

CAPÍTULO XX
LA DETERMINACIÓN DE LA PENA
Y SUS MODALIDADES

22. NOCIONES GENERALES

I. SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

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 ésta.

Como el derecho se liberalizó en razón de las ideas y movimientos revolucionarios del siglo XVII, con fundamento en esos nuevos principios se pretendió superar las prácticas existentes en los Estados monárquicos (absolutistas) de la época, cuyos jueces estaban al servicio del soberano y hacían justicia en su nombre con un muy amplio arbitrio en la forma de ejercer sus facultades, lo que se traducía en ausencia de toda garantía para el procesado. Se reaccionó en contra de ese sistema con códigos y leyes que limitaron el poder de los magistrados precisando al extremo las sanciones que podían imponer en los delitos que juzgaban. La idea de garantizar al individuo frente a un Estado omnipotente indujo al legislador a la creación de una serie de presupuestos legales tendientes a marginar la posibilidad de todo arbitrio judicial, transformando al sentenciador en un simple *brazo de la ley*.

Como natural consecuencia de un sistema rígido que frecuentemente se concretaba en soluciones injustas, a fines del siglo XIX y principios del veinte, y debido al impulso que alcanzaron las

corrientes *positivistas* del pensamiento jurídico, se cambió el paradigma del clasicismo. Se pretendió sustituir la concepción normativa del delito y su represión con instrumentos legales –como lo es la pena– por una concepción sociológico-política que calificaba al delito como *enfermedad social*, donde el delincuente pasaba a ser un sujeto enfermo, anormal, que debía ser sometido a tratamiento para mejorarlo y reinsertarlo, una vez sano, en la sociedad. La reacción penal según esta concepción se convierte en tratamiento o en un medio de inocuizar al individuo peligroso marginándolo del grupo cuando no responda positivamente a la *terapia*. Esta visión del delito hace improcedente la precisión de la naturaleza y duración de la pena por el legislador, porque ella depende de la peligrosidad del delincuente, y su duración queda sujeta al progreso personal que logre con su aplicación. En este sistema la pena es indeterminada; un sistema de estas características se contrapone a la noción de *Estado de derecho*, porque no respeta el principio de legalidad y, en particular, el de *determinación*.

La antítesis de la pena indeterminada es la pena *absolutamente determinada*, sistema en el que el legislador es quien asume el papel que desempeña el tribunal como regulador de la sanción en el caso particular, porque la ley la determina en su naturaleza y magnitud, sin otra alternativa. Así sucede cuando a un delito se prescribe como única sanción la pena de muerte o de presidio perpetuo; es un sistema rígido y no aconsejable.¹

La pena *relativamente determinada* es el sistema por el que mayoritariamente se inclina la doctrina en la segunda mitad del siglo XX, que requiere de una coordinada y estrecha *cooperación del legislador y del juez*. Al legislador le corresponde “crear un marco penal que sea el mismo para todos los casos que se subsuman en el precepto legal”;² se trata de un espacio relativamente amplio dentro del cual puede fijarse la pena para el hecho singular de que se trate. Al juez le corresponde escoger, entre las distintas alternativas establecidas por la ley, la pena aplicable y su magnitud, considerando la naturaleza y gravedad del hecho típico (fines preventivos generales y su merecimiento); pero además ha de con-

¹ Maurach-Zipf-Gössel, *op. cit.*, t. II, p. 697.

² Jescheck, *op. cit.*, t. II, p. 1189.

siderar la culpabilidad y condiciones personales del autor, como también la posible remisión de la sanción o la aplicación de una medida alternativa (fines preventivos especiales y su necesidad). El juez cuenta con una relativa *discrecionalidad* para la determinación de la pena dentro del marco legal, pero esa discrecionalidad no es absoluta, debe respetar los principios jurídicos que la orientan y los fines que ésta persigue (prevención general y especial, merecimiento y necesidad de la sanción). De consiguiente, el juez ha de tener presente el *principio de igualdad* al imponer al caso singular la sanción y, de otro lado, el de *culpabilidad* del sujeto en el hecho y sus condiciones individuales para evaluar *las consecuencias que en su vida futura le acarrearán la pena*, las que necesariamente han de ser tomadas en cuenta en la regulación de la sanción.

Sectores doctrinarios critican la técnica del legislador de establecer márgenes demasiado amplios para la determinación de la pena, ya que esa situación generalmente afecta negativamente a la aplicación igualitaria de la sanción y también favorece la tendencia a imponer las penas en su mínimo.³

II. PRECEPTOS REGULADORES DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL

Como se adelantó, la ley penal se ha ocupado de reglamentar, en forma si se quiere minuciosa, la manera de determinar la pena en cada caso singular. Establece un detallado cuadro de penas, de sus diversos grados y sus posibles variables, al cual ha de atenerse el tribunal sentenciador al imponerla.

Las reglas y sus alternativas son las siguientes:

1) *Cada grado de una pena constituye una pena distinta*. El art. 57 indica que en las penas *divisibles*, cada grado de la misma constituye una *pena distinta*; a su vez, el art. 58 dispone que “en los casos en que la ley señala una pena compuesta de dos o más distintas, cada una de éstas forma un grado de penalidad, la más leve de ellas el mínimo y la más grave el máximo”. De consiguiente, y como ejemplo de *penas divisibles*, el art. 395 establece para el delito de castración la pena de presidio mayor en sus grados mínimo

³ Maurach-Zipf-Gössel, *op. cit.*, t. II, p. 693.

a medio; de modo que de acuerdo a lo señalado por el art. 57, cada uno de esos grados constituye una pena distinta, el delito tiene dos penas. Otro tanto sucede con delitos con *penas compuestas de dos o más penas distintas*, v. gr., el de robo con homicidio, que el art. 433 N° 1° castiga con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado; de acuerdo al art. 58, tiene cuatro penas diferentes: presidio mayor en su grado medio, presidio mayor en su grado máximo, presidio perpetuo y presidio perpetuo calificado; las dos últimas penas son diversas a las dos primeras, porque son indivisibles y no tienen grados. La pena de presidio mayor en su grado medio –en este caso– es el *mínimo* de la pena, y la de presidio perpetuo calificado es el *máximo*. Como bien apunta Etcheberry, cada pena es un grado y cada grado es una pena;⁴ la más benigna es el mínimo y la más grave es el máximo.

