (la muerte de otro) ya está comprendida en el desvalor del tipo penal del homicidio simple. Entonces, como no se trata en este caso de una acción civil indemnizatoria de perjuicios derivados de daño moral, la congoja no es un antecedente válido para justificar la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

Decisión:

> "Que se condena al acusado Marcelo, cédula nacional de identidad número xxxxxxx, ya individualizado, a sufrir la pena de diez (10) años y un (1) día de presidio mayor en su grado medio, como autor del delito de homicidio simple consumado de Jonathan, cometido el día 29 de febrero de 2020 en esta ciudad.
>
> Que se condena al enjuiciado Marcelo a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.
>
> Que, la pena privativa de libertad que por este fallo se le impone al encartado Marcelo, de 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio, la deberá cumplir de manera efectiva por no proceder en su beneficio ninguna de las penas sustitutivas de la ley Nº 18.216 en atención al *quantum* de la pena impuesta, sin que existan abonos que considerar. Que, en atención a que ha sido defendido por la Defensoría Penal Pública, se exime al condenado Marcelo de pagar las costas del juicio.
>
> Cúmplase, en lo pertinente, una vez ejecutoriado este fallo con lo dispuesto en la ley Nº 19.970, esto es, toma de huella genética respecto del encausado Marcelo".

Ejercicio 1

Hecho acreditado:

> "Que, el día 15 de agosto de 2016, aproximadamente a las 20:00 horas, en el interior del Servicentro Copec ubicado en Ruta 68, kilómetro 97,

> Placilla de Peñuelas, Valparaíso, el acusado Ricardo fue sorprendido, mientras forcejeaba con terceras personas, teniendo y portando, sin la competente autorización, en el bolsillo de una chaqueta roja que traía consigo, 01 cargador marca Glock con 15 cartuchos calibre 40 sin percutir".

Calificación jurídica:

El artículo 2º letra c) de la Ley Nº 17.798 dispone:

> "Quedan sometidos a este control:
> […]
> c) Las municiones y cartuchos".

A su vez, el artículo 9º inciso segundo de dicha ley prohíbe a las personas poseer, tener o portar municiones, sin la competente autorización, que es lo que se ha acreditado en este juicio con el informe 1595/225, de 28 de septiembre de 2016, emitido por la Autoridad Fiscalizadora 021 de Valparaíso. El informe señala que el acusado no tiene armas de fuego inscritas a su nombre y no consta, entonces, con permiso para porte o transporte de armas ni sus municiones. Lo anterior se ratifica con las Consultas Registro de Control de Armas y Explosivos de la Dirección General de Movilización Nacional que indican lo mismo por el RUT del acusado.

Participación del acusado e *iter criminis*:

El tribunal da por acreditada la participación del acusado como autor puro y simple en los términos establecidos en el numeral 1 del artículo 15 del Código Penal, por los hechos de tenencia de municiones, delito que está consumado.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Respecto del delito de porte ilegal de municiones lo benefician dos atenuantes –las del artículo 11 número 6 y 9 del Código Penal– y no lo perjudica ninguna agravante.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de

responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 2

Hecho acreditado:

> "Que, el día 28 de septiembre de 2021, siendo aproximadamente las 05:15 horas, en la intersección de Avenida Francia y Avenida Colón, en la ciudad de Valparaíso, personal de Carabineros procedió a la fiscalización del automóvil marca Chevrolet modelo Corsa de color blanco, el cual circulaba sin placas patentes. Al ser fiscalizado su conductor, el imputado, Rodrigo, entregó a Carabineros una placa patente provisoria correspondiente al vehículo LB-5793, y toda la documentación vigente y al día correspondiente a dicho vehículo y patente, registrado a nombre de doña Gema, percatándose el personal policial que la documentación no correspondía a las características físicas del vehículo fiscalizado, estableciéndose así que el vehículo correspondía realmente al automóvil marca Chevrolet modelo Corsa color blanco, placa patente única WK-6482, inscrito a nombre de Maickol".

Calificación jurídica:

La unión lógica y sistemática de los hechos permite calificarlos como un delito del artículo 192 letra e) de la Ley Nº 18.290:

> "Será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo y, en su caso, con la suspensión de la licencia de conductor o inhabilidad para obtenerla, hasta por 5 años, y multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales, el que: […] e) Conduzca, a sabiendas, un vehículo con placa patente ocultada o alterada o utilice, a sabiendas, una placa patente falsa o que corresponda a otro vehículo".

Participación del acusado e *iter criminis*:

El tribunal tiene por acreditada la participación del acusado Rodrigo, como autor puro y simple –en los términos establecidos en el numeral 1

del artículo 15 del Código Penal– por conducir un automóvil con placa patente de otro vehículo, a sabiendas.

Modificatorias de responsabilidad penal:

La confesión para la acreditación del dolo directo en la conducta del acusado merece la calificación de atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos. De la declaración del enjuiciado se desprende que el uso de la patente provisoria era un hecho conocido del conductor, quien tampoco ocultó dicha información a la policía ni al tribunal. Más aún, el acusado reconoció el elemento subjetivo del dolo directo exigido en el tipo penal, pues manifestó que la placa patente provisoria era de un auto de su madre, Gema, dato que coincide con el nombre de la propietaria del móvil según la prueba documental acompañada por la defensa. Además, no se evidenció ningún ánimo delictual de esconder la propiedad del móvil que conducía, el que no tenía encargo por robo. Según el relato del acusado, compró el automóvil como chatarra y lo hizo funcionar para competir en carreras en el autódromo de Quilpué debido a que es mecánico de profesión.

En suma, respecto del delito de que resulta responsable tiene una atenuante en el carácter de muy calificada –la del artículo 11 número 9 del Código Penal– y no lo perjudica ninguna agravante.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 3

Hecho acreditado:

> "Que el día 9 de septiembre de 2019, aproximadamente a las 16:45 horas, en circunstancias que la víctima Julio, se encontraba junto a su nieto al

interior del parque Italia de esta ciudad, en calle Pedro Montt intersección Calle Freire, se acercó desde atrás el imputado Hugo, quien le sustrajo sin su voluntad, un bolso con diversas especies que la víctima mantenía cerca de su cuerpo, para luego huir del lugar, siendo detenido a los pocos metros por la policía".

Calificación jurídica:

La unión lógica y sistemática de los hechos permite calificarlos como constitutivos del delito de hurto del artículo 432 del Código Penal, toda vez que se ha acreditado con la prueba rendida que el acusado Hugo, sin que hubiera mediado fuerza, ni violencia ni intimidación, sustrajo diversas especies muebles (un bolso de mano de color negro que contenía en su interior poleras, gorros y una estatuilla de un Óscar), contra la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro.

Ahora, en cuanto a la pena aplicable a los autores de hurto, según lo previsto en el artículo 446 del Código Penal, el tribunal hace una tasación prudencial de las especies sustraídas en una suma superior a media UTM, pero inferior a 4 UTM, con lo que la sanción aplicable sería la del 446 número 3 del Código Penal.

Participación del acusado e *iter criminis*:

El tribunal estima que concurren elementos suficientes para tener por acreditada la participación culpable del acusado en los hechos; lo que permite sostener, más allá de toda duda razonable, que a Hugo le correspondió autoría en la sustracción de una especie mueble ajena mediando clandestinidad, pues tomó parte de manera inmediata y directa en la ejecución del hecho, tal cómo se exige en el artículo 15 número 1 del Código Penal.

El acusado fue detenido casi inmediatamente con la totalidad de las especies sustraídas en su poder, a unos diez metros de la víctima. Esta situación permite concluir que el delito se encuentra en grado de consumado, pues el sujeto pudo disponer "deshaciéndose" de las especies que había sustraído previamente y que, por cierto, habían salido de la esfera de protección de su dueño.

Modificatorias de responsabilidad penal:

No hay agravantes y confluye en favor del acusado la atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal. El acusado registra una condena

penal anterior en procedimiento simplificado a 41 días de prisión en su grado máximo, pena cumplida, por delito de receptación cometido el 13 de septiembre del año 2017.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 4

Hecho acreditado:

> "Que, el día 22 de diciembre de 2019, cerca de las 03:30 horas de la madrugada, el imputado Yerko, se encontraba en el segundo piso del inmueble en el que vivía con su conviviente, la víctima Bárbara, y también allí de visita se encontraba Nicolás, edificio ubicado en calle Décima xxx, población Miramar, Playa Ancha, Valparaíso. Además de ellos, se encontraban en el primer piso del inmueble o edificio Víctor, Jessica y el menor Daniel. En ese momento el imputado le señaló a su conviviente Bárbara que 'dejaría la cagada', para lo cual tomó unas frazadas que se encontraban en un closet de un dormitorio del segundo piso y les prendió fuego con un encendedor, logrando incendiar gran parte del inmueble. El imputado al momento de realizar esta conducta, tenía pleno conocimiento que en el lugar se encontraban al menos las primeras dos personas que fueron mencionadas previamente".

Calificación jurídica:

En concepto del tribunal, los hechos configuran el delito de incendio previsto y sancionado en el artículo 475 número 1 del Código Penal.

Participación del acusado e *iter criminis*:

Se tiene por acreditado que, al acusado Yerko le ha cabido participación, culpable, en calidad de autor inmediato y directo en los hechos consti-

tutivos del delito consumado de incendio del artículo 475 número 1 del Código Penal. El tribunal tuvo por probado que el acusado actuó de manera inmediata y directa, incendiando el inmueble habitado, estando aquel con ocupantes en ese momento.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Se configura en los hechos la atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal y no hay agravantes que considerar.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 5

Hecho acreditado:

> "Que, el día 29 de mayo del año 2018, aproximadamente a las 10:00 horas, al interior del cuartel de bomberos perteneciente a la XX compañía de bomberos de Valparaíso, ubicado en Valparaíso, el acusado Daniel, aprovechando un momento en que se encontraba a solas con la víctima, doña Camila y mientras esta llevaba puesta solamente una toalla alrededor de su cuerpo, le expresa 'No me voy a quedar con las ganas', procediendo a realizar actos de relevancia y significación sexual en su contra, consistentes en tomarla fuertemente por ambas muñecas, mediante el uso de la fuerza, comenzar a besarla y arrinconarla contra unas literas ubicadas al interior de un dormitorio del cuartel y tocar con sus manos el cuerpo de la víctima por debajo de la toalla que llevaba puesta, incluyendo sus pechos, glúteos y vagina, para luego retirarse del lugar en dirección desconocida".

Calificación jurídica:

La conducta del acusado ha quedado comprendida en un abuso sexual propio del inciso primero del artículo 366 del Código Penal, en relación

con lo prevenido en el artículo 366 ter, concurriendo para su comisión la circunstancia del número 1 del artículo 361.

Participación del acusado e *iter criminis*:

Todos estos antecedentes, apreciados libre y racionalmente por el tribunal, le permitieron tener por acreditado –más allá de toda duda razonable – que el acusado participó en calidad de autor en los hechos que se dieron por establecidos, al haberse acreditado que actuó en ellos de una manera inmediata y directa, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 número 1 del Código Penal. A juicio del tribunal, el delito de abuso sexual propio está consumado.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Se le concede al acusado la atenuante de irreprochable conducta anterior a que se refiere el artículo 11 número 6 del Código Penal. Además, al contrario de lo que estiman la Fiscalía y parte querellante, el tribunal considera que sí procede la aminorante del artículo 11 número 9 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 6

Hecho acreditado:

> "Que, el día 2 de Julio de 2019, alrededor de las 12:00 horas, la víctima se encontraba en Calle Uruguay, de la comuna de Valparaíso, cuando sorpresivamente se le acerca el imputado Roberto, quien le arrebató sorpresivamente del cuello una cadena de oro, apropiándose de la misma

> con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, para luego darse a la fuga con la especie en su poder".

Calificación jurídica:

Los hechos importan para el tribunal un delito de robo por sorpresa, previsto en el artículo 436 inciso segundo del Código Penal.

Participación del acusado e *iter criminis*:

El tribunal estima que concurren los elementos suficientes para tener por acreditada la participación culpable del acusado en los hechos, lo que permite sostener –más allá de toda duda razonable– que a Roberto le correspondió autoría en la sustracción de una especie mueble ajena mediando sorpresa. Lo anterior, toda vez que tomó parte de manera inmediata y directa en la ejecución del hecho, tal como se exige en el artículo 15 número 1 del Código Penal. A juicio del tribunal, el delito está consumado.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Concurre la agravante del artículo 12 número 15 del Código Penal y no hay atenuantes.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 7

Hecho acreditado:

> "El día 23 de marzo de 2018, a eso de las 03:40 horas aproximadamente en Av. Errázuriz con calle Clave de Valparaíso el acusado Manuel conducía,

en estado de ebriedad, el móvil marca Chevrolet, modelo Cruze patente xxxx y al realizar una maniobra imprudente colisionó y dañó la parte posterior derecha del vehículo patente xxxx, marca Cherry, color gris plata, conducido por Nicolás, siendo Manuel detenido por carabineros constatando dicho personal que este mantenía un fuerte hálito alcohólico; y de la toma de muestra de sangre para la alcoholemia, esta arrojó 1,87 gramos por mil de alcohol en la sangre, ejerciendo la conducción en estado de ebriedad, sin haber obtenido licencia de conductor".

Calificación jurídica:

Delito de manejo en estado de ebriedad causando daños, sin haber obtenido licencia de conducir (contemplado en el inciso primero del artículo 196 de la Ley Nº 18.290).

Participación del acusado e *iter criminis*:

Autor inmediato y directo del delito consumado de manejo en estado de ebriedad causando daños.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Lo beneficia la atenuante del artículo 11 número 9 del Código Penal y lo perjudica la agravante del artículo 12 número 16 del mismo Código.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 8

Hecho acreditado:

"Que, el día 17 de marzo de 2018, a las 22:00 horas aproximadamente, mientras la víctima Julio se encontraba en el exterior del supermercado

> Santa Isabel, ubicado en Avenida Levarte con Avenida Porvenir, Playa Ancha, de la ciudad de Valparaíso, fue abordado por el imputado Jonathan, quien le golpeó la cabeza con una botella, cayendo la víctima al suelo. A raíz de lo anterior este resultó con lesiones consistentes en 'herida cortante en región frontal izquierda, de aproximadamente 4,5 centímetros' de carácter leve".

Calificación jurídica:

Que los hechos narrados permiten ser calificados como un delito de lesiones leves a que se refiere el artículo 494 número 5 del Código Penal.

Participación del acusado e *iter criminis*:

Autor inmediato y directo conforme al artículo 15 número 1 del Código Penal. El delito está consumado.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Que este tribunal le considerará la atenuante de la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, a que se refiere el artículo 11 número 9 del Código Penal, pues en definitiva la versión del acusado relativa a haberle propinado un golpe con una botella a la víctima, es la que en definitiva se acreditó en este juicio oral. No hay agravantes.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 9

Hecho acreditado:

> "Que, con fecha 21 de julio del año 2018, aproximadamente a las 13:20 horas, el acusado Franco, incendió el inmueble habitado ubicado en pasaje

> Los Boldos xx, Población Héroes del Mar, Placeres, Valparaíso, siendo detenido por terceros que lograron darle alcance y observaron su huida".

Calificación jurídica:

Que los hechos narrados en la consideración que antecede, en concepto de este tribunal, configuran el delito de incendio previsto y sancionado en el artículo 475 número 1 del Código Penal, toda vez que se acreditó que el acusado de este juicio procedió a incendiar el inmueble ubicado en pasaje Los Boldos xx de la Población Héroes del Mar, el que era habitado a la fecha del siniestro por Nelson y su familia.

Participación del acusado e *iter criminis*:

El tribunal estima que concurren los elementos suficientes para tener por acreditada la participación culpable del acusado cómo autor inmediato y directo en los términos del artículo 15 número 1 del Código Penal. El delito está consumado.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Concurre la atenuante del artículo 11 número 6 del Código Penal y no hay agravantes.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 10

Hecho acreditado:

> "Que, el día 9 de marzo de 2019, alrededor de las 11:20 horas, el acusado Eduardo, llegó como visita al Complejo Penitenciario de Valparaíso,

ubicado en Camino La Pólvora 665, de esta ciudad, portando y poseyendo consigo, entre sus pertenencias, 1 pasta dental de marca Colgate en cuyo interior mantenía 1 bolsa de nylon de color negro envuelta en *scotch* y 1 bolsa de nylon transparente envuelta con *scotch*, contenedoras en total de 2,23 gramos peso neto de cocaína base, para ser suministrada a los internos del penal, todo lo anterior sin tener autorización alguna para ello".

Calificación jurídica:

Delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga a que se refiere el artículo 4º de la Ley Nº 20.000.

Participación del acusado e *iter criminis*:

El tribunal estima que concurren los elementos suficientes para tener por acreditada la participación culpable del acusado cómo autor inmediato y directo en los términos del artículo 15 número 1 del Código Penal. El delito está consumado.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Concurren las atenuantes de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal y no hay agravantes. Sin embargo, como este delito fue descubierto al interior del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Valparaíso, lugar al que el acusado trataba de ingresar como visita portando el envase de pasta dental que en su interior llevaba oculta cocaína base, es aplicable la regla de determinación de pena del artículo 19 letra h) de la Ley Nº 20.000.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 11

Hecho acreditado:

> "Que, el día 23 de mayo de 2018 alrededor de las 17:00 horas el acusado Leonidas, ingresó al inmueble ubicado en calle Principal, Laguna Verde Valparaíso, de doña Ana mediante fractura de ventana contigua a la puerta de acceso principal, y una vez en el interior sustrajo con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueña diversas especies muebles, guardando las mismas en un bolso y una mochila que portaba el imputado, para luego saltar la reja perimetral con las especies en su poder, huyendo del lugar, siendo observado por un testigo mientras saltaba la reja del inmueble".

Calificación jurídica:

La unión lógica y sistemática de los hechos permite calificarlos como constitutivos de delito consumado de robo con fuerza en las cosas, perpetrado en un lugar destinado a la habitación, mediante escalamiento, a que se alude en el número 1 del artículo 440 del Código Penal.

Participación del acusado e *iter criminis*:

El tribunal considera que concurren elementos de convicción suficientes como para considerar –más allá de toda duda razonable– que al acusado le correspondió autoría en los términos exigidos en el número 1 del artículo 15 del Código Penal. Lo anterior, al haberse acreditado que el acusado actuó en los hechos de manera inmediata y directa. El delito está consumado.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Concurre en menoscabo del acusado la agravante de la reincidencia del artículo 12 número 16 Código Penal y no hay atenuantes.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de

responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 12

Hecho acreditado:

> "Que, el día 2 de julio de 2015, cerca de las 02:30 de la madrugada, el acusado Sebastián, concurrió hasta el Centro Cultural de calle Blanco de Valparaíso, ingresando por medio de escalamiento, una vez en su interior forzó puertas para sustraer con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, diversas especies, entre otras una guitarra eléctrica, un set de micrófonos, una pantalla de computador, un computador Mac, una cámara fotográfica, huyendo la persona con las especies en su poder".

Calificación jurídica:

La unión lógica y sistemática de los hechos importa para el tribunal la calificación jurídica de los mismos como un delito de robo con fuerza en las cosas perpetrado en lugar no habitado.

Participación del acusado e *iter criminis*:

El tribunal determinó que el acusado, Sebastián, fue autor del delito consumado en los términos exigidos en el número 1 del artículo 15 del Código Penal, al haberse acreditado que actuó en los hechos de manera inmediata y directa.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Concurre la agravante de reincidencia genérica del artículo 12 número 16 del Código Penal y las atenuantes de los números 7 y 9 del artículo 11 del mismo Código.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de

responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 13

Hecho acreditado:

> "El 2 de enero de 2023, a las 01:00 horas los acusados Maykol y Bryan de 16 y 17 años de edad, respectivamente, fueron sorprendidos por María cuando aquellos le mostraban en un computador una película pornográfica a su hija Sofía de 14 años, mientras le explicaban a la menor las imágenes donde se apreciaban claramente acciones sexuales entre un hombre y dos mujeres".

Calificación jurídica:

Que los hechos configuran el delito del artículo 367 septies del Código Penal.

Participación de los acusados e *iter criminis*:

El delito está consumado. La participación de los menores adolescente Maykol y Bryan es de coautores inmediatos y directos.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Ambos tienen la atenuante del artículo 11 número 6 del Código Penal y los perjudica la agravante de coautoría del artículo 368 bis número 2 del mismo Código.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 14

Hecho acreditado:

> "Que, el día 12 de diciembre de 2016, en horas de la madrugada, aproximadamente a las 02:00 horas, el imputado Javier ingresa al domicilio ubicado en Pasaje Rapa Nui, Cerro Mariposa; Valparaíso de propiedad del afectado Johnny; mediante el escalamiento y fractura de la puerta de acceso al domicilio y/o ventana del baño del mismo, con el propósito de sustraer especies con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, procediendo a su registro, siendo sorprendido por el afectado quien lo retiene y entrega posteriormente a Carabineros".

Calificación jurídica:

Que la unión lógica y sistemática de los permite calificarlos como constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas, perpetrado en un lugar destinado a la habitación, mediante escalamiento, a que se alude en el número 1 del artículo 440 del Código Punitivo, en relación a lo prevenido en el artículo 7º inciso segundo del mismo Código.

Participación del acusado e *iter criminis*:

El tribunal consideró –apreciando la prueba y otros indicios concluyentes – que el acusado participó como autor puro y simple, en los términos establecidos en el numeral 1 del artículo 15 del Código Penal, del delito frustrado de robo con fuerza en las cosas.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Concurre la atenuante de irreprochable conducta anterior. Además, el extracto de filiación del acusado da cuenta de que nació el día 3 de septiembre de 1999, por lo que a la fecha del delito, el 12 de diciembre de 2016, tenía 17 años 3 meses y 10 días. No hay agravantes de responsabilidad penal que considerar.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 15

Hecho acreditado:

> "Que, el día 1 de enero de 2021, en horas de la madrugada, en el interior del Hotel Voyager ubicado en Errázuriz, Valparaíso, se produjo una riña en la que participó, entre otros, el imputado Ariel, resultando con lesiones graves un tercero, Jesús".

Calificación jurídica:

Los hechos son constitutivos del delito de lesiones graves en riña o pelea del artículo 402 del Código Penal.

Participación del acusado e *iter criminis*:

El tribunal considera que el acusado participó en calidad de autor inmediato y directo en los términos del artículo 15 número 1 del Código Penal en las lesiones menos graves causadas a Jesús. Además, se acreditó que el delito estaba consumado.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Existen en favor del acusado dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal que considerar, números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal y ninguna agravante.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de

responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 16

Hecho acreditado:

> "Que, el día 8 de enero de 2020, en horas de la tarde, aproximadamente a las 16:10 horas, en el interior de la Plaza Echaurren, Valparaíso, el imputado Nicolás de 16 años de edad, se acercó a la víctima María, quien transitaba por el lugar junto a su cónyuge William, momentos en los cuales el imputado sorpresivamente y con ánimo de lucro y sin la voluntad de la afectada, procedió a tirar fuertemente de su cartera de material sintético, en cuyo interior, contenía un celular marca Samsung, de color blanco, una billetera con documentos personales y $5.000 pesos en dinero en efectivo, todo avaluado por la afectada en la suma de $150.000 pesos, arrebatándosela y apropiándose de dichas especies; huyendo del lugar con ellas en su poder, siendo finalmente detenido por Carabineros, recuperándose parte de ellas".

Calificación jurídica:

Se trata de un delito de robo por sorpresa en grado de consumado, a que se refiere el artículo 436 inciso segundo del Código Penal.

Participación del acusado e *iter criminis*:

Se declara la participación culpable del acusado como autor, en la forma dispuesta en el numeral 1 del artículo 15 del Código punitivo, pues la prueba permite concluir que aquel tomó parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, sustrayendo de forma sorpresiva una cartera que portaba la víctima.

Modificatorias de responsabilidad penal:

No tiene irreprochable conducta anterior y no hay agravantes.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 17

Hecho acreditado:

> "El día 31 de diciembre de 2022 a las 23:00 horas el acusado, Juan, procedió a golpear reiteradamente con sus puños la cabeza de la víctima, Marcela, y –aprovechando su estado de indefensión e incapacidad para oponerse procedió– a violarla por vía vaginal. Al despertar, sin sentido, Marcela increpó duramente a Juan por haberla violado, ante lo que el reaccionó airadamente pegándole con un palo en el cráneo a Marcela, causándole la muerte en el mismo lugar".

Calificación jurídica:

Delito de violación con femicidio del artículo 372 bis del Código Penal.

Participación del acusado e *iter criminis*:

Autor inmediato y directo del artículo 15 número 1 del Código Penal.

Modificatorias de responsabilidad penal:

No hay atenuantes ni agravantes de responsabilidad penal que considerar.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de

responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 18

Hecho acreditado:

> "El 7 de marzo de 2022, Julio de 25 años le pidió a Ernestina de 24 años, tener relaciones sexuales en la playa en que se encontraban. Ella se opuso expresando que no quería tener ningún tipo de relación sentimental ni menos sexual con Julio. Ante la negativa de Ernestina –hecho del que se rieron algunos amigos de Julio– aquel sacó un cuchillo de entre sus vestimentas y de manera ofuscada le propinó tres puñaladas, las que le causaron diversas lesiones internas que le produjeron la muerte en el mismo lugar".

Calificación jurídica:

Femicidio en razón de género del artículo 390 ter número 1 del Código Penal.

Participación del acusado e *iter criminis*:

Autor inmediato y directo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 número 1 del Código Penal. El femicidio está consumado.

Modificatorias de responsabilidad penal:

No hay atenuantes y lo perjudica la agravante del artículo 12 número 16, pues tiene una condena anterior de 7 años por homicidio (cometido el año 2014), con pena cumplida.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de

responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 19

Hecho acreditado:

> "Que, el día 29 de mayo de 2020, aproximadamente a las 16:00 horas, en circunstancias que la víctima don Luis transitaba por Avenida Matta del cerro Los Placeres, Valparaíso, su sobrino, Germán, procedió a agredirlo físicamente con un golpe de puño en el rostro, producto de lo cual el ofendido resultó con fractura orbito cigomático izquierda de carácter clínicamente grave, con tiempo de recuperación de tres a cuatro meses".

Calificación jurídica:

El hecho acreditado constituye, a juicio del tribunal, un delito de lesiones graves, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 397 número 2 del Código Penal.

Participación del acusado e *iter criminis*:

Autor inmediato y directo del artículo 15 número 1 del Código Penal, delito consumado.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Atenuante del artículo 11 número 6 del Código Penal y no hay agravantes.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 20

Hecho acreditado:

> "Que, el día 4 de enero de 2023, en horas de la mañana, en calle Fuentecilla, Cerro Polanco, de esta ciudad, la acusada Jazmín de 47 años, previo consumo de drogas y alcohol, llegó donde estaban la víctima Juan de 61 años de edad, conocida como 'Brenda' y el testigo Hans de 59 años, sosteniendo una discusión con la primera, golpeándola en la cabeza con una botella de vidrio, la que luego quebró y utilizando el gollete como arma corto punzante, atacó a la ofendida, provocándole una herida contuso penetrante en la región pélvica izquierda que le ocasionó la muerte minutos más tarde, a pocos metros del lugar, a causa de un shock hipovolémico compatible con laceración de la arteria femoral izquierda".

Calificación jurídica:

Los hechos son calificados jurídicamente como constitutivos de un delito de homicidio simple consumado a que se refiere el artículo 391 número 2 del Código Penal.

Participación del acusado e *iter criminis*:

El tribunal decidió condenar a la acusada al estimarla autora, pura y simple –en los términos que exige el número 1 del artículo 15 del Código Penal– del homicidio simple de Juan, calificándose finalmente dichos hechos como un homicidio simple consumado.

Modificatorias de responsabilidad penal:

No hay atenuantes y concurre la agravante del artículo 12 número 22 del Código Penal.

De la aplicación judicial de la pena:

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de

responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 21

Hecho acreditado:

> "El día 26 de febrero de 2024, alrededor de las 17.40 horas, en circunstancias que la víctima María, se encontraba transitando por calle Ernesto Riquelme con intersección de calle Arturo Fernández de Iquique, a las afueras del edificio Urbano Oriente de la ciudad de Iquique, fue abordada sorpresivamente por el imputado adolescente ADAN, quien procedió a sustraer desde las manos de la víctima, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueña, 01 teléfono celular Marca Huawei, color azul avaluado en la suma de $200.000 pesos, huyendo del lugar con la especie en su poder".

Calificación jurídica:

En concepto del tribunal, los hechos descritos son constitutivos del delito de robo por sorpresa, prescrito y sancionado en el artículo 436 inciso segundo del Código Penal, en grado de desarrollo consumado, correspondiéndole participación al acusado ADAN como autor.

Modificatorias de responsabilidad penal:

Atenuante del artículo 11 número 6 del Código Penal y no hay agravantes.

El acusado ADAN nació el 12 de diciembre de 2007, por lo que a la fecha del delito contaba con 16 años de edad, 2 meses y 14 días.

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- La edad del acusado y cuál es el régimen legal aplicable.
- Determinación legal de la pena.

- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Ejercicio 22

Hechos acreditados:

> "El día 2 de febrero de 2024; en horas de la noche, aproximadamente a las 21:30 horas; el imputado MARCELO de 17 años de edad, conducía en manifiesto estado de ebriedad la camioneta marca Nissan, modelo TLG 720T; placa patente única PPU DL-1807; perdiendo el control del vehículo, colisionando un poste de alumbrado público ubicado en el Roble con Capuchino de Antofagasta, acción que realizaba en manifiesto estado de ebriedad corroborado por su fuerte hálito alcohólico y su rostro congestionado; y con un intoxilyzer que arrojo 2, 31 gramos por mil de alcohol por litro en la sangre; y una alcoholemia que arrojo 2, 01 gramos por mil de alcohol por litro en la sangre; además, ejercía la conducción sin licencia de conducir. Al revisar el automóvil, se encontró en el sector del posavasos una bolsa transparente que en su interior contenía 100 papelillos de cocaína base con un peso neto de 17,98 gramos".

Calificación jurídica:

En concepto del tribunal, los hechos acreditados son constitutivos de los siguientes delitos: manejo en estado de ebriedad, previsto y sancionado en el artículo 196 inciso tercero con relación a los artículos 110 y 209 inciso segundo, todos de la Ley Nº 18.290, y el delito de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes del artículo 4º de la Ley Nº 20.000, ambos en grado de desarrollo consumado, en los cuales al imputado le ha cabido participación en calidad de autor, según lo previsto en el artículo 15 Nº 1 del Código Penal, toda vez que tomó parte en la ejecución de los hechos de una manera inmediata y directa.

El acusado Marcelo nació el 12 de diciembre de 2006, por lo que a la fecha del delito contaba con 17 años de edad, 1 mes y 20 días.

Considerando los hechos acreditados, la calificación jurídica de estos, la participación del acusado, la etapa del *iter criminis* y las modificatorias de responsabilidad penal que concurren en el caso, determine judicialmente la pena a aplicar. Para ello considere:

- La edad del acusado y cuál es el régimen legal aplicable.
- Determinación legal de la pena.
- Individualización judicial de la sanción.
- Decisión.

Anexo 2. Ley Nº 21.527 que establece Sistema de Responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal contenido en la Ley N° 20.084 con las reformas que establece la Ley N° 21.527

Artículo primero [transitorio].- Vacancia e implementación. La presente ley comenzará a regir en forma gradual conforme al cronograma que a continuación se indica:

1.- Transcurridos 12 meses desde su publicación en el Diario Oficial, en las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo [vigencia 12 de enero de 2024];

2.- Transcurridos 24 meses desde su publicación en el Diario Oficial, en las Regiones de Maule, Bío Bío, Ñuble, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y de la Antártica Chilena, y [12 de enero de 2025]

3.- Transcurridos 36 meses desde su publicación en el Diario Oficial, en las Regiones de Valparaíso, Del Libertador General Bernardo O'Higgins y Metropolitana de Santiago [12 de enero de 2026]" [corchetes añadidos].

Artículo sexto [transitorio].- Vacancia respecto a las normas de derecho penal sustantivo de la ley Nº 20.084. No obstante, lo dispuesto en el inciso primero del artículo primero transitorio de la presente ley, las normas que introducen modificaciones a la ley Nº 20.084, previstas en los numerales 15, 17, salvo en lo que respecta al artículo 25 bis que se introduce, y 18 del artículo 55 de la presente ley, entrarán en vigencia en todo el territorio nacional en la fecha prevista en el numeral 1 del inciso referido.

Numeral 15: Reemplázase el artículo 24 por el siguiente[1]:

"Artículo 24.- Individualización de la pena. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19, 25 y 25 bis, el tribunal impondrá una sola pena de entre las que fueren procedentes, cualquiera fuera el número de los delitos

1 No obstante la entrada en vigencia gradual de las modificaciones que introduce la Ley Nº 21.527, los nuevos artículos 24, 25 ter, 25 quáter y 25 quinquies nuevos entrarán en vigencia en todo el país a contar de enero de 2024.

cometidos. En su caso, se tomará como base las sanciones aplicables al delito que merezca las de mayor gravedad.

La naturaleza y la extensión de la pena a imponer se orientará por los objetivos señalados en el artículo 20 y se determinará considerando exclusivamente los siguientes criterios, debiendo, en cualquier caso, darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal:

1. La gravedad del delito o delitos cometidos, considerando especialmente:

a. El bien jurídico protegido, la modalidad escogida para su afectación y la extensión del daño causado con su comisión.

b. El empleo de la violencia física o de ensañamiento y la naturaleza y entidad de ellas.

c. La utilización y clase de armas o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad de las víctimas.

d. La calidad en que interviene el condenado y el grado de ejecución del hecho.

2. Los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los hechos y el comportamiento delictivo.

3. La edad y el desarrollo psicosocial del condenado.

4. El comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, particularmente en lo referido a la comisión previa de otros hechos ilícitos sancionados de conformidad con esta ley, y lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados.

Tratándose de la reiteración de delitos el tribunal tomará como base la pena que corresponda al hecho más grave debiendo, alternativamente, ampliar su extensión o imponer una más gravosa dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, según cual fuere el número de los delitos, las relaciones o nexos existentes entre ellos y su valoración de conjunto conforme a los criterios señalados en los numerales precedentes. En cualquier caso, la pena aplicable será impuesta con una mayor extensión o será sustituida por una más gravosa dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, respecto de quienes cometieren un crimen habiendo sido sancionado previamente por otro.

Las respectivas penas no se impondrán en caso alguno con una extensión inferior o superior a la prevista en los artículos 9º, 11, 13, 14 o 18, respectivamente. Tratándose de las sanciones privativas de libertad, éstas tampoco se podrán imponer con una extensión inferior o superior a la de la pena resultante de la aplicación del artículo 21, a no ser que sobrepase los límites mínimos o máximos previstos para cada caso en la presente ley. En este último caso, el límite se ajustará a aquellos.

El tribunal deberá especificar y fundamentar en el fallo la forma como ha procedido a la fijación de la pena a partir de los criterios señalados indicando los hechos que los respaldan.".

NUMERAL 17: Intercálanse los siguientes artículos 25 bis, 25 ter, 25 quáter y 25 quinquies, nuevos:

Artículo 25 ter.- Concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos. Si en un mismo proceso se debiera imponer condena por delitos cometidos siendo menor y mayor de dieciocho años de edad se impondrá exclusivamente la pena aplicable a estos últimos.

Se exceptúa el caso en que fuere más grave el delito cometido siendo menor de edad, en cuyo caso la pena aplicable a las diversas infracciones se impondrá de conformidad a las reglas previstas en el presente título.

A los efectos de este artículo y del siguiente se considerará más grave el delito o conjunto de ellos que tuviere asignada en la ley una mayor pena de conformidad con las reglas generales. No obstante, el tribunal también podrá calificar su mayor gravedad teniendo en cuenta la naturaleza y extensión o cuantía de la sanción comparativa que fuere aplicable en concreto en uno y otro caso.

Lo dispuesto en el inciso primero, también se aplicará si la ejecución del delito se iniciare antes del cumplimiento de la mayoría de edad y terminare luego que ésta se hubiere alcanzado.

Artículo 25 quáter.- Unificación de condenas. Si con posterioridad a la acusación o requerimiento o durante la ejecución de una sanción prevista en esta ley, el responsable fuere condenado por la comisión de un delito diverso al que la justifica, el tribunal que deba sancionarlo procederá a regular la pena que hubiere correspondido aplicar a la totalidad de los delitos cometidos en caso que hubieren sido juzgados conjuntamente de conformidad con lo dispuesto en las demás reglas del presente Título. En dicho caso el tiempo de ejecución que se hubiere satisfecho será abonado a la nueva condena, salvo que se trate de las penas previstas en las letras e) o f) del artículo 6º.

Lo dispuesto precedentemente no tendrá lugar tratándose de la comisión de uno o más simples delitos de menor gravedad respecto de aquellos que fundan la condena en curso de ejecución. En dicho caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 52, considerando los hechos, a estos efectos, como un quebrantamiento de condena.

Lo dispuesto en el inciso precedente también tendrá lugar respecto de todos aquellos que ya se encontraren cumpliendo una condena por el máximo de las penas que autoriza la ley para la sanción de los delitos de que se trate. Se exceptúa de esta regla el caso en que el condenado cum-

pliere una pena de internamiento en régimen cerrado por el máximo que autoriza la ley, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el inciso primero. Si en dicho caso el resultado fuese equivalente se podrá aumentar la extensión del internamiento hasta por un período de tres años adicionales.

A estos efectos no tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.

Artículo 25 quinquies.- Unificación de condenas de diversos regímenes. Lo dispuesto en el artículo anterior también se aplicará si el nuevo delito ha sido cometido siendo el condenado mayor de 18 años, a menos que se trate de un delito de mayor gravedad o que deba recibir una sanción superior. En dicho caso tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 25 ter, extinguiéndose de pleno derecho la condena que se encontrare en curso de ejecución.".

Numeral 18: Sustitúyese el inciso segundo del artículo 26, por el siguiente:

"En ningún caso se podrá imponer en virtud de esta ley una pena que fuere más gravosa que aquella que hubiere de ser aplicada en forma efectiva a un adulto que hipotéticamente hubiese sido condenado por un hecho análogo y en equivalentes circunstancias. A dichos efectos se tendrá en cuenta su naturaleza y, cuando fuere equivalente, su extensión.".

Anexo 3. Ley Nº 20.084 actualizada[2]

"TÍTULO PRELIMINAR.
Disposiciones generales

Artículo 1º.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas.

En lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales.

Tratándose de faltas, sólo serán responsables en conformidad con la presente ley los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente tratándose de aquellas tipificadas en los artículos 494 números 1, 4, 5 y 19, sólo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495, número 21, y 496, números 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la ley Nº 20.000. En los demás casos se estará a lo dispuesto en la ley 19.968.

Artículo 2º.- Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Artículo 3º.- Límites de edad a la responsabilidad. La presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de esta ley, se consideran adolescentes.

En el caso que el delito tenga su inicio entre los catorce y los dieciocho años del imputado y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los dieciocho años de edad, la legislación aplicable será la que rija para los imputados mayores de edad.

2 Las modificaciones de la Ley Nº 21.527 se marcan en el texto en cursivas.

La edad del imputado deberá ser determinada por el juez competente en cualquiera de las formas establecidas en el Título XVII del Libro I del Código Civil.

Artículo 4º.- Regla especial para delitos sexuales. No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos.

Artículo 5º.- Prescripción. La prescripción de la acción penal y de la pena será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses.

No obstante, tratándose de los crímenes y simples delitos descritos y sancionados en los artículos 141, inciso final; 142, inciso final, ambos en relación con la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación con los artículos 361, 362 y 365 bis; los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411 quáter en relación con la explotación sexual; y el artículo 433, Nº 1, en relación con la violación; todos del Código Penal, cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad, el plazo de prescripción de la acción penal será de cinco años tratándose de simples delitos y de diez años tratándose de crímenes. En dichos casos, se suspende el cómputo del plazo hasta que la víctima cumpla dieciocho años.

La prescripción de la acción penal se suspende si se hubiere derivado el conflicto a una instancia de mediación y mientras ésta dure.

TÍTULO I
Consecuencias de la declaración de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley Penal

Párrafo 1º
De las sanciones en general

Artículo 6º.- Sanciones. En sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, a las personas condenadas según esta ley sólo se les aplicará la siguiente Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes:

a) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social;

b) Libertad asistida especial con internación parcial;
c) Libertad asistida especial;
d) Libertad asistida *simple*;
e) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad;
f) Reparación del daño causado y
g) Multa, y
h) Amonestación.
Penas accesorias:
a) Prohibición de conducción de vehículos motorizados.
b) Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos según lo dispuesto en el Código Penal, el Código Procesal Penal y las leyes complementarias.
c) Las medidas accesorias previstas en el artículo 9º de la ley 20.066 que establece la ley de violencia intrafamiliar.
d) La prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a sus inmediaciones prevista en la letra b) del artículo 16 de la ley 19.327, de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, aplicándose lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de dicha disposición.

Artículo 7º. Sanción accesoria. El juez estará facultado para establecer, como sanción accesoria a las previstas en el artículo 6º de esta ley y siempre que sea necesario en atención a las circunstancias del adolescente, la obligación de someterlo a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol.

Párrafo 2º

De las sanciones no privativas de libertad

Artículo 8º. Amonestación. La amonestación consiste en la reprensión enérgica al adolescente hecha por el juez, en forma oral, clara y directa, en un acto único, dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, tanto para la víctima como para el propio adolescente, instándole a cambiar de comportamiento y formulándole recomendaciones para el futuro.

La aplicación de esta sanción, en todo caso, requerirá una previa declaración del adolescente asumiendo su responsabilidad en la infracción cometida.

En caso alguno se podrá imponer una amonestación en más de dos ocasiones a un mismo adolescente. Lo dispuesto en el presente inciso no tendrá lugar si ha transcurrido un tiempo prolongado desde la última infracción o si la naturaleza del delito hiciere razonable imponer nuevamente esta misma sanción.

Los padres o guardadores del adolescente serán notificados de la imposición de la sanción, en caso de no encontrarse presentes en la audiencia.

Artículo 9º.- Multa. *El juez podrá imponer una multa a beneficio fiscal que no exceda de diez unidades tributarias mensuales. Para su aplicación y la determinación de su monto, además de los criterios señalados en el artículo 24 de la presente ley, se considerarán la condición y las facultades económicas del infractor y de la persona a cuyo cuidado se encontrare.*

El juez, a petición del adolescente o de su defensor, podrá autorizar el pago de la multa en cuotas.

La multa será conmutable, a solicitud del infractor, por la sanción de servicios en beneficio de la comunidad, a razón de 30 horas por cada tres unidades tributarias mensuales.

Artículo 10.- Reparación del daño. La reparación del daño consiste en la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción, sea mediante una prestación en dinero, la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado en su favor. En este último caso, la imposición de la sanción requerirá de la aceptación previa del condenado y de la víctima.

El cumplimiento de la sanción no obstará a que la víctima persiga la responsabilidad contemplada en el artículo 2320 del Código Civil, pero sólo en aquello en que la reparación sea declarada como insuficiente.

Artículo 11.- Servicios en beneficio de la comunidad. La sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad.

La prestación de servicios en beneficio de la comunidad no podrá exceder en ningún caso de cuatro horas diarias y deberá ser compatible con la actividad educacional o laboral que el adolescente realice. La sanción tendrá una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120.

La imposición de esta sanción requerirá del acuerdo del condenado, debiendo, en su caso, ser sustituida por una sanción superior, no privativa de libertad.

Artículo 12.- Prohibición de conducir vehículos motorizados. La prohibición de conducir vehículos motorizados se podrá imponer a un adolescente como sanción accesoria cuando la conducta en que se funda la infracción por la cual se le condena haya sido ejecutada mediante la conducción de dichos vehículos.

La sanción se hará efectiva desde el momento de dictación de la sentencia condenatoria y su duración podrá extenderse hasta el período que le faltare al adolescente para cumplir veinte años.