III. PENA SUPERIOR O INFERIOR EN GRADO (ESCALAS GRADUALES)

El Código Penal en sus arts. 50 y siguientes contiene un conjunto de reglas para imponer las penas, y conforme a esas reglas puede ser necesario aplicar la pena *superior en grado* a la fijada por el legislador para el delito de que se trate; puede, a su vez, ser necesario aplicar la *pena inferior en grado*. Para enfrentar situaciones como la descrita, el art. 59 establece cinco *escalas*: la *primera* es para la pena de presidio perpetuo calificado y demás penas privativas de libertad; la segunda y tercera, para las restrictivas de libertad, y la cuarta y quinta, para las inhabilitaciones y suspensiones de derechos.

En el art. 77 el legislador señala cómo deben emplearse estas escalas cuando es menester subir o bajar la pena que en la parte especial se asigna a cada hecho delictivo. La referida disposición expresa: “En los casos en que la ley señala una *pena inferior o superior* en uno o más grados a otra determinada, la pena inferior o superior se tomará de la *escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada*.”

⁴ Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 128.

Si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva, se impondrá el *presidio perpetuo*. Sin embargo cuando se tratare de la escala N° 1 del art. 59 (la correspondiente a las penas privativas de libertad) se impondrá *presidio perpetuo calificado*.

Faltando pena inferior se aplicará siempre la multa.

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

La disposición expone la forma como deben emplearse las escalas graduales que establece el art. 59. Se ubica la pena prescrita por la ley al delito en la escala que le corresponda, y en la misma se escoge la pena inmediatamente superior o inferior según el caso. Por ejemplo, si la pena que corresponde al delito es *presidio menor en su grado máximo*, esa sanción se ubica en la escala N° 1, porque allí están las privativas de libertad, y para determinar la superior se tomará aquella que en esa escala está inmediatamente más arriba de la indicada, o sea *presidio mayor en su grado mínimo*; para determinar la pena inferior se baja a la inmediatamente inferior, esto es la de *presidio menor en su grado medio*. El art. 77 se coloca en la alternativa de que en la respectiva escala gradual no exista una pena superior o inferior en grado, como resultaría si el delito tuviera asignada la pena de *relegación perpetua* (escala N° 2) o *confinamiento mayor en su grado máximo* (escala N° 3) y la ley ordenara subir en un grado la sanción; en tal hipótesis correspondería –en ambos casos– imponer la de *presidio perpetuo* (inc. 2° del art. 77). Si la pena asignada al delito es la de *inhabilitación absoluta perpetua* (escala N° 4) y debe subirse un grado, se impondrá la de *reclusión menor en su grado medio*, conforme a lo preceptuado por el inc. final del art. 77.

La pena de *multa* es la pena inferior en todas las escalas graduales para estos efectos, tanto por mandato del transcrito art. 77 inc. 3° como por lo dispuesto en el mismo sentido por los arts. 60 inc. 1° y 61 N° 5°.

IV. DESDE QUÉ GRADO DE LA PENA SE AUMENTA O SE DISMINUYE LA SANCIÓN

Hay situaciones que ofrecen dudas cuando se trata de recorrer una escala de penas para determinar la rebaja o el aumento de

una sanción *compuesta*, o sea cuando tiene una extensión que comprende diversas penas o grados. El problema incide en determinar desde qué grado o pena se sube o se baja en la escala respectiva. 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 N^{os} 1^o y 2^o 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.⁵ 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^o, o sea cuando concurren en el delito dos o más agravantes —no así atenuantes—, situación en que se faculta al tribunal para “imponer la inmediatamente superior en grado al *máximo* de los designados por la ley”.

V. PENAS ALTERNATIVAS Y PENAS COPULATIVAS

Hay delitos para los cuales se han determinado indistintamente varias penas, ocasiones en que el tribunal puede aplicar una u otra, según los antecedentes del caso lo ameriten. Ejemplo típico de esta especie es el delito de lesiones de mediana gravedad, descrito y sancionado en el art. 399 con *presidio o relegación menores en sus grados mínimos o multa*. Se trata, de consiguiente, de tres penas *alternativas*, entre las cuales el juez puede escoger para imponer una al procesado. Si son varios los responsables, no es imperativo imponer a todos ellos sanciones de igual naturaleza;

⁵ Cfr. Cury, *D.P.*, t. II, p. 399.

puede al autor imponérsele la de presidio, al inductor la de relegación y al cómplice la de multa. El art. 61 N^o 3^o lo autoriza: “Si se designan para un delito *penas alternativas*, sea que se hallen comprendidas en la misma escala o en dos o más distintas,⁶ *no estará obligado el tribunal a imponer a todos los responsables las de la misma naturaleza*”.

Regla distinta rige cuando se trata de penas *copulativamente* señaladas para un delito: las penas copulativas deben aplicarse a todos los responsables, salvo el caso de que una de esas penas se deba aplicar a uno de ellos, “por circunstancias peculiares a él, que no concurren” en los restantes. Así lo dispone el art. 61 N^o 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^a y 2^a, 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”. La palabra *autor* empleada por el texto ha de entenderse en sentido amplio, comprensiva del autor propiamente tal, los cómplices y los encubridores. Es el caso de los que toman parte en la emisión de estampillas falsificadas: conforme al art. 182, deben ser castigados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo y multa; como se trata de penas copulativas, se aplican ambas en conjunto a cada uno de los responsables.

VI. REGLAS FUNDAMENTALES PARA LA REGULACIÓN DE LA PENA

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.

⁶ Cury, *D.P.*, t. II, p. 400.

a) *La pena señalada por la ley*

Aunque parezca obvio, es la pena que la ley establece para cada delito la fuente primaria desde donde se inicia el análisis dirigido a determinar la pena aplicable al hecho concreto que se esté juzgando. Lo anotado se desprende de lo dispuesto por el art. 50: “A los autores de delito se impondrá la *pena que para éste se hallare señalada por la ley*.”