En caso de quebrantamiento, se estará a lo dispuesto en el artículo 52 de esta ley, a menos que a consecuencia de la conducción se hubiere afectado la vida, la integridad corporal o la salud de alguna persona, caso en el cual se remitirán los antecedentes al Ministerio Público para el ejercicio de las acciones que correspondan.

Artículo 13.- Libertad asistida simple. La libertad asistida *simple* consiste en la sujeción del adolescente al control de un delegado conforme a un plan de desarrollo personal basado en programas y servicios que favorezcan su integración social.

La función del delegado consistirá en la orientación, control y motivación del adolescente e incluirá la obligación de procurar por todos los medios a su alcance el acceso efectivo a los programas y servicios requeridos.

El control del delegado se ejercerá en base a las medidas de supervigilancia que sean aprobadas por el tribunal, que incluirán, en todo caso, la asistencia obligatoria del adolescente a encuentros periódicos previamente fijados con él mismo y a programas socioeducativos. Para ello, una vez designado, el delegado propondrá al tribunal un plan personalizado de cumplimiento de actividades periódicas en programas o servicios de carácter educativo, socio-educativo, de terapia, de promoción y protección de sus derechos y de participación. En él, deberá incluir la asistencia regular al sistema escolar o de enseñanza que corresponda.

Podrán incluirse en dicho plan medidas como la prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, de visitar determinados lugares o de aproximarse a la víctima, a sus familiares o a otras personas, u otras condiciones similares.

La duración de esta sanción no podrá exceder de tres años *no podrá ser inferior a los seis ni superior a los dieciocho meses.*

Artículo 14.- Libertad asistida especial. En esta modalidad de libertad asistida, deberá asegurarse la asistencia del adolescente a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario que permita la participación en el proceso de educación formal, la capacitación laboral, la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en centros previamente acreditados por los organismos competentes y el fortalecimiento del vínculo con su familia o adulto responsable.

En la resolución que apruebe el plan, el tribunal fijará la frecuencia y duración de los encuentros obligatorios y las tareas de supervisión que ejercerá el delegado.

La duración de esta sanción no podrá exceder los tres años *ser inferior a los 6 meses ni superior a los tres años.*

Párrafo 3º

De las sanciones privativas de libertad

Artículo 15.- Sanciones privativas de libertad. Las sanciones privativas de libertad consisten en la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social *la libertad asistida especial con internación parcial* y en la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

Estos programas de reinserción social se realizarán, en lo posible, con la colaboración de la familia. *El programa de reinserción social se realizará, en lo posible, con la colaboración de la familia*.

Artículo 16.- Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social. Libertad asistida especial con internación parcial. La sanción de privación de libertad bajo la modalidad de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social *libertad asistida especial con internación parcial* consistirá en la residencia obligatoria del adolescente en un centro de privación de libertad, sujeto a un programa de reinserción social *un programa de actividades socioeducativas intensivas* a ser desarrollado tanto al interior del recinto como en el medio libre.

Una vez impuesta la pena y determinada su duración, el director del centro que haya sido designado para su cumplimiento, propondrá al tribunal un régimen o programa personalizado de actividades, que considerará las siguientes prescripciones:

a) Las medidas a adoptar para la asistencia y cumplimiento del adolescente del proceso de educación formal o de reescolarización. El director del centro deberá velar por el cumplimiento de esta obligación y para dicho efecto mantendrá comunicación permanente con el respectivo establecimiento educacional;

b) El desarrollo periódico *e intensivo* de actividades de formación, socioeducativas y de participación, especificando las que serán ejecutadas al interior del recinto y las que se desarrollarán en el medio libre, y

c) Las actividades a desarrollar en el medio libre contemplarán, a lo menos, ocho horas, no pudiendo llevarse a cabo entre las 22.00 y las 07.00 horas del día siguiente, a menos que excepcionalmente ello sea necesario para el cumplimiento de los fines señalados en las letras precedentes y en el artículo 20.

El programa será aprobado judicialmente en la audiencia de lectura de la sentencia o en otra posterior, que deberá realizarse dentro de los quince días siguientes a aquélla.

El director del centro informará periódicamente al tribunal acerca del cumplimiento y evolución de las medidas a que se refiere la letra a).

Artículo 17.- Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. La internación en régimen cerrado con programa de reinserción social importará la privación de libertad en un centro especializado para adolescentes, bajo un régimen orientado al cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 20 de esta ley.

En virtud de ello, dicho régimen considerará necesariamente la plena garantía de la continuidad de sus estudios básicos, medios y especializados, incluyendo su reinserción escolar, en el caso de haber desertado del sistema escolar formal, y la participación en actividades de carácter socioeducativo, de formación, de preparación para la vida laboral y de desarrollo personal. Además, deberá asegurar el tratamiento y rehabilitación del consumo de drogas para quienes lo requieran y accedan a ello.

Artículo 18.- Límite máximo de las penas privativas de libertad. Las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad. *Tampoco se podrán imponer por un período inferior a un año de duración.*

La pena de libertad asistida especial con internación parcial no se podrá imponer por un lapso superior a los 5 años, ni inferior a los 6 meses.

Párrafo 4º
Sanciones mixtas

Artículo 19. En el caso del numeral 1 del artículo 23, el tribunal sólo podrá imponer complementariamente la sanción de internación en régimen semicerrado *libertad asistida especial con internación parcial*, después del segundo año del tiempo de la condena.

Sanciones mixtas. En los demás casos en que fuere procedente la internación en régimen cerrado o semicerrado, ambas con programa de reinserción social, *con programa de reinserción social o la libertad asistida especial con internación parcial* el tribunal podrá imponer complementariamente una sanción de libertad asistida en cualquiera de sus formas, por un máximo que no supere el tiempo de la condena principal. Esta última se cumplirá:

a) Con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad, siempre y cuando en total no se supere la duración máxima de ésta, o

b) En forma previa a su ejecución. En este caso la pena principal quedará en suspenso y en carácter condicional, para ejecutarse en caso de incumplimiento de la libertad asistida en cualquiera de sus formas, en el caso de las penas que se extienden hasta quinientos cuarenta días".

Párrafo 5º

De la determinación de las sanciones

Artículo 20.- Finalidad de las sanciones y otras consecuencias. Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

Artículo 21.- Reglas de determinación de la extensión de las penas. Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código.

Artículo 21.- Reglas para la determinación de la pena de base. *Para establecer la pena que servirá de base a la determinación de la que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para cada uno de los delitos correspondientes, las reglas previstas en los artículos 50 a 78 del Código Penal que resulten aplicables, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código. No se aplicará por ello ninguna de las demás disposiciones que inciden en la cuantificación de la pena conforme a las reglas generales incluyendo al artículo 351 del Código Procesal Penal.*

Artículo 22.- Aplicación de los límites máximos de las penas privativas de libertad. Si la sanción calculada en la forma dispuesta en el artículo precedente supera los límites máximos dispuestos en el artículo 18, su extensión definitiva deberá ajustarse a dichos límites.

Artículo 23.- Reglas de determinación de la naturaleza de la pena. La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por Reglas para la determinación de las alternativas de pena. *La determinación de las penas que podrán imponerse a los adolescentes conforme al siguiente artículo, se regirá por las reglas siguientes*:

1. Si la extensión de la pena *aplicable conforme a los artículos precedentes* supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

2. Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con

programa de reinserción social *la libertad asistida especial con internación parcial* o libertad asistida especial.

3. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se extiende entre quinientos cuarenta y un días y tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, *libertad asistida especial con internación parcial* libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

4. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se ubica entre sesenta y uno y quinientos cuarenta días, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, *libertad asistida especial con internación parcial* libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado.

5. Si la pena es igual o inferior a sesenta días o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación.

5. *Si la pena es igual o inferior a sesenta días, o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad o multa, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado o amonestación*".

Tabla Demostrativa Extensión de la sanción y penas aplicables

Desde 5 años y 1 día:

– Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

– Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.

Desde 3 años y un día a 5 años:

– Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

– Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.

– *Libertad asistida especial con internación parcial.*

– Libertad asistida especial.

Desde 541 días a 3 años:

– Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.

– *Libertad asistida especial con internación parcial*

– Libertad asistida en cualquiera de sus formas.

– *Libertad asistida simple o especial*

– Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Desde 61 a 540 días:

– Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.

– *Libertad asistida especial con internación parcial.*

– Libertad asistida en cualquiera de sus formas.

– *Libertad asistida simple o especial.*

– Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

– Reparación del daño causado.

Desde 1 a 60 días:

– Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

– Reparación del daño causado.

– Multa.

– Amonestación.

La duración de las sanciones de libertad asistida *simple*, libertad asistida especial y prestación de servicios a la comunidad se regirá por lo dispuesto en los artículos 11, 13 y 14 de la presente ley.

Artículo 24.- Criterios de determinación de la pena. Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios:

a) La gravedad del ilícito de que se trate;

b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;

c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;

d) La edad del adolescente infractor;

e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y

f) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

Artículo 24.- Individualización de la pena. *Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19, 25 y 25 bis, el tribunal impondrá una sola pena de entre las que fueren procedentes, cualquiera fuera el número de los delitos cometidos. En su caso, se tomará como base las sanciones aplicables al delito que merezca las de mayor gravedad.*

La naturaleza y la extensión de la pena a imponer se orientará por los objetivos señalados en el artículo 20 y se determinará considerando exclusivamente los siguientes criterios, debiendo, en cualquier caso, darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal:

1. La gravedad del delito o delitos cometidos, considerando especialmente:

a. El bien jurídico protegido, la modalidad escogida para su afectación y la extensión del daño causado con su comisión.

b. El empleo de la violencia física o de ensañamiento y la naturaleza y entidad de ellas.

c. La utilización y clase de armas o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad de las víctimas.

d. La calidad en que interviene el condenado y el grado de ejecución del hecho.

2. Los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los Hechos y el comportamiento delictivo.

3. La edad y el desarrollo psicosocial del condenado.

4. El comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, particularmente en lo referido a la comisión previa de otros hechos ilícitos sancionados de conformidad con esta ley, y lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados.

Tratándose de la reiteración de delitos el tribunal tomará como base la pena que corresponda al hecho más grave debiendo, alternativamente, ampliar su extensión o imponer una más gravosa dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, según cual fuere el número de los delitos, las relaciones o nexos existentes entre ellos y su valoración de conjunto conforme a los criterios señalados en los numerales precedentes. En cualquier caso, la pena aplicable será impuesta con una mayor extensión o será sustituida por una más gravosa dentro de las alternativas y plazos previstos en la ley, respecto de quienes cometieren un crimen habiendo sido sancionado previamente por otro.

Las respectivas penas no se impondrán en caso alguno con una extensión inferior o superior a la prevista en los artículos 9, 11, 13, 14 o 18, respectivamente. Tratándose de las sanciones privativas de libertad, éstas tampoco se podrán imponer con una extensión inferior o superior a la de la pena resultante de la aplicación del artículo 21, a no ser que sobrepase los límites mínimos o máximos previstos para cada caso en la presente ley. En este último caso, el límite se ajustará a aquellos.

El tribunal deberá especificar y fundamentar en el fallo la forma como ha procedido a la fijación de la pena a partir de los criterios señalados indicando los hechos que los respaldan.

Artículo 25.- Imposición conjunta de más de una pena. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, sólo en las situaciones* regladas en los numerales 3 y 4 del artículo 23, el tribunal podrá imponer conjuntamente dos

de las penas que las mismas reglas señalan, siempre que la naturaleza de éstas permita su cumplimiento simultáneo.

Lo dispuesto en el inciso precedente tendrá lugar sólo cuando ello permita el mejor cumplimiento de las finalidades de las sanciones de esta ley expresadas en el artículo 20 y así se consigne circunstanciadamente en resolución fundada.

Artículo 25 bis.- Determinación de las sanciones accesorias. *El comiso de los objetos, documentos e instrumentos del delito se impondrá en todas las condenas. La prohibición de conducir vehículos motorizados se impondrá, en todo caso, cuando concurran los presupuestos descritos en el inciso primero del artículo 12 de la presente ley, con una extensión mínima de 6 meses y máxima de 4 años.*

Las medidas accesorias previstas en el artículo 9º de la ley 20.066, que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar, se impondrán en los casos y formas que las justifican conforme a las reglas generales, a excepción de las previstas en las letras a) y b) cuando el condenado y la víctima compartieren domicilio, residencia o lugar de estudio o trabajo y el primero fuese menor de edad. Estas últimas sólo se podrán imponer en dicho caso, en situaciones extremadamente calificadas, debiendo fundarse en antecedentes objetivos y específicos de los que se deberá dar cuenta de forma detallada en la sentencia debiendo además adoptarse los resguardos que garanticen que el condenado no quedará privado de condiciones mínimas para su desarrollo. Las sanciones accesorias de que trata este inciso se podrán imponer, con una extensión mínima de 6 meses y máxima de 2 años.

La prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a sus inmediaciones se aplicará en los casos y formas previstos en la ley 19.327, incluyendo lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de la letra b) del artículo 16 de dicho cuerpo legal. Las sanciones accesorias de que trata este inciso se podrán imponer, con una extensión mínima de 6 meses y máxima de 4 años.

Artículo 25 ter.- Concurso de infracciones correspondientes a regímenes diversos. *Si en un mismo proceso se debiera imponer condena por delitos cometidos siendo menor y mayor de dieciocho años de edad se impondrá exclusivamente la pena aplicable a estos últimos.*

Se exceptúa el caso en que fuere más grave el delito cometido siendo menor de edad, en cuyo caso la pena aplicable a las diversas infracciones se impondrá de conformidad a las reglas previstas en el presente título.

A los efectos de este artículo y del siguiente se considerará más grave el delito o conjunto de ellos que tuviere asignada en la ley una mayor pena de conformidad con las reglas generales. No obstante, el tribunal también

podrá calificar su mayor gravedad teniendo en cuenta la naturaleza y extensión o cuantía de la sanción comparativa que fuere aplicable en concreto en uno y otro caso.

Lo dispuesto en el inciso primero, también se aplicará si la ejecución del delito se iniciare antes del cumplimiento de la mayoría de edad y terminare luego que ésta se hubiere alcanzado.

Artículo 25 quáter.- Unificación de condenas. *Si con posterioridad a la acusación o requerimiento o durante la ejecución de una sanción prevista en esta ley, el responsable fuere condenado por la comisión de un delito diverso al que la justifica, el tribunal que deba sancionarlo procederá a regular la pena que hubiere correspondido aplicar a la totalidad de los delitos cometidos en caso que hubieren sido juzgados conjuntamente de conformidad con lo dispuesto en las demás reglas del presente Título. En dicho caso el tiempo de ejecución que se hubiere satisfecho será abonado a la nueva condena, salvo que se trate de las penas previstas en las letras e) o f) del artículo 6.*

Lo dispuesto precedentemente no tendrá lugar tratándose de la comisión de uno o más simples delitos de menor gravedad respecto de aquellos que fundan la condena en curso de ejecución. En dicho caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 52, considerando los hechos, a estos efectos, como un quebrantamiento de condena.

Lo dispuesto en el inciso precedente también tendrá lugar respecto de todos aquellos que ya se encontraren cumpliendo una condena por el máximo de las penas que autoriza la ley para la sanción de los delitos de que se trate. Se exceptúa de esta regla el caso en que el condenado cumpliere una pena de internamiento en régimen cerrado por el máximo que autoriza la ley, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el inciso primero. Si en dicho caso el resultado fuese equivalente se podrá aumentar la extensión del internamiento hasta por un período de tres años adicionales.

A estos efectos no tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.

Artículo 25 quinquies.- Unificación de condenas de diversos regímenes. *Lo dispuesto en el artículo anterior también se aplicará si el nuevo delito ha sido cometido siendo el condenado mayor de 18 años, a menos que se trate de un delito de mayor gravedad o que deba recibir una sanción superior. En dicho caso tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 25 ter, extinguiéndose de pleno derecho la condena que se encontrare en curso de ejecución.*

Artículo 26.- Límites a la imposición de sanciones. La privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso.

En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza.

En ningún caso se podrá imponer en virtud de esta ley una pena que fuere más gravosa que aquella que hubiere de ser aplicada en forma efectiva a un adulto que hipotéticamente hubiese sido condenado por un hecho análogo y en equivalentes circunstancias. A dichos efectos se tendrá en cuenta su naturaleza y, cuando fuere equivalente, su extensión".

TÍTULO II
Procedimiento

Párrafo 1º
Disposiciones generales

Artículo 27.- Reglas de procedimiento. La investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal.

El conocimiento y fallo de las infracciones respecto de las cuales el Ministerio Público requiera una pena no privativa de libertad se sujetará a las reglas del procedimiento simplificado *o monitorio*, según sea el caso, regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal.

El procedimiento abreviado procederá conforme a las reglas generales, a menos que la pena solicitada sea la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social con una duración superior a los 5 años.

También podrá solicitarse una sanción mixta en la medida que se ajuste al plazo antes señalado.

Artículo 27 bis.- Consentimiento informado. *Siempre que el consentimiento del adolescente sea condición para acceder a un determinado procedimiento, suspenderlo o ponerle término, o que se requiera para efectos de la aplicación de la cooperación eficaz contemplada en el artículo 36 bis de esta ley, el Juez deberá cerciorarse, antes de resolver, de que ha conversado con el defensor privadamente; y que ha sido adecuadamente informado de sus derechos y de las implicancias procesales que conllevan dichas decisiones. Tratándose del procedimiento abreviado verificará en particular si comprende que renuncia al juicio oral y que podría ser condenado o absuelto. En dichas actuaciones el Juez deberá usar un lenguaje comprensible acorde a la madurez y desarrollo del adolescente.*

Artículo 28.- Concurso de procedimientos. Si a una misma persona se le imputa una infracción sancionada por esta ley y un delito cometido

siendo mayor de dieciocho años, la investigación y juzgamiento de estos hechos se regirá por las normas del Código Procesal Penal aplicable a los imputados mayores de edad.

Lo dispuesto en el inciso precedente no tendrá lugar en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 25 ter, debiendo en dicho caso darse estricto cumplimiento a lo previsto en el presente Título.

Por su parte, si en un mismo procedimiento se investiga la participación punible de personas mayores y menores de edad, tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 185 y 274 del Código Procesal Penal. En todo caso, si se hubiere determinado la sustanciación conjunta de los procesos, se dará cumplimiento, respecto del menor, de las normas que conforme a esta ley son aplicables al juzgamiento de los adolescentes *en el artículo 185 del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de ello se procederá a la acusación conjunta de todos los delitos y responsabilidades, debiendo en todo caso darse estricto cumplimiento a las normas que conforme a esta ley son aplicables al juzgamiento de los adolescentes, debiendo conocer del asunto el Juzgado o Tribunal que ejerciere competencia en materia penal de adolescentes. Sólo podrán dictarse diversos autos de apertura del juicio oral si se trata estrictamente de alguno de los casos de que trata el inciso segundo del artículo 274 del Código Procesal Penal.*

Párrafo 2º

Sistema de justicia especializada

Artículo 29.- Especialización de la justicia penal para adolescentes. Los jueces de garantía, los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, así como los fiscales adjuntos y los defensores penales públicos que intervengan en las causas de adolescentes, deberán estar capacitados en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención de los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta misma ley.

No obstante, todo fiscal, defensor o juez con competencia en materias criminales se encuentra habilitado para intervenir, en el marco de sus competencias, si, excepcionalmente, por circunstancias derivadas del sistema de distribución del trabajo, ello fuere necesario.

En virtud de lo dispuesto en los incisos precedentes, los comités de jueces de los tribunales de garantía y orales en lo penal considerarán, en el procedimiento objetivo y general de distribución de causas, la radicación e integración preferente de quienes cuenten con dicha capacitación.

Cada institución adoptará las medidas pertinentes para garantizar la especialización a que se refiere la presente disposición.

Artículo 29 bis.- Especialización de la justicia penal para adolescentes. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente el conocimiento de los procesos referidos a la responsabilidad penal regulada en la presente ley y su fallo, cuando proceda, corresponderá en exclusiva a las salas especializadas, en los lugares en que existieren. En dichos casos las competencias correspondientes a los fiscales del Ministerio Público serán ejercidas por fiscales adjuntos especializados en la instrucción de procesos asociados a la responsabilidad penal de adolescentes.*

Asimismo, la defensa penal de quienes fueren imputados o acusados y de quienes cumplieren condena en virtud de dicha responsabilidad corresponderá igualmente a defensores especializados en responsabilidad penal de adolescentes, en la medida en que carezcan de abogado.

En dichos casos los fiscales y defensores que fueren designados como especializados ejercerán dichas funciones en forma exclusiva mientras conserven dicha calidad.

El Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública procurará la misma asignación de especialización de fiscales y defensores, respectivamente, en los lugares donde funcionaren, salas, jornadas o días preferentes para el conocimiento de los procesos asociados a la responsabilidad penal de los adolescentes regulada en la ley 20.084, aun y cuando no sea obligatorio que su desempeño en dichas funciones se ejerza en forma exclusiva.

Artículo 29 ter. Formación y capacitación. *Los jueces y funcionarios judiciales que se desempeñen en las salas especializadas en responsabilidad penal de adolescentes de los juzgados de garantía deberán haber aprobado una formación especializada impartida en el marco del programa de perfeccionamiento destinado a los miembros de los escalafones primario, secundario y de empleados del Poder Judicial.*

Lo señalado también será aplicable a quienes cumplan dichas funciones en casos de suplencia, subrogancia o interinato.

Quienes deban cumplir funciones como fiscal o defensor especializado, y quienes deban suplirlos o subrogarlos en conformidad a la ley, también deberán haber aprobado una formación especializada, aun y cuando no ejerzan dichas funciones en forma exclusiva.

El perfeccionamiento y capacitación de que trata el presente artículo Deberá comprender, como mínimo, los contenidos de la ley 20.084, su reglamento, jurisprudencia relevante y la normativa internacional afín, y la normativa institucional del Servicio de Reinserción Social Juvenil. Incluirá, además, las referencias necesarias para comprender los caracteres de las principales teorías explicativas del comportamiento delictivo juvenil que cuenten con evidencia empírica y del desarrollo evolutivo psicosocial y biológico de la

adolescencia y los principales modelos de intervención y prácticas efectivas que se orienten a motivar un cambio. Deberá, asimismo, considerar información sobre los estándares exigidos en forma transversal y por programa; sobre la existencia o disponibilidad de estos últimos en la red y su funcionamiento, y sobre los caracteres generales del sistema de supervisión.

Artículo 30.- Capacitación de las policías. Las instituciones policiales incorporarán dentro de sus programas de formación y perfeccionamiento, los estudios necesarios para que los agentes policiales cuenten con los conocimientos relativos a los objetivos y contenidos de la presente ley, a la Convención de los Derechos del Niño y a los fenómenos criminológicos asociados a la ocurrencia de estas infracciones".

Párrafo 3º

De las medidas cautelares personales

Artículo 31.- Detención en caso de flagrancia. Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, a disposición del juez de garantía de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas. La audiencia judicial que se celebre gozará de preferencia en su programación. El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad. Dicha detención se regulará, salvo en los aspectos previstos en este artículo, por el párrafo 3º del Título V del Libro I del Código Procesal Penal. Si se diere lugar a la ampliación del plazo de la detención conforme al artículo 132 de dicho Código, ésta sólo podrá ser ejecutada en los centros de internación provisoria de que trata la presente ley.

La detención de una persona visiblemente menor en un establecimiento distinto de los señalados en el inciso anterior, constituirá una infracción funcionaria grave y será sancionada con la medida disciplinaria que proceda de acuerdo al mérito de los antecedentes, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que pueda haber incurrido el infractor.

En la ejecución de la detención e internación provisoria que sea decretada deberá darse cumplimiento a lo previsto en los artículos 17 de la ley Nº 16.618 y 37, letra c), de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. El menor privado de libertad siempre podrá ejercer los derechos consagrados en los artículos 93 y 94 del Código Procesal Penal y 37 y 40 de esa Convención. Los encargados de dichos centros no podrán aceptar

el ingreso de menores sino en virtud de órdenes impartidas por el juez de garantía competente.

Si el hecho imputado al menor fuere alguno de aquellos señalados en el artículo 124 del Código Procesal Penal, Carabineros de Chile se limitará a citar al menor a la presencia del fiscal y lo dejará en libertad, previo señalamiento de domicilio en la forma prevista por el artículo 26 del mismo Código.

Artículo 32.- Medidas cautelares del procedimiento. La internación provisoria en un centro cerrado sólo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales.

Se deberá levantar el informe técnico de que trata el artículo 37 bis respecto de todo imputado que permaneciere más de 15 días sujeto a internación provisoria o bajo sujeción a la vigilancia de una autoridad.

Artículo 32 bis.- Sujeción a la vigilancia. *Las instituciones encargadas de ejecutar la medida cautelar de sujeción a la vigilancia prevista en la letra b) del inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal, cuando procediere, deberán supervisar el cumplimiento de las obligaciones que impone el proceso mediante acciones de control, monitoreo y orientación. Deberán, asimismo, coordinar la atención de las necesidades sociales, psicológicas, educativas, de salud y de orientación judicial del adolescente imputado mediante acciones de derivación asistida.*

Finalmente, deberán también informar al tribunal sobre el curso y Desarrollo de la medida con la periodicidad que éste determine.

Artículo 32 ter.- Cautelares previstas en leyes especiales. *Las Medidas accesorias previstas en el artículo 6º podrán ser impuestas como cautelares conforme a las reglas generales, debiendo en cualquier caso tener lugar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 25 bis de la presente ley.*

Asimismo, la prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a sus inmediaciones también se podrá imponer como medida cautelar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la ley Nº 19.327, de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional.

Artículo 33.- Proporcionalidad de las medidas cautelares. En ningún caso podrá el juez dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena.

El tiempo que el imputado cumpliere en internación provisoria, detenido o bajo arresto domiciliario, deberá ser abonado íntegramente en caso que fuere

condenado a alguna de las penas previstas en las letras a) a d) del artículo 6º, a razón de un día de cumplimiento por cada día de internamiento o arresto, o fracción igual o superior a doce horas, indistintamente. De igual modo, el tiempo que el imputado cumpliere bajo arresto domiciliario o sujeto a la vigilancia de una institución deberá ser abonado íntegramente tratándose de las penas previstas en las letras b) a d) del artículo 6º.

En caso que la pena a cumplir fuere inferior al mínimo previsto en la ley para la pena de que se trate, la extensión efectiva que se deberá cumplir se ajustará a dicho límite.

Artículo 34.- Permiso de salida diaria. Tratándose de un adolescente imputado sujeto a una medida de internación provisoria, el juez podrá, en casos calificados, concederle permiso para salir durante el día, siempre que ello no vulnere los objetivos de la medida. Al efecto, el juez podrá adoptar las providencias que estime convenientes.

Párrafo 4º

De las salidas alternativas al procedimiento

Artículo 35.- Principio de oportunidad. Para el ejercicio del principio de oportunidad establecido en el artículo 170 del Código Procesal Penal, los fiscales tendrán en especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado.

Asimismo, para la aplicación de dicha norma se tendrá como base la pena resultante de la aplicación del artículo 21 de la presente ley.

Artículo 35 bis.- Suspensión condicional del procedimiento. *La Suspensión condicional del procedimiento procederá conforme a las reglas generales, sin perjuicio de las siguientes excepciones:*

1. No será aplicable lo dispuesto en la letra a) del inciso tercero del artículo 237 del Código Procesal Penal, pudiendo decretarse en cualquier caso, a menos que la pena resultante de lo dispuesto en el artículo 21 fuese de aquellas que señala el numeral 1 del artículo 23.

2. Se podrá decretar por un plazo no inferior a 6 ni superior a los 12 meses.

3. El tribunal podrá imponer una o más de las condiciones señaladas en el artículo 238 del Código Procesal Penal, a excepción de las dispuestas en las letras e), f) y h) y de la obligación de no residir en un lugar determinado. Podrá, asimismo, decretar la obligación de reparar a la víctima, prestar un servicio a la comunidad o de asistir a programas de entrenamiento cognitivo, terapia familiar, de tratamiento de alcohol y/u otras drogas, de intervención en violencia o abuso sexual u otro semejante.

4. También se podrá imponer alguna de las medidas accesorias previstas en la letra c) del artículo 6º, en cuyo caso tendrá lugar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 25 bis de la presente ley.

5. Se deberá precisar la institución o la estrategia interinstitucional para ejecutar las condiciones impuestas, así como para supervisar su cumplimiento y la periodicidad de la intervención. Se podrán, asimismo, fijar audiencias de control y de seguimiento periódicas para verificar el cumplimiento de las condiciones impuestas o monitorear la asistencia al programa al que hubiere sido derivado.

Cualquiera de dichas instituciones podrá también solicitar la revocación en los términos del artículo 239 del Código Procesal Penal.

Párrafo 5º
De la mediación

Artículo 35 ter.- Mediación. *Las causas en que fuere procedente la suspensión condicional del procedimiento, el acuerdo reparatorio o el principio de oportunidad se podrán derivar a mediación, siempre y cuando la víctima y el imputado consientan libre y voluntariamente en someter el conflicto a dicha instancia. La intervención y permanencia en el mismo será, igualmente, personal y voluntaria, en todo momento.*

Se entiende por mediación la realización de un proceso restaurativo y especializado, en virtud del cual la víctima y el imputado acuerdan determinar conjuntamente la reparación real o simbólica del daño ocasionado con la comisión del delito, asistidos por un mediador.