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

Se sabe que la ley designa en abstracto la pena que corresponde a cada una de las figuras penales que establece, pero la disposición transcrita precisa que esa pena es la que corresponde al *autor* del delito *consumado*. Es esta pena –la que corresponde al autor del delito consumado– la que sirve como base para la determinación de la sanción que corresponde a los demás intervinientes, y aun para el mismo autor, toda vez que en su caso pueden concurrir circunstancias modificatorias de responsabilidad que harían variar esa pena.

b) *Nivel de ejecución alcanzado por el delito*

Los niveles de ejecución del delito para los efectos de su sanción son tres: tentativa, frustración y consumación; a cada uno de esos grados de ejecución le corresponde una pena diversa. Al delito *consumado*, atendido lo preceptuado en el art. 50, le corresponde la pena que la ley prescribe al respectivo tipo: al crimen o simple delito *frustrado*, la inferior en un grado a la pena antes indicada (art. 51); a la *tentativa*, la inferior en dos grados (art. 52 inc. 1º). Estas sanciones son las que le corresponden al *autor*; no a los demás responsables.

Al crimen o simple delito frustrado y al intentado les corresponden esas sanciones, salvo que la ley haya determinado una diferente, alternativa en cuyo evento se estará a lo preceptuado por esa ley (art. 55). Un ejemplo lo constituye el art. 450, que impone al delito intentado y frustrado de robo con violencia e intimidación en las personas la pena que corresponde al delito consumado; algo semejante se establece en el art. 111 respecto de algunos delitos en grado de frustrado en contra de la seguridad exterior y soberanía del Estado.

Las escalas descritas por el art. 59 son las que han de recorrerse para establecer cuál es la pena inferior en grado, lo que se cumplirá respetando lo dispuesto en el art. 61 en sus N^{os} 1^o y 2^o.

Escapan a las reglas señaladas los delitos *faltas*, toda vez que se castigan únicamente cuando están *consumadas* (art. 9^o); la tentativa y la frustración restan impunes. Hacen excepción el delito falta de hurto, que según el art. 494 bis, tanto en caso de tentativa como de frustración, puede ser castigado conforme a las reglas generales antes indicadas.

c) *Forma de participación en el delito*

Los intervinientes en un crimen o simple delito pueden ser autores, cómplices o encubridores, y para cada grado de intervención en el hecho existe una sanción distinta de acuerdo con los arts. 50, 51 y 52.

Se sabe que al autor se le aplica la pena establecida al describir el tipo penal, siempre que el hecho alcance la etapa de consumación (art. 50); al *cómplice* de un crimen o simple delito, la pena inmediatamente inferior en grado a la asignada por la ley al autor (art. 51), y al *encubridor* de un crimen o simple delito, la inferior en dos grados a la fijada por la ley al autor (art. 52 inc. 1^o). Si el delito no se consumó, corresponde hacer aplicación en conjunto de las reglas consignadas en el párrafo anterior y en el presente. De consiguiente, la pena que se debe aplicar al *cómplice* de un crimen o simple delito *frustrado* es la *inferior en dos grados* a la prescrita por la ley al autor del crimen o simple delito consumado, y será la inferior en tres grados si se trata del cómplice de un crimen o simple delito *intentado*. Al *encubridor* de un crimen o simple delito *frustrado* le corresponde la pena inferior en *tres grados* a la señalada por la ley al autor del crimen o simple delito consumado, y tratándose de una *tentativa*, la inferior en *cuatro grados* a la referida pena del autor (arts. 52, 53 y 54). Estas reglas operan siempre que las aludidas formas de participación (complicidad y encubrimiento) no tengan asignada una pena diversa por la ley, salvedad que dispone el art. 55.

El *cómplice* de una falta según el art. 498 se condena con una pena que no puede exceder de la mitad de la pena que le corresponde al autor. Los encubridores de falta no son punibles, porque

el art. 17, que se refiere a este grado de participación, limita su aplicación sólo a los crímenes y simples delitos.

Lo señalado no rige para los delitos falta de hurto, porque conforme lo dispone el art. 494 bis, tanto la tentativa como la frustración deben ser castigadas conforme a las reglas generales indicadas en el art. 7º, a las cuales se ha hecho referencia.

Se exceptúan de estas reglas los encubridores indicados en el art. 52, esto es aquellos descritos por el art. 17 Nº 4º (aquel que protege habitualmente a los malhechores), para los cuales se dispone una pena específica. En el mencionado art. 52 se mantiene una referencia –erradamente– a los encubridores del Nº 3º del art. 17, en quienes concurra la circunstancia 1ª de ese número, circunstancia que en la actualidad fue eliminada y, por lo tanto, esa referencia carece de sentido.⁷

El error señalado es ostensible y se ha mantenido por diez años (desde 1991); sin embargo, la displicencia del legislador ha alcanzado extremos inexplicables cuando, en lugar de corregirlos, vuelve a incurrir en ellos al modificar el aludido inciso segundo del art. 52, con la Ley Nº 19.806 de 31 de mayo de 2002, que reemplazó la expresión “procesados de” y “de simple delito” que empleaba primitivamente, por “condenados por” y “por simple delito”.

d) *Circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes*

Una vez que se ha determinado la pena que la ley le asigna al delito, la intervención que en él le ha correspondido al inculpado y la etapa de ejecución que alcanzó el delito, y se hacen los ajustes pertinentes a la pena impuesta por la ley, procede establecer si las circunstancias modificatorias de responsabilidad, en particular las

⁷ La referencia que se hace en el inc. 2º del art. 52 a los encubridores comprendidos en el Nº 3º del art. 17, era válida antes de que se modificara esta última disposición por la Ley Nº 19.077, que suprimió las dos *circunstancias* que primitivamente tenía; en la actualidad, como bien se indica en nota de la publicación oficial del Código Penal, debe entenderse inaplicable y los encubridores del Nº 3º del art. 17 se rigen, en cuanto a su sanción, por las reglas generales ya comentadas.

agravantes y las atenuantes concurrentes, tienen o no influencia en la regulación de la sanción. Si la tienen, para determinarla debe echarse mano a una serie de reglas que detalla acuciosamente el Código Penal, lo que, por lo demás, expresamente ordena su art. 62: “Las circunstancias *atenuantes o agravantes se tomarán en consideración* para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes”. A estas reglas se aludirá en párrafo aparte.⁸ Además, estas circunstancias deben volverse a considerar cuando se ha determinado el grado de la sanción que se impondrá al responsable, porque el art. 69 prescribe que dentro de los límites de cada grado, la cuantía de la pena se regulará “en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes”.

e) *El mal causado por el delito*

El art. 69, por último, dispone que “dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención... a la *mayor o menor extensión del mal producido* por el delito”. De manera que en la regulación de la pena, dentro del grado ya predeterminado, el tribunal debe valorar, además del número y entidad de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad, la gravedad del mal causado por el delito. La ley no establece reglas para hacerlo, y lo deja entregado al criterio del juez, que primeramente apreciará la entidad de la lesión o peligro corrido por el bien jurídico protegido y a continuación los otros efectos perjudiciales que se deriven directamente del delito, sin perjuicio de que no hayan sido considerados por el legislador al describir el tipo penal.⁹

f) *La multa y su regulación*

Los límites del monto máximo de la multa están señalados en el art. 25, que precisa el que corresponde a los crímenes, simples

⁸ *Infra* párrafo VII.

⁹ Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 144; Cury, *D.P.*, t. II, p. 408.

delitos y faltas, sin perjuicio de que la ley pueda establecer otras cuantías. Pero la regulación que el tribunal hace en el caso singular está sujeta a los principios descritos en el art. 70: “En la aplicación de las multas el tribunal *podrá recorrer toda la extensión* en que la ley le permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las *circunstancias atenuantes y agravantes* del hecho, sino principalmente el *caudal o facultades* del culpable”.

De consiguiente, en la fijación de la multa se puede recorrer toda la extensión de ella, pero al precisarla se han de tomar en cuenta dos antecedentes: a) las circunstancias modificatorias de responsabilidad del delito, y b) el caudal o facultades (económicas) del procesado. El *Código* expresa que *principalmente* deben considerarse estas últimas, lo que parece desvirtuar la creencia de que el orden de valoración de cada uno de los dos elementos debe ser el expresado en la disposición, o sea primeramente las circunstancias modificatorias y luego el caudal.¹⁰

Con los referidos elementos de valoración se ha pretendido evitar situaciones injustas en la aplicación de esta pena pecuniaria, pues una suma determinada de dinero puede gravitar de modos muy diversos sobre el condenado, según sean sus recursos económicos y las obligaciones que tenga.

Frente a una real dificultad del delincuente para pagar la multa, el inc. 2º del art. 70 dispone: “Tanto en la sentencia como en su ejecución el tribunal podrá, atendidas las circunstancias, autorizar al afectado *para pagar las multas por parcialidades*, dentro de un límite que no exceda del plazo de *un año*. El no pago de una sola de las parcialidades, hará exigible el total de la multa adeudada”.

Puede suceder que el sentenciado no tenga bienes ni recursos para pagar la multa, caso en el cual el art. 49 adopta una posición que se puede calificar de evidentemente injusta: “Si el sentenciado *no tuviere* bienes para satisfacer la multa, *sufrirá por vía de sustitución* y apremio, *la pena de reclusión*, regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder *de seis meses*”. Se libera de este apremio “el condenado a reclusión menor en su grado máximo o a otra pena más grave”, de acuerdo a lo dispuesto por el inc. 2º del referido artículo 49. Para

¹⁰ Cury sostiene este último criterio (*D.P.*, t. II, p. 408).

morigerar la drasticidad del precepto, el art. 70 autoriza al juez, cuando en el hecho no hay circunstancias agravantes y los recursos del sentenciado son muy modestos, a imponer una multa de un monto inferior al mínimo señalado por la ley, en resolución fundada.

VII. LAS CAUSALES MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD Y SU INFLUENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Como se anunció precedentemente, las circunstancias atenuantes y agravantes que pueden concurrir en un delito, tienen influencia determinante en la regulación de la pena que corresponde aplicar a los responsables del hecho, materia que se comentará a continuación.

Se distinguen seis situaciones de interés en relación a sus consecuencias: a) cuando las agravantes no tienen el efecto de tales; b) la comunicabilidad de las circunstancias modificatorias, si pueden o no afectar a otros intervinientes en quienes no concurren; c) su trascendencia en las penas indivisibles; d) sus efectos en las penas divisibles; e) sus consecuencias en la regulación de la pena dentro del grado, y f) reglas especiales.

De los arts. 65 y siguientes, en especial del art. 68, se puede colegir como principio general que tienen más fuerza las atenuantes que las agravantes; aquéllas permiten en algunos casos rebajar hasta en tres grados la pena asignada por la ley al delito, en tanto que las agravantes autorizan su aumento, cuando más, en un grado. Como señala Cury, esta característica de las modificatorias debe ser considerada cuando se interpretan los preceptos legales que las reglan.¹¹

¹¹ Cury, *D.P.*, t. II, p. 402. Este autor hace especial alusión al art. 73 para sostener su criterio; pero en esta obra se estima que de ese texto no puede desprenderse un principio general; se trata de una disposición excepcional referible exclusivamente a las eximentes denominadas incompletas.

a) *Casos en que las circunstancias agravantes no tienen los efectos de tales*

El art. 63 dispone, en referencia exclusiva a las circunstancias *agravantes*, en qué casos “no producen el efecto de aumentar la pena” –efecto que les es connatural– y enumera tres situaciones: 1) tratándose de “circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley”; 2) aquellas que la ley ha comprendido al describir y penar el delito, y 3) cuando las circunstancias son de tal manera inherentes al delito que sin su concurrencia no puede cometerse.

1) La primera hipótesis, vale decir cuando por sí mismas las circunstancias constituyen un delito y por ello no pueden operar como agravantes, es una aplicación del principio *non bis in idem*.

No procede que se valore doblemente un mismo suceso (como delito y como agravante), situación que se presenta con la circunstancia modificatoria de la responsabilidad del art. 12 N° 14, que califica como agravante la comisión de un delito después de que su autor ha quebrantado el cumplimiento de una pena, porque ese quebrantamiento constituye el tipo penal descrito y sancionado en el art. 90.¹² Otro tanto sucede con la agravante del N° 3° del art. 12, en relación con el delito de incendio; o con la del N° 4°, cuando los otros males a que se alude en ese precepto configuran un delito especial.¹³ Situaciones como las señaladas dan lugar a un concurso material de delitos entre el que conforma la agravante y aquel en el que debería operar como agravante.¹⁴

2) La segunda situación se refiere a aquellos tipos penales que en su descripción legal comprenden a la agravante como uno de sus elementos típicos, lo que sucede con la consignada en el N° 19 del art. 12, una de cuyas hipótesis es la de realizar el delito con fractura o escalamiento, circunstancia que constituye un elemento del tipo en los delitos de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado (art. 440 N° 1°) y en lugar no habitado (art. 442 N°s 1° y 2°). Lo mismo ocurre con el parentesco, que

¹² Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 134; Cury, *D.P.*, t. II, p. 402. En contra, Novoa, *Curso*, t. II, pp. 91-92 y 114.