La derivación al procedimiento de mediación, deberá realizarla el tribunal, si se hubiere procedido a la formalización del imputado, o la llevará a cabo el fiscal, en caso contrario. En este último caso, también podrá efectuarla el tribunal a petición de la víctima y el imputado, si se cumplen las condiciones previstas en el protocolo de que trata el inciso final del presente artículo. El proceso de mediación no podrá durar más de 90 días contados desde su derivación, pudiendo prorrogarse hasta por el mismo término a solicitud fundada del mediador.

En cualquier caso, la derivación suspende el curso del correspondiente proceso.

Si en la causa existiere pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido a la mediación.

Una vez cumplido por parte del imputado lo acordado en la mediación, se dará lugar al archivo provisional o al sobreseimiento, según sea el caso, sin perjuicio de lo convenido respecto a los efectos civiles del delito.

No procederá la mediación si se hubiere declarado el cierre de la investigación ni tratándose de procesos referidos a delitos dolosos contra la vida, contra la libertad ambulatoria, contra la libertad sexual cometidos contra personas menores de edad y respecto de los delitos y faltas tipificados en la ley Nº 20.000 a excepción de los previstos en los artículos 4º y 50.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública establecerán conjuntamente un protocolo estructurado de condiciones personales y procesales bajo las que se estima procedente la derivación, cuyos contenidos deberán reevaluarse anualmente.

Se establecerán, asimismo, exigencias particulares y de carácter excepcional para la derivación de los hechos que fueren constitutivos de violencia intrafamiliar. En todo caso deberá darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 2º de la ley Nº 20.609, que establece medidas contra la discriminación.

Artículo 35 quáter.- Principios esenciales de la mediación. *El mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para participar del proceso y adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio. De no ser ello posible, declarará terminada la mediación.*

Asimismo, se deberá abstener de realizar actuaciones que comprometan la debida imparcialidad que debe caracterizar su actuación con los participantes. Si tal imparcialidad se viere afectada por cualquier causa, se deberá abstener de realizar el proceso de mediación.

Artículo 35 quinquies.- Mediación excepcional. *En todo caso, también podrá ser derivado a mediación un proceso que no cumpla con las exigencias señaladas en los incisos primero y sexto del artículo 35 ter, a solicitud de la víctima, con consentimiento libre e informado del imputado y autorizado por el juez de garantía competente, y cumpliéndose las demás exigencias legales. En dicho caso, la derivación no suspende el curso del proceso, salvo en los delitos del inciso sexto del artículo 35 ter, respecto de los cuales aquél no podrá suspenderse.*

En estos casos la mediación exitosa, con acuerdo cumplido por parte del imputado, podrá ser considerada como un antecedente para la determinación o suspensión de la imposición de la pena, en la imposición o mantención de medidas cautelares y en las audiencias de sustitución y remisión de condena.

Artículo 35 sexies.- Efectos de la mediación frustrada. *Si la mediación se frustrare por una causa que no fuere atribuible al imputado y hubiere sido posible constatar signos concretos de responsabilización, el mediador deberá dejar constancia de los mismos en el acta respectiva, a efectos de que sean evaluados por el tribunal para atenuar su responsabilidad penal si, se llegare a imponer una condena. Asimismo, según cual fuere su contenido, podrá también servir como antecedente en las audiencias de sustitución y remisión de condena.*

Fuera de los casos mencionados en el inciso precedente, todo proceso de mediación, frustrada o exitosa, y todos los antecedentes referidos a aquél,

se regirán por lo dispuesto en el artículo 335 del Código Procesal Penal. Con ello ninguna de las actuaciones o comunicaciones, verbales o escritas, de las partes que se realicen durante el proceso de mediación, podrá ser ventilada o comunicada a terceros, sin el expreso consentimiento previo y por escrito de ambas partes, encontrándose el mediador resguardado por el secreto profesional. Con todo, el mediador quedará exento del deber de confidencialidad en aquellos casos en que se constatare un riesgo inminente respecto de la integridad física y/o psíquica de niños, niñas, adolescentes o personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Artículo 35 septies.- Programa de mediación. *A los efectos de lo dispuesto en el presente Párrafo, el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil dispondrá de un programa especial de mediación penal, integrado por mediadores públicos o contratados de conformidad a la ley Nº 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y su Reglamento.*

Los mediadores deberán encontrarse acreditados en un Registro de Mediadores Penales. El procedimiento, requisitos de ingreso y permanencia, supervisión y sanción, así como también las causales de eliminación del Registro, se establecerán a través de un Reglamento, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 33 de la ley orgánica que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.

En todo caso, para inscribirse en el Registro del inciso anterior, se requerirá poseer título profesional de una carrera universitaria que tenga, al menos, ocho semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste; acreditar formación especializada en mediación y en materias de infancia, adolescencia, victimología, proceso penal juvenil y justicia restaurativa, y no haber sido condenada por crimen o simple delito, por maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 8º de la ley Nº 20.066, o sancionada por la ley Nº 20.609, que establece medidas contra la discriminación.

El incumplimiento de los requisitos y de los principios establecidos en el artículo siguiente por parte del mediador, será considerado una falta grave y dará lugar a las sanciones administrativas procedentes. Se deberán asimismo adoptar las medidas sancionatorias que procedieren en ejercicio de las facultades de supervisión y asistencia técnica que se reconocen al Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. En su caso, se deberá hacer uso de las sanciones previstas en el artículo 49 de la ley que crea dicho Servicio.

El programa de mediación penal deberá también ofrecer un mecanismo que permita a las partes acceder a la información necesaria para resolver su intervención en el programa de mediación. El programa se encargará

además de la supervisión del cumplimiento de los acuerdos alcanzados y de las certificaciones que correspondan.

La mediación de que trata este Párrafo será siempre gratuita para las partes.

Toda persona que cumpla funciones como mediador deberá informar mensualmente al Ministerio Público o al Tribunal, según corresponda, sobre las mediaciones que estén a su cargo, indicando exclusivamente si se encuentran activas.

Párrafo 6º

Inicio de la persecución de la responsabilidad
por la infracción a la ley penal por parte de un adolescente

Artículo 36.- Primera audiencia. De la realización de la primera audiencia a que deba comparecer el imputado deberá notificarse a sus padres o a la persona que lo tenga bajo su cuidado. Si el juez lo considera necesario, permitirá la intervención de éstos, si estuvieren presentes en la audiencia.

Artículo 36 bis.- Cooperación eficaz. *Lo dispuesto en el artículo 22 y el Párrafo 2º del Título III de la ley Nº 20.000 será aplicable a la sustanciación y fallo de cualquiera de los procesos incoados en virtud de la presente ley. En estos casos se dará también aplicación a lo previsto en el artículo 27 bis. Se tendrán especialmente en cuenta las circunstancias y necesidades de los adolescentes al adoptarse las medidas especiales de protección previstas en los artículos 30 y siguientes de la ley Nº 20.000.*

Artículo 37.- Juicio inmediato. Las reglas del juicio inmediato establecidas en el artículo 235 del Código Procesal Penal serán plenamente aplicables cada vez que el fiscal lo solicite y especialmente cuando se trate de una infracción flagrante imputada a un adolescente.

En estos casos, sólo por razones fundadas que el fiscal señalará en su petición, el juez de garantía podrá autorizar la realización de diligencias concretas y determinadas para la investigación de una infracción flagrante, las que no podrán exceder de 60 días, rigiendo, en lo demás, lo dispuesto en el artículo siguiente. Igual derecho asistirá a la defensa del imputado, en el mismo caso.

Artículo 37 bis.- Informe técnico. *El Ministerio Público o la Defensa podrán solicitar al tribunal correspondiente, por escrito o verbalmente, la emisión de un informe técnico en cualquier etapa del procedimiento, a ser evacuado por el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.*

Dicho informe deberá referirse a los criterios señalados en el inciso segundo del artículo 24. Sólo podrá ser utilizado en las actuaciones judiciales relativas a la determinación de la pena, una vez evacuado el veredicto condenatorio.

La infracción de la obligación de reserva se sancionará conforme a las reglas generales.

La resolución que apruebe la expedición del informe señalado en este artículo deberá indicar el plazo máximo en que éste debe ser evacuado, el cual no podrá superar los quince días. En casos calificados, el tribunal, en la misma resolución, podrá fundadamente disponer de un plazo de hasta veinte días. Con todo, en ningún caso el tribunal podrá establecer un plazo inferior a los ocho días. La resolución de que trata este artículo no será susceptible de recurso alguno.

El tribunal deberá notificar al Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil dicha resolución inmediatamente por la vía más expedita posible.

El incumplimiento del plazo señalado en el inciso cuarto será considerado una falta grave y dará lugar a las sanciones administrativas procedentes. Este apercibimiento deberá constar expresamente en la resolución de que tratan los incisos precedentes.

Artículo 38.- Plazo para declarar el cierre de la investigación. Transcurrido el plazo máximo de seis meses desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal procederá a cerrarla, a menos que el juez le hubiere fijado un plazo inferior. Antes de cumplirse cualquiera de estos plazos, el fiscal podrá solicitar, fundadamente, su ampliación por un máximo de dos meses *un plazo inferior, y sin perjuicio de la posibilidad de solicitar una ampliación en dicho caso de conformidad con las reglas generales.*

Antes de cumplirse cualquiera de estos plazos, el fiscal podrá solicitar, fundadamente, su ampliación por un máximo de dos meses.

En cualquier caso, dicho plazo se deberá suspender si se hubiere derivado El conflicto a una instancia de mediación y mientras ésta dure.

Párrafo 7º

Juicio oral y sentencia

Artículo 39.- Audiencia del juicio oral. El juicio oral, en su caso, deberá tener lugar no antes de los 15 ni después de los 30 días siguientes a la notificación del auto de apertura del juicio oral.

En ningún caso el juicio podrá suspenderse o interrumpirse por un término superior a 72 horas.

Artículo 40.- Audiencia de determinación de la pena. La audiencia a que se refiere el inciso final del artículo 343 del Código Procesal Penal deberá *siempre* llevarse a cabo en caso de dictarse sentencia condenatoria, En dicha audiencia, el tribunal podrá requerir la opinión de peritos *pudiendo el tribunal diferir la determinación de la pena y la redacción y lectura del fallo hasta por un máximo de 2 días adicionales. Antes de finalizar la audiencia el tribunal podrá realizar consultas a los intervinientes o pedir aclaraciones necesarias para resolver.*

Si ninguna de las partes hubiere solicitado un informe técnico procederá el Tribunal a requerirlo, pudiendo en dicho caso ampliarse la audiencia de determinación de la pena hasta por un máximo de 8 días en total. Podrá, asimismo, requerir la presencia de quienes hubieren intervenido en su preparación en calidad de peritos o solicitar la actualización de un informe evacuado en el curso del procedimiento, sea de oficio o a petición de alguna de las partes.

En todo caso el tribunal requerirá la información actualizada de los centros y programas vigentes, su cobertura y disponibilidad.

Lo dispuesto en el presente artículo será aplicable a toda condena, sea que se pronuncie en un juicio oral, tras un procedimiento simplificado o abreviado.

Artículo 40 bis.- Plan de intervención. *La ejecución de las condenas impuestas quedará sujeta a la aprobación judicial de un plan de intervención, estructurado a partir de las reglas técnicas que al efecto determine el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, y que deberá tener lugar en un máximo de 15 días desde la fecha en que se comunica la sentencia conforme lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal. Dicha comunicación se hará en audiencia ante el Tribunal encargado de la ejecución de la sentencia, siendo obligatoria la presencia del condenado.*

El plan de intervención deberá responder al diagnóstico sociocriminológico del adolescente condenado debiendo precisar los objetivos, los indicadores de logro de dichos objetivos, las áreas de intervención conforme a lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16 y 17 de la presente ley y las actividades a desarrollar por parte del equipo técnico encargado de su ejecución. Asimismo, fijará los plazos para la evaluación de dicha ejecución.

El incumplimiento del plazo de 15 días señalado en el inciso primero, será considerado una falta grave y dará lugar a las sanciones administrativas procedentes. Se deberán asimismo adoptar las medidas sancionatorias que procedieren en ejercicio de las facultades de supervisión y asistencia técnica que se reconocen al Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. En su caso, se deberá hacer uso de las sanciones previstas en el artículo 49 de la ley que crea dicho Servicio.

En todo caso, siempre tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 41 bis de la presente ley.

Toda modificación que sufra el plan de intervención requerirá de una nueva autorización en audiencia judicial en la medida en que varíe las condiciones de ejecución de la condena y a menos que las razones que lo motivan hayan sido objeto de controversia judicial.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a la condena prevista en la letra h) del artículo 6º. Tratándose de las condenas previstas en las letras e) y f) de dicha disposición tendrá lugar lo señalado en el artículo siguiente.

Artículo 40 ter.- *Si la condena impusiere las penas de reparación del daño causado o prestación de servicios en beneficio de la comunidad, el tribunal derivará al condenado a un programa de mediación para la fijación de una propuesta sobre las condiciones específicas de cumplimiento de dichas condenas, suspendiendo el plazo a que se refiere el artículo precedente.*

En caso alguno la mediación podrá extenderse más allá de dicho objetivo. Los mediadores deberán asimismo observar los protocolos y orientaciones técnicas que imparta el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil en relación a la ejecución de dichas condenas.

Si se frustrare la mediación o si esta no fuere procedente acorde a lo dispuesto en el artículo 35 ter, el tribunal determinará las condiciones de cumplimiento de dichas condenas conforme a las reglas generales. En dicho caso, se tendrá en cuenta el caso en que la frustración se produjere por causas que no fueren atribuibles al condenado.

Artículo 40 quáter.- Remisión de antecedentes. *Si la condena impusiere las penas de reparación del daño causado, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o amonestación y en el curso del proceso se conocieren antecedentes que den cuenta de que el condenado presenta adicción a las drogas o al alcohol, el tribunal ordenará en la misma sentencia que dichos antecedentes sean remitidos a la autoridad competente, según se trate de un condenado menor o mayor de edad, para la adopción de las medidas o acciones que corresponda aplicar.*

Artículo 41.- Suspensión de la imposición de condena. Cuando hubiere mérito para aplicar sanciones privativas o restrictivas de libertad iguales o inferiores a 540 días, pero concurrieren antecedentes favorables que hicieren desaconsejable su imposición, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses.

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

Esta suspensión no afectará la responsabilidad civil derivada del delito.

Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de la posibilidad de decretar la suspensión condicional del procedimiento por un plazo no inferior a 6 ni superior a los 12 meses.

Artículo 41 bis.- Ejecución y cumplimiento de condena. *El cumplimiento de las condenas de internamiento en régimen cerrado con programa de reinserción social, se iniciará el día en que quede ejecutoriada la sentencia que las impone.*

En las demás condenas la ejecución se iniciará el día de ingreso efectivo del condenado al respectivo programa.

TÍTULO III
De la ejecución de las sanciones y medidas

Párrafo 1º
Administración

Artículo 42. Administración de las medidas no privativas de libertad. El Servicio Nacional de Menores *Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil* asegurará la existencia en las distintas regiones del país de los programas necesarios para la ejecución y control de las medidas a que se refiere esta ley, las que serán ejecutadas por los colaboradores acreditados que hayan celebrado los convenios respectivos con dicha institución.

Para tal efecto, llevará un registro actualizado de los programas existentes en cada comuna del país, el que estará a disposición de los tribunales competentes.

El Servicio revisará periódicamente la pertinencia e idoneidad de los distintos programas, aprobando su ejecución por parte de los colaboradores acreditados y fiscalizando el cumplimiento de sus objetivos.

En la modalidad de libertad asistida especial se asegurará la intervención de la red institucional y de protección del Estado, según se requiera. Será responsabilidad del Servicio Nacional de Menores *Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil* la coordinación con los respectivos servicios públicos.

El reglamento a que alude el inciso final del artículo siguiente contendrá las normas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en este artículo.

Artículo 43.- Centros de privación de libertad. La administración de los Centros Cerrados de Privación de Libertad y de los recintos donde se cumpla la medida de internación provisoria, corresponderá siempre y en forma directa al Servicio Nacional de Menores *Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil*, con excepción de los señalados en la letra a) siguiente, cuya administración podrá corresponder en forma directa al Servicio Nacional de Menores *Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil* o a los colaboradores acreditados que hayan celebrado los convenios respectivos con dicha institución.

Para dar cumplimiento a las sanciones privativas de libertad y a la medida de internación provisoria contenidas en esta ley, existirán tres tipos de centros:

a) Los Centros para la Internación en Régimen Semicerrado. *Los centros para el cumplimiento de la libertad asistida especial con internación parcial.*

b) Los centros cerrados de privación de libertad.

c) Los centros de internación provisoria.

Para garantizar la seguridad y la permanencia de los infractores en los centros a que se refieren las letras b) y c) precedentes, se establecerá en ellos una guardia armada de carácter externo, a cargo de Gendarmería de Chile. Ésta permanecerá fuera del recinto, pero estará autorizada para ingresar en caso de motín o en otras situaciones de grave riesgo para los adolescentes y revisar sus dependencias con el solo objeto de evitarlas.

La organización y funcionamiento de los recintos aludidos en el presente artículo se regulará en un reglamento dictado por decreto supremo, expedido por medio del Ministerio de Justicia, conforme a las normas contenidas en el presente Título.

Artículo 44.- Condiciones básicas de los centros de privación de libertad. La ejecución de las sanciones privativas de libertad estará dirigida a la reintegración del adolescente al medio libre.

En virtud de ello, deberán desarrollarse acciones tendientes al fortalecimiento del respeto por los derechos de las demás personas y al cumplimiento del proceso de educación formal y considerarse la participación en actividades socioeducativas, de formación y de desarrollo personal.

Artículo 44 bis.- Régimen en internación provisoria. *La internación provisoria se ejecutará en términos compatibles con la presunción de inocencia de la que goza el adolescente imputado.*

Lo dispuesto en el inciso precedente considerará actividades que favorezcan el desarrollo de hábitos que posibiliten una convivencia respetuosa de los derechos de los demás; la atención en problemas de salud; la participación en actividades educativas, de nivelación o reforzamiento escolar, deportivas o de apresto laboral, y el contacto permanente con la familia.

Se deberán considerar, además, acciones que orienten o preparen al adolescente para el cumplimiento de las obligaciones que les impone el proceso y su preparación para el egreso, cuando corresponda.

Artículo 45.- Normas de orden interno y seguridad en recintos de privación de libertad. Los adolescentes estarán sometidos a las normas disciplinarias que dicte la autoridad para mantener la seguridad y el orden. Estas normas deben ser compatibles con los derechos reconocidos en la Constitución, en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes.

Dichas normas regularán el uso de la fuerza respecto de los adolescentes y contendrán, a lo menos, los siguientes aspectos:

a) El carácter excepcional y restrictivo del uso de la fuerza, lo que implica que deberá ser utilizada sólo cuando se hayan agotado todos los demás medios de control y por el menor tiempo posible, y

b) La prohibición de aplicar medidas disciplinarias que constituyan castigos corporales, encierro en celda obscura y penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del adolescente o sea degradante, cruel o humillante.

Artículo 46.- Normas disciplinarias en recintos de privación de libertad. Las medidas y procedimientos disciplinarios que se dispongan deberán encontrarse contemplados en la normativa del establecimiento y tendrán como fundamento principal contribuir a la seguridad y a la mantención de una vida comunitaria ordenada, debiendo, en todo caso, ser compatibles con el respeto de la dignidad del adolescente.

Para estos efectos, la normativa relativa a dichos procedimientos precisará, a lo menos, los siguientes aspectos:

a) Las conductas que constituyen una infracción a la disciplina;

b) El carácter y la duración de las sanciones disciplinarias que se pueden imponer, y

c) La autoridad competente para imponer esas sanciones y aquella que deberá resolver los recursos que se deduzcan en su contra.

Artículo 47.- Excepcionalidad de la privación de libertad. Las sanciones privativas de libertad que contempla esta ley son de carácter excepcional. Sólo podrán aplicarse en los casos expresamente previstos en ella y siempre como último recurso.

Artículo 48.- Principio de separación. Las personas que se encontraren privadas de libertad por la aplicación de alguna de las sanciones o medidas previstas en esta ley, sea en forma transitoria o permanente, en un lugar determinado o en tránsito, deberán permanecer siempre separadas de los adultos privados de libertad.

Las instituciones encargadas de practicar detenciones, de administrar los recintos en que se deban cumplir sanciones o medidas que implican la privación de libertad, los administradores de los tribunales y, en general, todos los organismos que intervengan en el proceso para determinar la responsabilidad que establece esta ley, adoptarán las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior.

El incumplimiento de esta obligación constituirá una infracción grave a los deberes funcionarios.

Artículo 48 bis.- *Toda persona que se encontrare cumpliendo una condena en aplicación de la presente ley o que estuviere sujeta a internación provisoria tiene derecho a la atención efectiva en materias de salud, incluyendo salud mental y programas asociados al tratamiento de adicciones y al acceso a un régimen de educación formal, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4º del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 2009, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 20.370 con las normas no derogadas del decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2005.*

Este último, en el caso de las condenas de internamiento en régimen cerrado con programa de reinserción social, deberá fundarse en un programa que tenga en cuenta las especiales condiciones bajo las que se desarrolla el proceso de educación formal, teniendo en especial consideración la recuperación de las trayectorias educativas interrumpidas.

Corresponde al Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil adoptar las medidas necesarias para coordinar una adecuada, completa y oportuna cobertura de dichas prestaciones por parte de los órganos sectoriales competentes. Corresponde asimismo a los órganos competentes la provisión y pertinencia de dichas prestaciones".

Párrafo 2º

Derechos y garantías de la ejecución

Artículo 49.- Derechos en la ejecución de sanciones. Durante la ejecución de las sanciones que regula esta ley, el adolescente tendrá derecho a:

a) Ser tratado de una manera que fortalezca su respeto por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando su desarrollo, dignidad e integración social;

b) Ser informado de sus derechos y deberes con relación a las personas e instituciones que lo tuvieren bajo su responsabilidad;

c) Conocer las normas que regulan el régimen interno de las instituciones y los programas a que se encuentre sometido, especialmente en lo relativo a las causales que puedan dar origen a sanciones disciplinarias en su contra o a que se declare el incumplimiento de la sanción;

d) Presentar peticiones ante cualquier autoridad competente de acuerdo a la naturaleza de la petición, obtener una respuesta pronta, solicitar la revisión de su sanción en conformidad a la ley y denunciar la amenaza o violación de alguno de sus derechos ante el juez, y

e) Contar con asesoría permanente de un abogado. Tratándose de adolescentes sometidos a una medida privativa de libertad, éstos tendrán derecho a:

i) Recibir visitas periódicas, en forma directa y personal, al menos una vez a la semana;
ii) La integridad e intimidad personal;
iii) Acceder a servicios educativos, y
iv) La privacidad y regularidad de las comunicaciones, en especial con sus abogados".

Párrafo 3º
Del control de ejecución de las sanciones

Artículo 50. Competencia en el control de la ejecución. Los conflictos de derecho que se susciten durante la ejecución de alguna de las sanciones que contempla la presente ley serán resueltos por el juez de garantía del lugar donde ésta deba cumplirse *de domicilio del condenado*.

En virtud de ello y previa audiencia, el juez de garantía adoptará las medidas tendientes al respeto y cumplimiento de la legalidad de la ejecución y resolverá, en su caso, lo que corresponda en caso de quebrantamiento.

Artículo 51.- Certificación de cumplimiento. La institución que ejecute la sanción, informará sobre el total cumplimiento de la misma a su término, por cualquier medio fidedigno, al juez de que trata el artículo anterior, el que deberá certificar dicho cumplimiento.

Asimismo, deberá informar de cualquier incumplimiento cuando éste se produzca.

En dicho informe deberá incluir las medidas adoptadas para asegurar la derivación de las intervenciones que hayan formado parte de la ejecución de la sanción y del correspondiente plan de intervención y que requieran continuidad.

Artículo 52.- Quebrantamiento de condena. Si el adolescente no diere cumplimiento a alguna de las sanciones impuestas en virtud de la presente ley, el tribunal encargado del control de la ejecución procederá, previa audiencia y según la gravedad del incumplimiento, conforme a las reglas siguientes:

1.- Tratándose de la multa, aplicará en forma sustitutiva la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad por un máximo de 30 horas. Si el adolescente no aceptare la medida, aplicará la libertad asistida en cualquiera de sus formas por el tiempo señalado en el numeral 3.- del presente artículo.

2.- Idéntica regla se seguirá en caso de infracción de la prohibición de conducir vehículos motorizados, sin perjuicio de la mantención de la prohibición por el tiempo restante.

3.- Tratándose del incumplimiento de las medidas de reparación del daño y prestación de servicios en beneficio de la comunidad, se aplicará en forma sustitutiva la libertad asistida en cualquiera de sus formas por un período de hasta tres meses.

4.- El incumplimiento de la libertad asistida se sancionará con libertad asistida especial o con internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, con una duración máxima de sesenta días, lo que se determinará según la gravedad de los hechos que fundan la medida, sin perjuicio del cumplimiento de la sanción originalmente impuesta. En caso de incumplimiento reiterado de la libertad asistida, se aplicará lo dispuesto en el siguiente numeral.

5.- El incumplimiento de la libertad asistida especial dará lugar a la sustitución de la sanción por internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, por un período equivalente al número de días que faltaren por cumplir.

6.- El incumplimiento de la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social podrá sancionarse con la internación en un centro cerrado por un período no superior a los noventa días, sin perjuicio del cumplimiento de la sanción originalmente impuesta por el tiempo restante. En caso de reiteración de la misma conducta, podrá aplicarse la sustitución, en forma definitiva, por un período a fijar prudencialmente por el tribunal, que en caso alguno será superior al tiempo de duración de la condena inicialmente impuesta.

7.- El incumplimiento del régimen de libertad asistida en cualquiera de sus formas al que fuere sometido el adolescente en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, facultará al juez para ordenar que se sustituya su cumplimiento por la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social por el tiempo que resta.

Artículo 52.- Quebrantamiento de condena. *Si el adolescente no diere cumplimiento en forma grave o reiterada a alguna de las sanciones impuestas en virtud de la presente ley, el tribunal encargado del control de la ejecución procederá, previa audiencia y según la gravedad del incumplimiento, conforme a las reglas siguientes:*

1.- Tratándose de las penas accesorias previstas en las letras a), c) o d) del artículo 6, se aplicará en forma sustitutiva la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad por el tiempo mínimo previsto en la ley. Si el adolescente no aceptare la medida, se aplicará la libertad asistida en cualquiera de sus formas por el tiempo mínimo previsto en la ley. Todo lo dicho, sin perjuicio de la mantención de las prohibiciones o restricciones que ellas importen, por el tiempo restante.

2.- Tratándose del quebrantamiento de las medidas de reparación del daño y prestación de servicios en beneficio de la comunidad, se aplicará en forma sustitutiva la libertad asistida en cualquiera de sus formas por el período mínimo previsto en la ley.

3.- El quebrantamiento de la libertad asistida simple o de la libertad asistida especial dará lugar a una ampliación del plazo por el que hubiesen sido impuestas dichas sanciones o, alternativamente, a su sustitución por la sanción inmediatamente superior, extensiva al tiempo mínimo previsto en la ley, según cuál hubiese sido la naturaleza del incumplimiento y su persistencia.

4.- El quebrantamiento de la libertad asistida especial con internación parcial podrá sancionarse con una ampliación del plazo por el que hubiese sido impuesta dicha sanción o, alternativamente, por su sustitución por una pena de internación en un centro cerrado por el tiempo mínimo previsto en la ley, según cuál hubiese sido la naturaleza del incumplimiento y su persistencia. En su caso, se procederá al abono del tiempo que se hubiere satisfecho la condena original.

*5.- El quebrantamiento del régimen de libertad asistida simple o especial al que fuere some*tido el adolescente en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, facultará al juez para ordenar que se sustituya su cumplimiento por la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social por el tiempo que resta.

6.- El quebrantamiento que no fuese grave o reiterado podrá dar lugar a una intensificación del correspondiente plan de intervención. En las audiencias de que trata este artículo será obligatoria la presencia del condenado.

Artículo 52 bis.- Incumplimiento. *Si el condenado no se presentare a la ejecución de la condena o no concurriere a las citaciones que se le comuniquen para la determinación del plan de intervención se despachará orden de arresto, suspendiéndose el plazo señalado en el inciso primero del artículo 40 bis. La renuencia reiterada será tratada como quebrantamiento de condena.*

Artículo 53.- Sustitución de condena. El tribunal encargado del control de la ejecución de las sanciones previstas en esta ley, de oficio o a petición del adolescente o su defensor, podrá sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor y se hubiere iniciado su cumplimiento.

La sanción sustitutiva no se podrá imponer en una extensión inferior o superior al mínimo y máximo previsto en la ley.

Para estos efectos, el juez, en presencia del condenado, su abogado, el Ministerio Público y un representante de la institución encargada de la

ejecución de la sanción, examinará los antecedentes, *el desarrollo del plan de intervención*, oirá a los presentes y resolverá. A esta audiencia podrán asistir los padres del adolescente o las personas que legalmente hubieren ejercido la tuición antes de su privación de libertad, y la víctima o su representante. La inasistencia de estos últimos no será nunca obstáculo para el desarrollo de la audiencia.

La resolución que se pronuncie sobre una solicitud de sustitución será apelable para ante la Corte de Apelaciones respectiva.

En caso alguno la internación en un régimen cerrado podrá sustituirse por una de las sanciones previstas en las letras e) o f) del artículo 6º.

Tratándose de sanciones impuestas en virtud de la comisión de un crimen respecto de quienes hubiesen sido previamente condenados por delito sancionado con pena aflictiva, la sustitución sólo procederá una vez que se haya cumplido más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuesta.