¹³ Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 134; Cury, *D.P.*, t. II, p. 403.

¹⁴ Ídem.

puede ser agravante según el art. 13, pero que está incorporado al tipo penal de parricidio en el art. 390. Como los mencionados, existen otros casos, muy semejantes.

3) Puede acontecer que la agravante sea tan inherente al delito, que este último no pueda realizarse sin que la circunstancia se dé. Esta modalidad se diferencia de la hipótesis anterior, porque en ella no se describe la agravante como elemento del tipo penal, sino que, por la naturaleza del delito o por los accidentes fácticos que sobrevinieron en su ejecución material, la agravante pasa a ser abarcada.

Pueden plantearse dos alternativas distintas. Una se presenta cuando la inherencia a que alude la disposición es consecuencia del tipo penal, como sucede con el infanticidio (art. 394); aquí la agravante del N^o 1^o del art. 12 es imposible de escindir, pues se obra sobre seguro, porque la víctima es una criatura de no más de cuarenta y ocho horas de vida, y esto es algo inevitable e independiente de la voluntad del sujeto. Lo mismo ocurre con el delito de violación descrito en el art. 361 N^o 1^o: abusar de la diferencia de sexos, cuando la víctima es una mujer es natural y no puede constituir la agravante del art. 12 N^o 6^o.¹⁵

La segunda alternativa se presenta cuando el tipo penal no presupone la agravante, pero sí las circunstancias del hecho o sus modalidades de ejecución. Tal situación se plantea cuando en el delito de homicidio la víctima es el dueño de una empresa rival que, por desgracia, es un anciano enfermizo, débil, donde la alevosía deberá siempre concurrir.

Hay que separar en esta última alternativa aquellas agravantes que se refieren a una condición particular del agente, como son las del art. 12 N^{os} 14, 15 y 16. Haber sido condenado con anterioridad por un delito de igual naturaleza o cometer el nuevo delito en tanto cumple el agente una condena, no pueden quedar incluidas entre las que pertenecen a la ejecución del delito, por cuanto la ley ha manifestado implícitamente su voluntad en el sentido de que surtan efecto en todo hecho típico en que el agente cumpla la condición que agrava su responsabilidad.¹⁶

¹⁵ Cury, *D.P.*, t. II, p. 403.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 404.

b) *La comunicabilidad de las circunstancias modificatorias*

El art. 64 regla esta materia, distinguiendo entre dos grupos de circunstancias: las personales o *subjetivas* y las materiales u *objetivas*. La disposición citada se refiere tanto a las agravantes como a las atenuantes.

Son personales (o subjetivas) aquellas “que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal”; estas circunstancias no se comunican a los demás intervinientes en el delito, y, por lo tanto, afectarán exclusivamente a aquel sujeto en el cual concurren.

Tienen el carácter de materiales (u objetivas) aquellas circunstancias “que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo”, las que sí pueden comunicarse, agravando o atenuando la responsabilidad de aquellos sujetos que “tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.

c) *Las atenuantes y agravantes en delitos sancionados con penas indivisibles*

El Código Penal establece dos alternativas: el delito tiene una única pena indivisible (art. 65), o una compuesta de dos indivisibles (art. 66).

Si se trata de un delito que tiene como pena única una indivisible, “la aplicará el tribunal sin consideración a las circunstancias agravantes que concurren en el hecho”. De contrario, “si hay dos o más circunstancias atenuantes y no concurre ninguna agravante, podrá aplicar (el tribunal) la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados” (art. 65). El precepto dispone que las circunstancias agravantes, cuando concurren solas, cualquiera sea su número, no serán tomadas en cuenta para imponer la pena indivisible; pero sí se han de considerar cuando se trata de rebajar la pena, lo que no se podrá hacer si hay una agravante, porque el art. 65 lo prohíbe, aun concurriendo dos atenuantes.

Frente a delitos sancionados con una pena compuesta de dos divisibles, la situación varía conforme al art. 66. Si en el hecho no hay circunstancias modificatorias, se puede recorrer toda la exten-

sión de la pena para imponerla; en otros términos, se puede escoger cualquier grado de ella. Si hay circunstancias modificatorias, corresponde distinguir cuándo concurre una de cuando concurren varias, y en ambas alternativas, si se trata de agravantes o atenuantes.

Ante una sola atenuante y ninguna agravante se aplicará la pena en su mínimo, o sea el grado más bajo de aquellos que la integran; si obra una agravante y ninguna atenuante, se aplicará la sanción en su máximo, esto es en el grado más alto.

Siendo varias las atenuantes y no habiendo ninguna agravante, *podrá* imponerse la pena inferior en *uno o dos* grados al mínimo de los señalados por la ley, según sean el número y entidad de dichas circunstancias. Nótese que al concurrir varias agravantes y ninguna atenuante, la ley no autoriza a aumentar la pena.

Si en un delito concurren conjuntamente circunstancias atenuantes y agravantes, se pueden compensar racionalmente unas y otras, graduando su valor, y en esa forma determinar la sanción.

d) *Las circunstancias modificatorias de responsabilidad y las penas divisibles*

El legislador determina como sanción en algunos delitos un solo grado de una pena divisible (art. 67), o dos o más grados, sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles (art. 68).

1) Frente a un solo grado de una pena divisible, hay que distinguir si concurren en el hecho una o varias circunstancias y, a su vez, si son atenuantes o agravantes.

Obrando una sola atenuante y ninguna agravante, se aplicará en su mínimo; si sólo una agravante y ninguna atenuante, en su máximo. El inc. 3º del art. 67 establece cómo se determinan el mínimo y el máximo. Se divide por la mitad el período de duración de la pena; la parte más alta será su máximo, la más baja su mínimo.

Al concurrir varias circunstancias, si son atenuantes y no hay ninguna agravante, *puede* imponerse la pena inferior en *uno o dos* grados, según sean el número y entidad de dichas circunstancias. Si se tratare de dos o más agravantes y ninguna atenuante, el tribunal está facultado para aplicar la pena superior en un grado.

Cuando conjuntamente concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se compensan racionalmente graduando el valor de unas y otras para la determinación de la pena (inc. final del art. 67).

2) Constando la pena 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, la situación es más compleja. Hay que hacer diferencias entre las hipótesis en que no concurren circunstancias modificatorias, de aquellas en que sí las hay, y de si se trata de una o de varias, y en ambas alternativas si son atenuantes o agravantes (art. 68).

Si no hay circunstancias atenuantes o agravantes, el tribunal puede recorrer la pena en toda su extensión al imponerla.

Si concurre una sola circunstancia atenuante, no podrá aplicar el grado máximo; si hay una sola agravante, no podrá imponerla en su mínimo.

Frente a dos o más circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, es posible imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sean el número y entidad de las mismas. Si se trata de dos o más circunstancias agravantes, sin que concurra ninguna atenuante, el tribunal podrá imponer la pena inmediatamente superior en grado al *máximo* de los asignados por la ley.

De modo que siempre que concurren conjuntamente atenuantes y agravantes, como sucede en los casos precedentes, corresponde compensarlas racionalmente para la aplicación de la pena, apreciando el valor de unas y otras.

En las situaciones indicadas en el párrafo c) y en este párrafo d), tanto la rebaja de pena como su aumento son *facultativos*¹⁷ para el tribunal; de otro lado, la operación de compensación que en ciertos casos debe efectuar, no ha de cumplirse con criterios aritméticos, sino como lo establecen los preceptos comentados, *racionalmente*, apreciando el valor de las referidas circunstancias. De manera que la compensación se regirá por criterios valorativos¹⁸ y

¹⁷ Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. II, pp. 139 y ss.; Cury, *D.P.*, t. II, p. 407; Labatut, *op. cit.*, t. I, p. 365.

¹⁸ Cfr. Labatut, *op. cit.*, t. I, p. 264; Etcheberry, *D.P.*, t. II, pp. 138-139; Cury, *D.P.*, t. II, p. 407.

no aritméticos. Una atenuante podría ser compensada con dos agravantes de acuerdo a la “entidad” de una y otras, o viceversa. Es útil recordar el principio que se desprende de la preceptiva que se ocupa de reglar la penalidad, en cuanto a que las circunstancias atenuantes tienen mayor poder modificatorio que las agravantes, como se dejó establecido precedentemente.

Es necesario determinar *cuál es el mínimo y el máximo* de la pena cuando ésta es un grado de una divisible para los efectos señalados en los arts. 67 y 68. Se ha de recurrir, al efecto, a las matemáticas: 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 cociente –o sea al resultado que se obtenga de la división– se le suma el mínimo de días de duración de la pena.¹⁹ 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 menos 61 = 479); la diferencia, o sea 479 días, se divide por dos ($479:2 = 239$), despreciándose la fracción, y a este cociente (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.²⁰ Preciado el grado de pena o parte de él que concretamente corresponde imponer al procesado, el juez debe indicar su exacta duración dentro de ese margen, lo que no queda sujeto a su arbitrio, sino a los principios señalados en el art. 69, al cual se hará referencia a continuación.

¹⁹ Cfr. Del Río, *Elementos*, p. 287; Pica Urrutia, René, *Reglas para la aplicación de la pena*, p. 48; Vera, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile*, comentado, p. 233; Fuensalida, *op. cit.*, t. I, p. 306.

²⁰ Si la pena está señalada en años, se reduce su duración a días, considerando el año con 365 días, aunque haya años bisiestos, porque se trata de un cálculo teórico (cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 142; Cury, *D.P.*, t. II, p. 406).

e) *Consecuencias de las circunstancias modificatorias en la regulación de la pena dentro del grado*

Una vez determinado el grado de pena que deberá imponerse en el caso puntual, lo que se hará conforme a las reglas anteriormente enunciadas, procede establecer la cuantía precisa de la sanción dentro de ese grado. Es el art. 69 el que determina la forma de hacerlo. Prescribe que el juez debe nuevamente considerar el número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes que el hecho presente. De modo que se está ante una segunda valoración de las mismas, ahora en su conjunto, en forma global;²¹ pero no sólo considerando el número de ellas, sino especialmente su naturaleza y circunstancias.

f) *Reglas especiales*

Las reglas expuestas el legislador las ha establecido con carácter general, pero existen normas especiales que corresponde aplicar a situaciones específicas que se singularizan en diversas disposiciones, como los arts. 68 bis, 72, 400 y 447.

El art. 68 bis prescribe que sin perjuicio de las reglas que se dan en los artículos que le preceden, cuando concorra una sola atenuante muy calificada, el tribunal queda facultado para imponer la inferior en un grado a la establecida por la ley. Esta posibilidad se presenta cuando en el delito hay una circunstancia atenuante y ninguna agravante; si concurren conjuntamente en el hecho delictivo varias atenuantes y agravantes, siempre que, una vez compensadas las unas con las otras, quede una sola atenuante, ésta también se podrá calificar. El tribunal para hacerlo deberá apreciar valorativamente la atenuante junto con los antecedentes fácticos del hecho. Calificada la circunstancia, el tribunal queda en condiciones de aplicar la pena en el grado inmediatamente inferior a la asignada por la ley.

El art. 72 considera la menor edad del delincuente, y prescribe que en tal caso necesariamente se le aplicará la pena inferior

²¹ Cury, *D.P.*, t. II, p. 407.

en grado a la mínima impuesta por la ley al delito. Sin embargo, al mayor de edad que participó con el menor, si se prevaleció de éste, se le aumentará la sanción en un grado. Lo interesante es señalar que cualquiera sea el número de circunstancias agravantes que concurren, tratándose del menor, la pena nunca podrá ser superior a la inmediatamente inferior en grado.

El art. 400, que se refiere a las lesiones, y el 407, que se refiere al hurto, se analizarán al estudiar la Parte Especial.

VIII. QUEBRANTAMIENTO DE PENA

(Delito cometido por el condenado con posterioridad a la sentencia condenatoria ejecutoriada.)

El Código Penal en los arts. 90 y 91 regla dos situaciones que en realidad constituyen delitos específicos, y en lugar de hacerlo en el Libro II como correspondería, porque en él se describen los tipos penales, lo hizo en el Libro I, que contiene las reglas generales²² a todo delito. En los arts. 90 y 91 se describen dos comportamientos diversos: a) el quebrantamiento de una condena, y b) la realización de un nuevo delito mientras se cumple una pena o una vez que se ha quebrantado. Hay acuerdo en la doctrina en el sentido de que cada uno de esos comportamientos constituye un tipo delictivo independiente.²³

a) *Quebrantamiento de una condena*

El art. 90 describe y sanciona este delito, para cuya existencia se requiere de una sentencia condenatoria ejecutoriada, dictada en un proceso criminal por crimen, simple delito o falta.

Se trata de un delito cuyo bien jurídico es la administración de justicia, pues su comisión lesiona la efectividad de la función judi-

²² En el Código Penal español de 1848 se trataban también estos delitos en la Parte General, pero en la reforma del año 1932 fueron trasladados a la Parte Especial (arts. 468 a 471).

²³ Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 166; Cury, *D.P.*, t. II, p. 409.

cial respecto de sus decisiones; secundariamente, en ciertos casos afecta, además, a la función penitenciaria.

El quebrantamiento de condena puede ofrecer dos alternativas: el sentenciado, una vez ejecutoriada el fallo condenatorio, no se presenta a cumplir la condena, no inicia su cumplimiento (comportamiento omisivo), pero no se trata de un delito por omisión, porque el tipo exige una sentencia condenatoria y su incumplimiento; puede también dar inicio a su cumplimiento y, mientras lo hace, interrumpirlo (comportamiento activo). La interrupción ha de ser definitiva; tratándose de penas privativas de libertad, puede consistir en fugarse o no dar satisfacción a las obligaciones que le imponen las medidas alternativas; si es restrictiva de libertad, infringiendo de modo permanente el deber de residencia que le es inherente; si es una suspensión o inhabilitación, ejerciendo o desarrollando la actividad prohibida.

No incurre en este delito –que por ser especial supone un sujeto calificado– aquel individuo que está privado de libertad por estar detenido, preso o que se encuentra en libertad provisional (excarcelado), que incurre en conductas como las antes descritas, en atención a que no ha sido objeto de una sentencia condenatoria ejecutoriada, condición que en la especie es una exigencia del tipo.

La sanción que para este delito prescribe el art. 90 tiene una modalidad particular; como bien comenta Etcheberry, fue concebida por el legislador como una pena *accessoria* a la sanción quebrantada, en los casos de los N^{os} 1^o, 2^o, 5^o, 6^o y 8^o, y respecto de los N^{os} 4^o y 7^o, como una *sustitutiva*.²⁴

De consiguiente, la calificación de esta figura como crimen, simple delito o falta, dependerá de la gravedad de la pena principal, de la cual es accesoria la que se imponga por el quebrantamiento.²⁵

Las sanciones de naturaleza accesoria –pero que se prescriben por el art. 90 como principales– son incomunicación con persona extraña al establecimiento y el régimen más estricto del establecimiento por un término no superior a tres meses, que se aplican a los

²⁴ Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 166.

²⁵ Ídem.

que quebrantan penas privativas de libertad; si se trata de un reincidente, la sanción de incomunicación puede extenderse al máximo de seis meses (N^{os} 1^o y 2^o del art. 90). Si el sujeto estaba condenado a suspensión de cargo u oficio público o profesión titular y viola esa pena, “sufrirá un recargo por igual tiempo al de su primitiva condena”; si reincide se le castiga con reclusión menor en su grado mínimo o multa (N^o 6^o del art. 90). Cuando la condena consiste en inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos o profesiones titulares, si el quebrantamiento no constituye un delito especial, la pena es reclusión menor en su grado mínimo o multa (art. 90 N^o 5^o). En caso de reincidencia se dobla esa pena.

Cuando lo quebrantado es el retiro o suspensión del carnet, permiso o autorización que faculta al sentenciado para conducir vehículos de tracción mecánica o animal o a la inhabilitación perpetua para conducirlos y se han impuesto por la comisión de un crimen o simple delito, la sanción que corresponde aplicar es presidio menor en su grado mínimo.

Las penas sustitutivas corresponden a aquellos que habiendo sido condenados a sanciones restrictivas de libertad (relegación, extrañamiento, confinamiento, destierro), las quebrantan. El art. 90 dispone que se les aplicarán las de presidio reguladas en el N^o 4^o circunstancias primera y segunda, o de reclusión o prisión en el caso de la circunstancia tercera.

Finalmente, al condenado a la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad que no la observe, le corresponde la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio (art. 90 N^o 7^o).

b) *Comisión de un crimen o simple delito durante el cumplimiento de la condena o después de quebrantarla*

Esta situación se regla en los arts. 91 y 92. El último precepto trata de la reincidencia –que ya había sido considerada en el art. 12 N^{os} 14, 15 y 16–, o sea de la comisión de un delito una vez que su autor *ha cumplido una condena* por la ejecución de otro de la misma especie, o de dos o más delitos de distinta especie a que la ley asigne igual o mayor pena.

El art. 92 se limita a señalar que esas situaciones constituyen agravantes, como lo determina el referido art. 12. Se critica esta

disposición por innecesaria,²⁶ pero ha servido para precisar el sentido del art. 12 en cuanto alcanza exclusivamente a las hipótesis en que el realizador del nuevo delito ha “cumplido una condena” por otro u otros cometidos con anterioridad, de modo que el hecho de que exista una sentencia condenatoria firme en contra del sujeto no lo coloca en las situaciones del art. 12, porque además debe haber cumplido la pena que en ella se le impuso.

El art. 91 hace referencia a una situación distinta: la del delincuente que ejecuta un nuevo crimen o simple delito mientras se encuentra cumpliendo una condena o después de haberla quebrantado.

Las soluciones que el Código Penal ofrece han merecido reparos,²⁷ primero por su posible impracticabilidad y, segundo, por no ofrecer soluciones a las diversas alternativas que se pueden presentar.

La primera regla del art. 91 es de aplicación general, tratándose de un crimen o simple delito ejecutado por una persona que habiendo sido condenada con anterioridad por sentencia ejecutoriada por otro delito no ha cumplido la pena. En este caso debe cumplir la sanción que se le imponga por el nuevo delito y la primitiva en el orden que el tribunal determine en la sentencia. El Código, de consiguiente, adopta en este caso el principio de acumular materialmente las penas, como lo establece el art. 74 (art. 91 inc. 1º).

El referido artículo 91, en los incisos siguientes, se preocupa de plantear algunas situaciones especiales y sus soluciones:

1) Si por el nuevo delito debe imponerse la pena de presidio o reclusión perpetuos y el sentenciado se hallare cumpliendo alguna de esas penas, el tribunal podrá imponerle la de presidio perpetuo calificado.

2) La segunda situación que se trata en el art. 91 se especifica en su inciso segundo que, desgraciadamente, es una de las demostraciones más categóricas de la displicencia del legislador penal, con la agravante que ha reiterado en ese comportamiento a través de los años. El referido inciso textualmente expresa: “Cuando en

²⁶ En tal sentido, Fuensalida, *op. cit.*, t. I, p. 363; Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 168; Cury, *D.P.*, t. II, p. 411.

²⁷ Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 167; Cury, *D.P.*, t. II, p. 410.

el caso de este artículo el nuevo crimen debiere *condenarse con presidio o reclusión perpetuos* y el delincuente se *hallare cumpliendo alguna de estas penas*, podrá imponérsele la de *presidio perpetuo calificado*. Si el nuevo crimen o simple delito tuviere *señalada una pena menor*, se agravará la pena perpetua con una o más de *las penas accesorias indicadas*, a arbitrio del tribunal, que podrán imponerse hasta por el máximo del *tiempo que permite el artículo 25*.

La lectura del inciso es suficiente para constatar que la frase “las penas accesorias indicadas” carece de sentido, pues la disposición no señala ninguna, la de presidio perpetuo calificado no lo es, y en todo caso es una sola. Ello hace ininteligible e inaplicable el precepto en esa parte. Esta situación tiene fuente en la Ley N° 19.734, de 5 de junio de 2001 que le dio al inciso en estudio la redacción que actualmente tiene. En efecto, hasta esa fecha el precepto prescribía, para el primer caso, esto es cuando el condenado que estaba cumpliendo presidio o reclusión perpetuos cometía otro delito que ameritaba igual pena, se facultaba al tribunal, como alternativa, imponer “al procesado la pena de muerte, o bien agravarse la pena perpetua con la de encierro en celda solitaria hasta por un año e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal hasta por seis años, que podrán aplicarse separada o conjuntamente”. A continuación, el mismo inciso expresaba: “Si el nuevo crimen o delito tuviere señalada una pena menor, se agravará la pena perpetua con una o más de las penas accesorias indicadas, a arbitrio del tribunal, que podrán imponerse hasta el máximo que permite el art. 25”. Estas últimas expresiones en esa redacción tenían sentido, pero sólo parcialmente, sin perjuicio que la modificación del año 2001 empeoró notablemente ese sentido. En realidad, los desaciertos del legislador respecto del art. 91 no son nuevos, se han ido repitiendo durante más de diez años. Así sucedió cuando en el año 1970 se incorporó su inciso segundo, por mandato de la Ley N° 17.266, pues en esa época se establecían en el art. 21, como penas accesorias, el encierro en celda solitaria y la incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, disposición que había que complementar con el art. 25, que determinaba la duración de ambas sanciones; pero en el año 1991 la Ley N° 19.047 modificó dichos textos, suprimiendo la pena de celda solitaria en el Código Penal y sujetando la aplicación de la accesoria de incomunicación con persona

extraña al establecimiento “*al Reglamento Carcelario*”. De consiguiente, desapareció en el art. 25 todo lo referente a esas accesorias; no obstante, al así disponerlo esa ley, incurrió en un doble error: a) no adecuó a dicha supresión el inciso 2º del art. 91, donde se mantuvo una sanción accesoria que había eliminado y, por otra parte, en relación al tiempo de duración mantuvo la referencia al art. 25, no obstante que en esa misma oportunidad había eliminado lo referente a la duración de esa pena en el referido art. 25, y b) sujetó al Reglamento Carcelario la sanción accesoria de incomunicación con persona extraña, lo que es abiertamente inconstitucional tratándose de una “pena” que por el principio de legalidad (en particular por el mandato de determinación) consagrado en el art. 19 Nº 3º, inciso penúltimo de la Carta Fundamental, debe precisarse en el tiempo por una ley, y no quedar sujeta a un simple reglamento de la autoridad administrativa.

En definitiva, aquel que, en circunstancias de que está cumpliendo una pena de presidio o reclusión perpetua, comete un nuevo crimen o simple delito al que le corresponda una sanción análoga a aquella que está cumpliendo, el tribunal puede imponerle la de presidio perpetuo calificado. Si un condenado en igual situación comete otro crimen o simple delito que tiene asignada una pena inferior a la que está cumpliendo, aunque la disposición legal expresa que corresponde agravarle esa pena, como en el hecho la ley no precisó la forma de hacerlo (o lo hace de modo incomprensible) y además alude a un tiempo de duración de la pena inexistente (el señalado en el art. 25), no puede imponerse ese agravamiento.

3) Si el nuevo delito cometido merece relegación perpetua y el sentenciado se encuentra cumpliendo la misma sanción, se le impondrá, como pena única *sustitutiva* de la primitiva, la de presidio mayor en su grado medio.

Las reglas anteriores son aplicables siempre que la pena quebrantada no haya prescrito (art. 97 del C.P.), pues de ser así, el nuevo delito debe ser sancionado conforme a los principios generales, sin que sea aplicable la agravante del art. 12 Nº 14, porque, como se hizo notar precedentemente, la comisión de un delito durante el cumplimiento de la pena es un hecho típico independiente. Se ha de observar que el art. 91 no previó la situación de un condenado a la pena de relegación perpetua que vuelve a

delinquir, e incurrir en un delito que está sancionado con cualquiera pena restrictiva de libertad temporal (relegación, confinamiento, extrañamiento o destierro), caso en el cual la sanción que se le impusiera no podría cumplirse, y no hay regla especial a su respecto. Igual sucede con el sentenciado a la misma pena de relegación perpetua, cuando por el nuevo delito es condenado a presidio o reclusión perpetuos.²⁸

²⁸ Etcheberry, *D.P.*, t. II, pp. 161-262.