Artículo 54.- Sustitución condicional de las medidas privativas de libertad. La sustitución de una sanción privativa de libertad podrá disponerse de manera condicionada. De esta forma, si se incumpliere la sanción sustitutiva, podrá revocarse su cumplimiento ordenándose la continuación de la sanción originalmente impuesta por el tiempo que faltare.

Artículo 55.- Remisión de condena. El tribunal podrá remitir el cumplimiento del saldo de condena cuando, en base a antecedentes calificados, considere que se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con su imposición. Para ello será aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y tercero *tercero y cuarto* del artículo 53.

Para los efectos de resolver acerca de la remisión, el tribunal deberá contar con un informe favorable del Servicio Nacional de Menores *Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.*

Tratándose de una sanción privativa de libertad, la facultad de remisión sólo podrá ser ejercida si se ha cumplido más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuesta *o de dos tercios de la misma, si se trata de delitos que en el régimen de adultos pueden recibir una pena igual o superior al presidio o reclusión mayor en su grado máximo.*

Artículo 55 bis.- *A efectos de lo dispuesto en los tres artículos precedentes la víctima deberá informar su domicilio para fines de notificación en la primera actuación en que intervenga ante un tribunal o fiscal del Ministerio Público, pudiendo en dicha oportunidad indicar una forma alternativa para recibir dicha comunicación. El tribunal o fiscal que hubiere recibido dicha información deberá registrarla y comunicarla oportunamente a quien debe resolver.*

Lo dispuesto también tendrá lugar en caso que se hubiere decretado cualquier tipo de medida que obligue a guardar reserva para fines de protección de la víctima, debiendo el órgano correspondiente adoptar las medidas de resguardo que sean pertinentes.

Título final

Artículo 56.- Cumplimiento de la mayoría de edad. En caso que el imputado o condenado por una infracción a la ley penal fuere mayor de dieciocho años o los cumpliere durante la ejecución de cualquiera de las sanciones contempladas en esta ley o durante la tramitación del procedimiento, continuará sometido a las normas de esta ley hasta el término de éste.

Si al momento de alcanzar los dieciocho años restan por cumplir menos de seis meses de la condena de internación en régimen cerrado, permanecerá en el centro de privación de libertad del Servicio Nacional de Menores *Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil*.

Si al momento de alcanzar los dieciocho años le restan por cumplir más de seis meses de la condena de internación en régimen cerrado, el Servicio Nacional de Menores *Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil* evacuará un informe fundado al juez de control de ejecución en que solicite la permanencia en el centro cerrado de privación de libertad o sugiera su traslado a un recinto penitenciario administrado por Gendarmería de Chile.

Dicho informe se enviará al tribunal con a lo menos tres meses de anterioridad a la fecha de cumplimiento de la mayoría de edad y se referirá al proceso de reinserción del adolescente y a la conveniencia, para tal fin, de su permanencia en el centro cerrado de privación de libertad. El informe deberá comunicarse a todas las partes involucradas en el proceso.

En caso de ordenar el tribunal su permanencia, se revisará su situación según se desarrolle el proceso de reinserción en apreciación de la administración del centro.

En caso de ordenar el tribunal su traslado a un recinto penitenciario, las modalidades de ejecución de dicha condena deberán seguir siendo ejecutadas conforme a las prescripciones de esta ley.

Excepcionalmente, el Servicio Nacional de Menores *Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil* podrá solicitar al tribunal de control competente que autorice el cumplimiento de la internación en régimen cerrado en un recinto administrado por Gendarmería de Chile, cuando el condenado hubiere cumplido la mayoría de edad y sea declarado responsable de la comisión de un delito o incumpla de manera grave el reglamento del centro poniendo en riesgo la vida e integridad física de otras personas.

En todos los casos previstos en este artículo, el Servicio Nacional de Menores, *Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil* Gendarmería de Chile y las autoridades que correspondan adoptarán las medidas necesarias para asegurar la separación de las personas sujetas a esta ley menores de dieciocho años con los mayores de edad y de los adultos sujetos a esta ley respecto de los condenados conforme a la ley penal de adultos.

Artículo 56 bis.- *Son apelables las resoluciones adoptadas en virtud de lo dispuesto en las reglas que se incluyen en el presente Párrafo 3º.*

Artículo 57.- Academia Judicial. Para los efectos de lo previsto en el artículo 29, la Academia Judicial considerará la dictación de los cursos de especialización a que esa norma se refiere en el programa de perfeccionamiento destinado a los miembros de los escalafones primario, secundario y de empleados del Poder Judicial.

En todo caso, el requisito establecido en dicha disposición podrá ser acreditado sobre la base de antecedentes que den cuenta del cumplimiento de cursos de formación especializada en la materia, impartidos por otras instituciones alternativas a la Academia Judicial. La certificación respectiva la emitirá dicha institución, en base a los antecedentes que proporcione el solicitante.

Artículo 58.- Restricción de libertad de menores de catorce años. Si se sorprendiere a un menor de catorce años en la ejecución flagrante de una conducta que, cometida por un adolescente constituiría delito, los agentes policiales ejercerán todas las facultades legales para restablecer el orden y la tranquilidad públicas y dar la debida protección a la víctima en amparo de sus derechos.

Una vez cumplidos dichos propósitos, la autoridad respectiva deberá poner al niño a disposición del tribunal de familia a fin de que éste procure su adecuada protección. En todo caso, tratándose de infracciones de menor entidad podrá entregar al niño inmediata y directamente a sus padres y personas que lo tengan a su cuidado y, de no ser ello posible, lo entregará a un adulto que se haga responsable de él, prefiriendo a aquellos con quienes tuviere una relación de parentesco, informando en todo caso al tribunal de familia competente.

Para los efectos de que el fiscal pueda interrogar al menor en calidad de testigo, se estará a las normas generales que regulan la materia".

Bibliografía

Aguilar, Cristián (2013): *Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad de la Ley Nº 18.216 (ley Nº 20.603)* (Santiago: Metropolitana).

Alvarado, Agustina (2022): "Principio de especialidad en el proceso de determinación de la sanción penal juvenil. Análisis dogmático y crítico", en Oliver Calderón, Guillermo (dir.), *Problemas actuales de determinación de la pena en el derecho penal chileno* (Valencia: Tirant lo Blanch).

Araya, Luis Miguel (2021): *Régimen de penas sustitutivas. Revisión a la Ley Nº 18.216, Ley Nº 20.587 y DL Nº 321*, 2ª edición (Santiago: DER Ediciones).

Artaza, Osvaldo (2021): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Santiago: Academia Judicial).

Balmaceda, Gustavo (2021): *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª edición (Santiago: Librotecnia).

Beccaria, Cessare (1798): *De los delitos y las penas* (trad. Juan Antonio de las Casas), (Madrid: Joachin Ibarra).

Besio, Martín (2012): "Valoración y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes", en *Revista para el Análisis del Derecho*, *InDret*, Nº 1.

— (2015): "Aplicación del artículo 351 del CPP", en *Política Criminal*, vol. 10, Nº 20.

Cabezas, Carlos (2014): "La facultatividad u obligatoriedad de la aplicación de la prescripción gradual de la pena", en *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, vol. 41, Nº 4. Disponible en línea: <https://bit.ly/3MQVO38>.

Cillero, Miguel *et al.* (2011): *Código Penal comentado. Doctrina y jurisprudencia, Libro primero (arts. 1 a 105). Doctrina y jurisprudencia* (Santiago: LegalPublishing).

Comité para la Prevención de la Tortura (2021): Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad en Chile. Primer informe anual 2020. Disponible en línea: <https://mnpt.cl/wp-content/uploads/2021/09/74830-INFORME-ANUAL-CPT-INTE-web-INDH.pdf>.

Cordero, Eduardo (2015): "Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), vol. 20, Nº 1. Disponible en línea: <https://bit.ly/3CQPaW5>.

Couso, Jaime (2012): "La especialidad del derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo", en *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, Nº 38.

Cury, Enrique (1997): *Derecho penal. Parte general*, tomo II, 2ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

— (2020): *Derecho penal. Parte general*, tomo I, 11ª edición (Santiago: Universidad Católica de Chile).

Cusack, Simone (2022): "Estereotipos de género y su impacto en la administración de justicia", en *Revista Justicia con Perspectiva de Género*, Nº 2. Disponible en línea: <https://bit.ly/3CdYpz6>.

Duce, Mauricio y Riego, Cristián (2002): *Introducción al nuevo Sistema Procesal Penal*, vol. 1 (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales).

Etcheberry, Alfredo (1997): *Derecho penal. Parte general*, 3ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Feijoo, Bernardo (1998): "Teorías clásicas de la pena", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 11-12.

— (2007a): *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal* (Montevideo: B de F).

— (2007b): "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho", en *Revista para el Análisis del Derecho*, *InDret*, Nº 1.

Fernández, Marco Antonio (2019): *Derecho penitenciario chileno: Problemas en torno a su naturaleza jurídica* (Santiago: Hammurabi).

Fontecilla, Rafael (1930): *La pena (evolución natural, jurídica y técnica): Los problemas modernos y su influencia en el nuevo derecho penal chileno* (Santiago: Cisneros).

Garrido, Mario (2001): *Derecho penal,* tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

— (2007): *Derecho penal. Parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Gómez-Jara, Carlos (2010): "¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel", en *Política Criminal*, vol. 5, Nº 10.

González, Marco Aurelio (1998): *Criminología* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Guzmán, José Luis (2017): "Sentido de la pena y reparación", en *Política Criminal,* vol. 12, Nº 24. Disponible en línea: DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000201044>.

Hernández, Héctor (2010): "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", en *Política Criminal*, vol. 5, Nº 9.

Horvitz, María Inés y López, Julián (2003): *Derecho procesal penal chileno,* tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Horvitz, María Inés (2018): "La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?", en *Política Criminal,* vol. 13, Nº 26.

Krause, María Soledad (2022): "Argumentación jurídica con perspectiva de género", en *Revista Justicia con Perspectiva de Género*, Nº 2. Disponible en línea: <https://bit.ly/3CdYpz6>.

Lamas, Félix Adolfo (2013): *La experiencia jurídica* (Buenos Aires: IEF).

Lamas, Luis (2004): *Responsabilidad penal de las empresas y* compliance (Santiago: Oliejnik).

Lorca, Rocío (2016): "Pobreza y responsabilidad penal. El castigo penal en sociedades desiguales", en *Libertades Públicas/Colección Breviarios,* Nº 5. Disponible en línea: <https://bit.ly/3JGOGFD>.

Mañalich, Juan Pablo (2010): "Retribución como coacción punitiva", en *Derecho y Humanidades*, vol. 1, Nº 16. Disponible en línea: <https://bit.ly/3Nq-Boyo>.

— (2014): "El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio", en *Política Criminal*, vol. 9, Nº 18. Disponible en línea: DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718339920140002000 08>.

— (2015): "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", en *Revista de Derecho*, vol. 28, Nº 2.

— (2018): *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (Santiago: Thomson Reuters).

Marín, Juan Carlos (2008): "Algunos aspectos procesales de la ley Nº 18.216", en *Revista de Estudios de la Justicia,* Nº 10. Disponible en línea: DOI: <10.5354/rej.voi10.15220>.

Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia (2021): *Manual de derecho penal chileno. Parte general*, 2ª edición (Valencia: Tirant lo Blanch).

Maldonado, Francisco (2015): "Efectos del cumplimiento de la condena precedente en el acceso al régimen de penas sustitutivas previstas en la ley Nº 18.216. Consideraciones sobre el estatuto aplicable a la reite-

ración delictiva, al margen de la agravante de reincidencia", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), vol. 22, Nº 2.

Medina, Gonzalo (2009): "Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 11.

Meini, Iván (2013): "La pena: función y presupuestos", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú*, Nº 71. Disponible en línea: <https://bit.ly/44pUlId>.

Montoro, Manuel (2007): "El funcionalismo en el derecho. Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs", en *Anuario de Derechos Humanos Nueva Época,* Nº 7.

Murphy, Jeffrie G. (1973): "Marxism and retribution", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, Nº 3.

Náquira, Jaime *et al.* (2008): "Principios y penas en el derecho penal chileno", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Nº 10.

Navas, Iván y Jaar, Antonia (2018): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena", en *Política Criminal*, vol. 13, Nº 26.

Núñez, Elena (2008): Seminario internacional los delitos imprudentes en el ámbito empresarial. Ponencia de la doctora Elena Núñez Castaño "La responsabilidad penal en la empresa" en *Revista de Estudios de la Justicia* Nº 10, año 2008.

Oliver, Guillermo (2011): "¿No puede aplicarse el artículo 68 bis del Código Penal después de una compensación racional entre atenuantes y agravantes?", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), vol. 18, Nº 1.

— (2016): "Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno", en *Política Criminal*, vol. 11, Nº 22.

Ortiz, Luis y Arévalo, Javier (2021): *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Parra, Francisco (2019): "Los efectos de la media prescripción penal", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), vol. 87, Nº 246.

Pawlik, Michael (2004): *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe* (Berlín: Duncker and Humblot).

Politoff, Sergio *et al.* (2003): *Lecciones de derecho penal. Parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Robinson, Paul (2008): *Distributive principles of criminal Law. Who should be punished and how much?* (Nueva York: Oxford University Press).

— (2013): "El papel que le corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena", en *Perspectiva Penal Actual*, Nº 2.

Salinero, Sebastián (2021): "El concurso de delitos en la práctica de la judicatura chilena. Una aproximación empírica desde el estudio de casos simulados", en *Política Criminal*, vol. 16, Nº 31.

Silva, Jesús-María (2007): "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en *Revista para el Análisis del Derecho*, *InDret*, Nº 2.

Rodríguez, Enrique (2022): "Problemas relativos a la forma de efectuar el incremento en grado de los marcos penales compuestos y al orden de aplicación de las reglas de determinación de la pena en el Código Penal chileno: Análisis doctrinal y jurisprudencia", en Oliver, Guillermo (dir.), *Problemas actuales de determinación de la pena en el derecho penal chileno* (Valencia: Tirant lo Blanch).

Roxin, Claus (2006): *Derecho penal. Parte general,* tomo I (Madrid: Thompson-Civitas).

Van Weezel, Alex (2001): "Determinación de la pena exacta: El artículo 69 del Código Penal", en *Ius et Praxis*, Nº 2.

Vargas, Tatiana (2014): *Manual práctico de aplicación de la pena* (Santiago: LegalPublishing).

Venegas, Jaime Alberto (2018): "El defensor penitenciario como fiscalizador de la actividad penitenciaria en el proceso sancionatorio administrativo", en *Revista de la Justicia Penal*, Nº 12.

Las penas: determinación, aplicación y ejecución en adultos y adolescentes
de Tania Gajardo Orellana y Francisco Hermosilla Iriarte

Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes

DER Ediciones

ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE