

MARIO GARRIDO MONTT

# DERECHO PENAL

## PARTE GENERAL

TOMO I

CONCEPTOS GENERALES  
LEY PENAL. EXTRADICIÓN  
CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL  
LAS PENAS Y SU DETERMINACIÓN  
CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL  
CONSECUENCIAS CIVILES DEL DELITO

Segunda edición actualizada  
con la colaboración de Alejandro Maureira Dueñas,  
ayudante de la cátedra del autor



## CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

20. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO.  
LA PENA Y SU SISTEMA

## I. NOCIONES GENERALES

Se sabe que la *pena* constituye una privación o restricción de bienes jurídicos que están previamente determinados por la ley, que debe ser impuesta por el órgano jurisdiccional competente (los tribunales) y en contra de quien ha sido declarado por sentencia culpable<sup>1</sup> de un hecho típico.

En esta oportunidad interesa señalar cuáles son las *penas* que se consideran tales en el sistema penal nacional; cómo deben asignarse en cada hipótesis típica, en el hecho concreto (el delito) y frente a una persona determinada (el delincuente). Pues si bien en el ordenamiento penal se regulan y especifican con detalle las diversas sanciones y la forma de imponerlas al procesado que se condenará, esta determinación tiene un carácter individual, la sanción es siempre la apropiada a esa persona en particular y dadas sus especiales características.

La reacción del Estado frente al delito, en el ámbito del derecho penal, está constituida por la *pena* y la *medida de seguridad*. La pena es la reacción *jurídica* por excelencia ante la perpetración de un delito, y los parámetros que se han de considerar para su

<sup>1</sup> Londoño Jiménez, Hernando, *La prevención especial en la teoría de la pena. Estudios penales*. Homenaje al profesor Luis Carlos Pérez, Bogotá, 1984, p. 255.

aplicación son su *merecimiento* y su *necesidad*. La palabra *pena* proveniría de la latina *ponsus*, que corresponde a la idea de medida y proporción.<sup>2</sup> El *merecimiento* “expresa un juicio de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa”, que hace concluir en que es merecedor de una sanción; en tanto que la *necesidad* de pena “significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado”.<sup>3</sup> Este merecimiento y esta necesidad, si bien se califican en el plano jurídico —no en el emotivo o ético—, están determinados por la *política criminal*.<sup>4</sup> Los criterios de política criminal “no operan solamente como criterios valorativos para la crítica del derecho vigente, sino que pueden y deben utilizarse también como criterios de interpretación y sistematización en la elaboración dogmática del derecho penal vigente,<sup>5</sup> más aún en la aplicación misma de la ley positiva, de modo que el *merecimiento* y la *necesidad* de la pena son elementos fundamentales que deben tomarse en cuenta en el instante de imponer la sanción y regular su cuantía o decretar su sustitución por medidas alternativas.

En definitiva, la pena se impone exclusivamente a aquellos hechos que son típicos y que, además, merecen pena y necesitan ser penados. La pena no es, de consiguiente, el *resultado* del delito; tal concepción corresponde a visiones fenoménicas del hecho delictivo, de orden naturalista, ajenas al derecho, que es una ciencia normativa. La pena es, en esta perspectiva, la “consecuencia jurídica del delito, esto es, la sanción previamente establecida para la violación de un precepto penal”;<sup>6</sup> tampoco es un componente o elemento del delito, sino su consecuencia predeterminada.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Quintano Ripollés, *op. cit.*, t. I, p. 413.

<sup>3</sup> Luzón Peña, Diego Manuel, “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, Barcelona, 1995, p. 116.

<sup>4</sup> El Proyecto Alternativo de Código Penal alemán pone particular énfasis en el elemento *necesidad* de la pena, y estima que aquélla no debe imponerse si no se presenta como necesaria. Autores como Michel Foucault llegan más lejos: propone que se interrumpa el cumplimiento de la pena cuando deja de ser necesaria a los fines de la prevención especial; la expiación debe cesar en presencia de la enmienda completa del sentenciado (Londoño Jiménez, *op. cit.*, p. 292).

<sup>5</sup> Luzón Peña, *La relación*, p. 119.

<sup>6</sup> Bettiol, Giuseppe, *Derecho Penal*, p. 635.

<sup>7</sup> Cury, *D.P.*, t. II, p. 322.

Como señala un autor, la sanción penal “se encuentra en todos los pueblos, aun en los más primitivos”,<sup>8</sup> y los pesimistas estiman que acompañarán al hombre mientras exista.

En el pasado, felizmente un tanto remoto, la reacción del Estado tenía un carácter eliminatorio; de allí la frecuencia de la pena de muerte, que encontraba su fundamento en una posición vindicativa. Recurrían también a otras sanciones que se afincaban en objetivos preventivos especiales, de una cruel efectividad, como las mutilaciones: privan de la vista al delincuente, amputar la mano o el brazo al ladrón, marcar el rostro del condenado para que la comunidad se cuidara de él. Estas reacciones en contra del delito resultan claramente inhumanas e infamantes. En aquella época la sanción privativa de libertad era algo excepcional; en el derecho romano se establecía indirectamente, al condenarse a galeras o a trabajos forzados, lo que se hacía con fines utilitarios, pues era una manera de obtener mano de obra para trabajos pesados. La denominada Ley del Talión resulta así un ostensible progreso, al poner límite a la reacción vindicativa, que no puede sobrepasar la gravedad del mal causado a la víctima: ojo por ojo, diente por diente,<sup>9</sup> la pena es proporcionada al mal del delito.

Donde se produce una verdadera reacción en contra de la crueldad de las penas y se propone la humanización de las sanciones es durante los siglos XVIII y XIX, época en que las legislaciones, sobre todo los códigos penales inspirados en ideas liberales, principian a consagrar sistemas más benignos: la pena infamante se reduce y adquieren vigencia mayoritaria la privativa de libertad y la pecuniaria, particularmente la de multa. Pero en ese mismo período Beccaria planteó sus críticas al sistema penitenciario encargado de aplicar las sanciones privativas de libertad; en el siglo XX se alza, entre otras voces, la de Dorado Montero: “Hay pues aquí un grave problema, que consiste en saber si el sistema penal corriente, *reconocidamente malo*, puede ser sustituido por otro más conveniente y más justo que él; y en caso afirmativo, cuál sea este nuevo sistema”.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Antolisci, *op. cit.*, p. 499.

<sup>9</sup> Novoa, *Curso*, t. II, p. 300.

<sup>10</sup> Dorado Montero, *op. cit.*, p. 60.

En la actualidad se expresan, cada vez con más frecuencia, opiniones en el sentido de que "al mal se debe responder con el bien. Al delito ha de seguir comprensión generosa hasta el límite máximo. La misericordia produce consecuencias más beneficiosas que el sacrificio".<sup>11</sup> Tales voces no sólo deberían ser escuchadas sino seguidas, porque el perdón de la mujer adúltera relatado en el Evangelio es un muy sabio paradigma. Y ello aun teniendo en consideración que si bien la "represión con fines expiatorios es una anacronía..., el sueño de un mundo sin sanciones es una utopía",<sup>12</sup> sueño que todavía se mantiene en el pensamiento de muchos.<sup>13</sup>

Las medidas de seguridad es el otro medio de reacción del Estado; estas medidas tienen un carácter preventivo especial, pues persiguen que el sujeto que ha cometido un delito no vuelva a cometer otro o que aquel que tiene tendencias a la delincuencia no incurra en comportamientos típicos. De modo que estas medidas no son penas, constituyen otro recurso —diverso a la pena— que el Estado tiene para enfrentar su lucha contra la delincuencia. Y su objetivo es socializar a un individuo peligroso o asegurar que no volverá a incurrir en comportamientos delictivos. En esta clase de medidas no tiene intervención o rol la prevención general, pues no encuentran en ella su fundamento.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Beristain, *op. cit.*, p. 29.

<sup>12</sup> Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. II, p. 29.

<sup>13</sup> Pensadores como Louk Hulsman siguen contravirtiendo el derecho penal: "Si se mira en profundidad, se ve que es la idea misma, la noción ontológica de *crimen*, lo que ha caído en crisis. En efecto, si una enorme cantidad de acontecimientos teóricamente merecedores de que se aplique a su respecto la ley penal, no son *experimentados* o *evaluados* como tales por las presuntas víctimas o por los agentes del sistema..., ello quiere decir que los hechos llamados por la ley *crímenes* (o delitos) no son *vividos* como hechos de una naturaleza aparte, separables de otros acontecimientos". A continuación expresa, refiriéndose al sistema penal: "Todos los principios o valores sobre los cuales reposa este sistema (la igualdad de los ciudadanos, la seguridad, el derecho a la justicia, etc.) se encuentran radicalmente falseados si sólo se aplican a un número ínfimo de situaciones, o sea los casos *registrados*". Termina afirmando: "Lejos de parecer una utopía, la perspectiva abolicionista se presenta como una necesidad lógica y una actitud realista, como una exigencia de la equidad" (Hulsman, Louck y Bernat de Celes. Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, pp. 53-54).

<sup>14</sup> Luzón Peña, *La relación*, p. 126.

## II. LA LEGISLACIÓN POSITIVA NACIONAL Y LA PENA

El legislador y el juez no son libres en cuanto a la determinación y aplicación de la pena. La Constitución Política y la ley se han preocupado de establecer marcos dentro de los cuales puede operarse, aunque es notorio que en el área judicial la legislación no ha sido feliz, ha rodeado la imposición de la pena de regulaciones estrictas y estrechas que dejan poco margen para su aplicación en forma más personalizada y por ende más justa, de modo que se puedan considerar los fines que con ella se persigue y las circunstancias del sentenciado.

La Constitución Política de la República en los arts. 1º, 5º y 6º establece un marco normativo general que ofrece interés en esta materia. A saber, en la primera disposición reconoce que los hombres son iguales en dignidad y derechos; en consecuencia, comprende tanto a los que delinquen como a los que no delinquen, y en relación a todos ellos han de crearse las condiciones sociales que permitan su mayor realización y participación en la vida nacional. Conforme al art. 5º, el Estado y sus órganos deben respetar "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" garantizados por la Carta Fundamental y por "los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Además, en el art. 19 se establecen algunas garantías. Las penas privativas de libertad, conforme al N° 7º letra d) del referido artículo, deben ser cumplidas en "lugares públicos" destinados a ese efecto, y de acuerdo al art. 73 sólo los tribunales creados por ley son los encargados de conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado en causas criminales.

El Código Penal, si bien en su conjunto garantiza los derechos del individuo, contiene varias normas que particularmente ponen énfasis en ese punto; entre numerosas otras se pueden citar las siguientes:

El art. 18: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración".

El art. 80: "Tampoco puede ser ejecutada pena alguna *en otra forma* que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto".

El Código Penal es extremadamente exigente en su objetivo de garantizar la libertad personal y, de consiguiente, regla todo lo

que se refiere a la pena, al extremo de crear una gama muy amplia de sanciones —que serían como veinte según Etcheberry—,<sup>15</sup> estableciendo al mismo tiempo un conjunto de reglas que, en una casuística agotadora, tienden a determinar de modo estricto la pena que debe imponerse en el caso particular. En abstracto consagra la sanción de cada delito en relación a la intensidad de su injusto, que desprende de la valoración de la acción y de la lesión al bien jurídico comprometido; dentro de ese marco el tribunal regula la pena conforme a la reprochabilidad personal del agente (culpabilidad).<sup>16</sup>

### III. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS

La sanción penal puede ser clasificada con distintos criterios, por su gravedad, naturaleza, autonomía, divisibilidad, multiplicidad y alictividad. Estas diversas formas de agrupar las penas sirven para precisar sus particularidades específicas y sus distintos efectos.

#### a) Según su gravedad

Atendida su gravedad, las penas se pueden agrupar en tres órdenes: aquellas que corresponden a los *crímenes*, a los *simples delitos* y a las *faltas*. Esta clasificación se consagra en el art. 3º, que expresa: "Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del art. 21". Además se desprende del art. 21 en relación con el art. 25. Las penas más graves son las correspondientes a los *crímenes*: la de *muerte*, las privativas y restrictivas de libertad *perpetuas* (duran toda la vida del condenado), las privativas y restrictivas de libertad *mayores* (cuya duración es entre cinco años y un día y veinte años) y todas las penas de *inhabilitación*. Las *privativas* de libertad pueden ser de dos clases, *presidio* o *reclusión*; las *restrictivas* son el *confinamiento*, el *extrañamiento* y la *relegación*.

<sup>15</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 100.

<sup>16</sup> Cury, *D.P.*, t. II, p. 323.

Las penas correspondientes a los simples delitos son las *restrictivas* y *privativas* de libertad *menores* (de sesenta y un días a cinco años de duración), el *destierro* y las *suspensiones*.

La pena de falta es la *prisión* (privación de libertad de uno a sesenta días de duración).

Fuera de las penas antes señaladas, están la de *multa* y el *comiso* o pérdida de los instrumentos y efectos del delito (art. 31); ambas son sanciones comunes, o sea aplicables tanto a los crímenes, simples delitos y faltas. La cuantía o monto de la multa es diversa según se trate de un crimen, simple delito o falta, como lo indica el art. 25 inc. 6º y está determinada en unidades tributarias mensuales (hasta cuatro unidades tributarias mensuales en las faltas, hasta veinte en los simples delitos y hasta treinta en los crímenes; sin perjuicio de que en casos especiales la ley imponga un monto superior). La unidad tributaria, para estos efectos, es la correspondiente a la del día de ejecución del hecho.

La pena de *comiso*, en conformidad al art. 31, debe imponerse a todo crimen o simple delito y es una sanción accesoria que necesariamente ha de acompañar a una principal. Respecto de las *faltas* el comiso está reglado en los arts. 499 y 500; el primero establece las cosas que pueden caer en comiso, pero la imposición de esta pena queda entregada al "prudente arbitrio" del tribunal, según los casos y circunstancias.

La sanción de *incomunicación* con persona ajena al establecimiento carcelario es pena *accesoria* de crímenes y simples delitos según el art. 21; pero, como bien señala Etcheberry, tiene carácter principal de acuerdo al art. 90 tratándose del delito de quebrantamiento de condena.<sup>17</sup>

Han quedado fuera de esta clasificación las penas de caución (art. 46) y sujeción a la vigilancia de la autoridad, porque se trata también de penas accesorias, que deben ir aparejadas de una principal.

Esta clasificación de las penas tiene importancia conforme lo dispone el art. 3º, pues la mayor o menor rigurosidad de la reacción determina a su vez en qué categoría de hechos debe ubicarse al delito de que se trate, o sea si es crimen, simple delito o falta, y

<sup>17</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 102.

como bien anota Cury, constituye un índice del mayor desvalor del delito, porque el legislador determina normalmente la cuantía de la sanción apreciando esa característica del hecho. De consiguiente, la circunstancia de que un evento típico constituya crimen, simple delito o falta, si bien directamente depende de la sanción que conlleva, indirectamente evidencia la mayor gravedad de su particular naturaleza.<sup>18</sup> Esta clasificación es extensiva a los delitos culposos (cuasidelitos) por mandato del art. 4º.

#### b) *Según su naturaleza*

Es una clasificación que ofrece particular interés, pues se fundamenta en la naturaleza del bien jurídico del sentenciado que al aplicarle la sanción penal resultará afectado.

Desde esa perspectiva se distingue entre: a) penas corporales; b) infamantes; c) privativas de libertad; d) privativas de otros derechos, y e) pecuniarias.

##### b.1. *Penas corporales*

La Constitución en el art. 19 N° 1º prohíbe todo apremio ilegítimo en contra de la persona y determina que el legislador para conminar con pena de muerte un delito, lo puede hacer —únicamente— con una ley de quórum calificado. En el Código Penal se suprimió de la escala de penas la de muerte, a pesar de que en la Constitución y en el Código de Justicia Militar aún se consideran. De consiguiente, hay esperanza de naturaleza constitucional dirigida a marginar las penas corporales de nuestra legislación.

Se entiende por pena corporal aquella que se aplica sobre el cuerpo físico de una persona, y puede referirse a su vida, a su integridad corporal o a su salud.<sup>19</sup> En el país aún se mantiene la

<sup>18</sup> Cury, *D.P.*, t. II, pp. 328-329.

<sup>19</sup> Cfr. Labatut, *op. cit.*, t. I, p. 239; Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 105; Cury, *D.P.*, t. II, p. 325.

pena de muerte;<sup>20</sup> la de azotes fue suprimida por la Ley N° 9.347, de 21 de julio de 1949, a pesar de que mucho antes había entrado en desuso. Esto sucedió sólo un año después que lo hiciera Inglaterra con el Criminal Justice Act de 30 de julio de 1948.<sup>21</sup> Las penas corporales han ido desapareciendo de las legislaciones de todos los países civilizados; la de muerte, que en casi toda Europa ha sido marginada, sigue vigente en el ordenamiento jurídico penal de muchas naciones. En Chile, pese a las reiteradas tentativas que periódicamente han hecho para eliminar la pena capital, éstas no han tenido éxito; no se ha logrado formar conciencia social de la atrocidad que importa su mantención. Si la pena de azotes, que legalmente importaba flagelar al sentenciado, subsistía en nuestro sistema y fue suprimida, sin que nadie haya pensado en restablecerla, es difícil entender cómo sigue vigente esta inhumana y primitiva sanción, que consiste nada menos que en matar a otro.

Otra pena aberrante era la de celda solitaria, que sólo se eliminó el año 1991, con la Ley N° 19.047, que modificó el art. 21 en ese sentido.

##### b.2. *Penas infamantes*

En tiempos primitivos esta clase de castigo era la sanción frecuente; su objetivo era atentar al honor y dignidad de la persona. Entre ellas estaba la marca a fuego, que además de ser corporal, importaba un estigma permanente. Lo mismo que las penas corporales, las infamantes se han suprimido, sobre todo con posterioridad a la reforma iniciada por Beccaria<sup>22</sup> y la constatación criminológica de que resultan marginadoras de la sociedad en lugar de resocializadoras. En la legislación penal nacional han dejado de existir, con excepción de la pena de degradación establecida en los arts. 228 y 241 del C.J.M., que se cumple en presencia de la tropa que designa la autoridad militar y consiste en despojar al afectado de su uniforme, insignias y condecoraciones.

<sup>20</sup> Autores como Novoa no comprenden a la pena capital entre las corporales, sino como "pena de vida" (*Curso*, t. II, p. 319).

<sup>21</sup> Cuello Calón, *op. cit.*, t. I, p. 769.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 768.

b.3. *Penas privativas de libertad (penas de encierro)*

Se sabe que es la pena por excelencia en nuestro sistema penal, y desgraciadamente la que mayores problemas trae aparejados tanto para el que queda sujeto a ella como para el Estado. Al condenado lo sustrae del medio familiar, laboral y social; al Estado le impone el alto costo de mantención del sistema carcelario. Es sabido que no aporta beneficio al delincuente ni a la sociedad; no obstante, existe la convicción del carácter utópico de la posible sustitución de este tipo de sanción.<sup>23</sup>

Las penas de encierro deben diferenciarse de las simples “medidas procesales” consagradas en el sistema, aunque importen una privación de la libertad, como sucede con la detención y la prisión preventiva. Esta última tiene como objetivo principal asegurar la etapa de la investigación del delito y la protección de la víctima, de modo que no es pena, como tampoco lo es la detención; son medidas drásticas, pero de naturaleza procesal penal.

Las penas privativas de libertad son la prisión (tiene duración de uno a sesenta días), la reclusión y el presidio (ambas duran de sesenta y un días a veinte años, sin perjuicio de que puedan ser perpetuas).

b.4. *Penas restrictivas de libertad*

Son sanciones que, al igual que las penas privativas de libertad, lesionan el mismo bien jurídico, o sea la facultad de desplazamiento del condenado, si bien de modo más benigno. Restringen sus posibilidades de traslación a un ámbito territorial específico, o le impiden acceder a lugares determinados. Entre estas penas están el *confinamiento*, el *extrañamiento*, la *relegación* y el *destierro*. Esta última sólo cuenta con existencia ideal, por cuanto si bien está reglada en el Código Penal, es el hecho que el único artículo que la imponía como sanción en el Código Penal –el *amancebamiento*, primitivo art. 381 inc. 2º– fue derogado por la Ley N° 19.335, de 1994.

<sup>23</sup> Polaino N., Miguel, “Tendencias del futuro de las penas privativas de libertad” (*Estudios penitenciarios*, p. 316).

b.5. *Penas que privan de otros derechos*

Estas penas afectan también a la libertad, pero no a la de desplazamiento. Se trata de diversas sanciones, algunas de carácter general y otras muy particulares para determinados delitos.

Entre las penas generales están las enumeradas en el art. 21: *inhabilitación para cargos y oficios públicos o profesiones titulares, suspensión para cargo u oficio público o profesión titular, inhabilidad para conducir vehículo de tracción mecánica o animal, suspensión para conducir vehículo de tracción mecánica o animal*. La Ley N° 19.927 de 14 de enero de 2004 agregó, como sanción general, la “inhabilitación absoluta temporal” para cargos, oficios y profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con menores.

Existen otras penas muy específicas, como la que se debe imponer al nacionalizado que reincide en delito de usura, que consiste en la *cancelación de su nacionalización y su expulsión del país* (art. 472 inc. 2º). La Ley de Alcoholes consagra como penas la *clausura* de un establecimiento comercial para el dueño del local que mantiene o expende bebidas embriagantes y el *trabajo obligatorio* para el ebrio; el art. 340 impone como sanción la *clausura* del establecimiento y el 372 la *interdicción para ejercer la guarda y ser oído como pariente*. El Decreto Ley N° 211, para la defensa de la libre competencia, en su art. 3º señala como pena la *disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado*.

b.6. *Penas pecuniarias*

Son tales las de *multa*, *comiso* y *caución*. Todas tienen naturaleza pecuniaria y afectan al patrimonio del sentenciado. Ya se señaló la naturaleza de estas sanciones.<sup>24</sup> La de multa es la más generalizada de las penas, conjuntamente con las privativas de libertad. Está reglada en el art. 25, que determina la escala de sus montos en relación a la gravedad del delito. Tratándose de crímenes no puede exceder de treinta *unidades tributarias mensuales*; en el caso de

<sup>24</sup> *Supra* párrafo III. a).

los simples delitos, de veinte, y en las faltas no puede sobrepasar las cuatro unidades, todo ello sin perjuicio de que la ley pueda establecer otras cuantías en casos especiales y, por lo tanto, fijar montos superiores. Cuando alude a unidades tributarias hace referencia a la vigente el día de comisión del hecho, pero su pago se hará en moneda conforme al valor que tengan en el día de realizarlo, todo conforme al art. 25.

Esta pena, en el sistema nacional, es del todo injusta y atenta al principio de igualdad, pues no afecta en la misma forma a los condenados, lo que dependerá de sus circunstancias económicas personales. En países como Suecia, Finlandia, Alemania, Dinamarca, Austria y otros, se emplea el sistema de *días-multa*, la pena se aplica según la gravedad del hecho en días-multa, pero el valor de ese día-multa se determina de acuerdo a los ingresos reales del sujeto, considerando también sus obligaciones de tipo económico.<sup>25</sup> En esta forma la pena de multa puede ser un buen sustitutivo de las penas privativas de libertad, y no como sucede en la praxis, que es preferible imponer una pena privativa de libertad antes que una de multa, porque al no poder pagarla el sentenciado, su cumplimiento se traducirá para él en una permanencia prolongada en un recinto carcelario al sustituirse por la de reclusión.

La *caución* consiste en la presentación por el condenado de un fiador abonado que responda en cuanto a la no ejecución del mal que se trata de precaver o, según los casos, de que se presentará a cumplir la condena (art. 46).

La pena de *comiso* importa la pérdida de los efectos del crimen o simple delito y de los instrumentos con que se ejecutó (art. 31). El comiso en las faltas es una pena optativa, cuya aplicación queda sujeta a la prudencia del juez "según los casos y circunstancias" (art. 500) y debe recaer sobre los bienes señalados en el art. 499.

#### c) *Penas divisibles e indivisibles*

Hay penas que según su propia naturaleza no son susceptibles de fraccionamiento, como sucede con la pena de *muerte*, o las penas

<sup>25</sup> Bustos, *Manual*, p. 392.

privativas o restrictivas de libertad *perpetuas*, y por ello son sanciones *indivisibles*. Las demás penas, que tienen normalmente una duración en el tiempo preestablecida por la ley o que corresponden a montos o cuantías también precisados por ella, están en la posibilidad de que se fraccionen y, por ello, son *divisibles*. Esta distinción tiene particular importancia para la determinación de la pena a imponer conforme las circunstancias modificatorias que concurran en el delito de que se trate, como lo precisan, entre otros, los arts. 67 y 68.

#### d) *Penas afflictivas y no afflictivas*

La clasificación la recogió nuestro legislador del derecho penal español<sup>26</sup> y la consagró en el art. 37. Tiene importancia para los efectos constitucionales, toda vez que se pierden ciertos derechos en el caso de que se haya impuesto a una persona alguna de las afflictivas.

El art. 37 prescribe que "para los efectos legales se reputan afflictivas 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 otros términos, son afflictivas todas las penas privativas y restrictivas de libertad que tengan una duración de tres años y un día o superior. No son afflictivas, de consiguiente, las mismas penas antes indicadas que no superen en duración los tres años y la de destierro, cualquiera sea su duración.

Tiene importancia la clasificación para efectos de la libertad provisional reglada en el Código de Procedimiento Penal, pues la forma y condiciones de otorgar ese derecho al procesado privado de libertad varían según se trate de delito que merezca pena afflictiva o no, lo que se indica en los arts. 356 y siguientes de dicho texto, en particular sus arts. 358 y 361. Estos principios no tienen vigencia en el Código Procesal Penal, pues considera la gravedad de la sanción para efectos de la prisión preventiva (arts. 140 y siguientes del Código Procesal Penal).

<sup>26</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 105.



También ofrece trascendencia para efectos constitucionales, pues en el art. 13 la Constitución dispone que son ciudadanos quienes hayan cumplido dieciocho años de edad, siempre que no hayan sido condenados a una pena aflictiva; el art. 17 N° 2° precisa que se pierde la ciudadanía por condena a pena aflictiva, y su art. 16 N° 2° suspende el derecho a sufragio por hallarse una persona procesada por un delito de esa naturaleza.<sup>27</sup>

e) *Clasificación de las penas según su independencia (autonomía)*

Desde la referida posición se distingue entre penas *principales* y *accesorias*. Son *principales* las sanciones que son autónomas, o sea aquellas que independientemente de otras se establecen por la ley para cada delito, en tanto que *accesoria* es la pena complementaria de otra, de la cual depende y sigue su suerte, porque así lo ha dispuesto el legislador de manera general o particular para determinados delitos.<sup>28</sup>

La generalidad de las penas tienen el carácter de sanciones principales; sin embargo, las accesorias son algunas que determinadamente se señalan como tales, a saber la que califica de este modo el art. 21, o sea *incomunicación con persona extraña al establecimiento*,<sup>29</sup> el art. 22, la *suspensión e inhabilitación* para cargos y oficios públicos, de derechos políticos y profesiones titulares, salvo cuando la ley las imponga en forma independiente; el art. 23, la *caución* y la *sujeción a la vigilancia de la autoridad*, que también pueden imponerse como medidas preventivas cuando así lo prescriba la ley; y el art. 31, que dispone el *comiso*, vale decir, la pérdida de los efectos e instrumentos del delito.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Cury, al comentar esta disposición, hace notar su contraposición con la presunción de inocencia que beneficia a todo procesado, en tanto su responsabilidad no se declare en una sentencia firme (*D.P.*, t. II, p. 331).

<sup>28</sup> Novoa, *Curso*, t. II, p. 324.

<sup>29</sup> La Ley N° 19.047, de 1991, suprimió la de celda solitaria, que existía primitivamente; no obstante, se ha *mantenido esa pena* en el caso excepcional a que alude el art. 91 inc. 2°.

<sup>30</sup> Cfr. Novoa, *Curso*, t. II, p. 324; Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 104; Cury, *D. P.*, t. II, p. 329.

Como en cada caso se ha indicado, varias de las penas accesorias pueden, cuando así lo ha dispuesto la ley, aplicarse como sanciones principales o como medidas preventivas.

f) *Clasificación de las penas atendidas sus posibilidades de aplicación*

Dentro del rigorismo empleado por el Código Penal para determinar las penas a los casos específicos, hay ciertos delitos en que se concede mayor libertad al tribunal para aplicarlas. Son aquellos a que la ley les fija varias sanciones que deben imponerse coetáneamente, o una u otra alternativamente y aun en algunos casos el tribunal no está obligado a imponer todas las que han sido previstas. Esto permite clasificar las penas como *copulativas*, *alternativas* y *facultativas*.

Son *copulativas* cuando al delito se le han asignado como sanción dos o más penas que deben ser necesariamente aplicadas en forma conjunta; tal sucede, entre numerosos casos, con el incendiario en el art. 477, que es castigado con pena de presidio y de multa, que han de imponerse coetáneamente.

Penas *alternativas* son aquellas que siendo más de una, el tribunal puede, a su arbitrio, imponer una u otra. Es el caso de las lesiones de mediana gravedad, sancionadas en el art. 399 alternativamente con presidio, relegación o multa.

Son *facultativas* las penas cuando siendo dos o más las asignadas al delito se faculta al juez para que imponga necesariamente una, y la otra sólo si a su juicio corresponde además aplicarla. Esta hipótesis se presenta en la falsificación de instrumento privado en perjuicio de tercero; el art. 197 preceptúa que se castiga con pena de presidio y de multa, "o sólo la primera de ellas según las circunstancias".

## LA PENA, SU NATURALEZA Y EFECTOS

## 21. NOCIONES GENERALES

## I. LAS PENAS CORPORALES (LA PENA DE MUERTE)

Se señaló que de las penas corporales sólo subsiste en nuestro sistema la *pena de muerte*, toda vez que la de azotes, que de hecho estaba abrogada, jurídicamente se suprimió en virtud de la Ley N° 9.347, publicada el 21 de julio de 1949. Esta sanción había sido eliminada y restablecida con anterioridad; las últimas leyes que la emplearon fueron las de 3 de agosto de 1876 y 7 de septiembre de 1883. Se prescribía para los reincidentes en los delitos de hurto y robo mayores de dieciocho años de edad y que no sobrepasaban los cincuenta años, como también para los autores de robo con violencia o intimidación.<sup>1</sup>

Se sostiene que en el ordenamiento jurídico nacional no ha sido suprimida la pena de muerte, porque en su principal codificación normativa, la Constitución Política de la República, se deja abierta la posibilidad de que mediante la dictación de nuevas leyes, se pueda imponer la pena capital. En efecto, su art. 19, en su N° 1 dice textualmente en su inciso tercero: "La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en la ley aprobada con quórum calificado". De suerte que en nuestro ordenamiento se mantiene, en principio y desgraciadamente, esa inhumana sanción de naturaleza irreversible, a pesar de la crítica

<sup>1</sup> Del Río, *Elementos*, pp. 255-256.

reiteradamente manifestada por la doctrina. En el Código de Justicia Militar se considera la posibilidad de imponer la pena de muerte en más o menos 21 casos, tales como los descritos en los arts. 244, 262, 270, 272, 287, 288, 303, 304 N° 1, 327, 336, 337, 339, 347, 351, 379, 383, 384, 385, 391, 392 y 416 N° 1.

Adhiriendo a las modernas tendencias, en el Código Penal se ha suprimido dicha sanción en los delitos de crimen en que aún se mantenía al sustituirse la pena de muerte por la de presidio perpetuo calificado. Además, se eliminó como sanción aplicable en la escala de penas que se enumeran en el art. 21, lo que evidencia un notorio progreso en el ordenamiento represivo nacional.

La *pena de muerte* consiste en *poner término a la vida del condenado*, en privarlo de ella.<sup>2</sup> En nuestro país se ha intentado en repetidas oportunidades eliminar esta sanción, que aparte de ser inhumana, es de naturaleza irreversible;<sup>3</sup> pero esa aspiración ha resultado fallida, porque en la sociedad nacional no existe conciencia, sensiblemente, de que se trata de una medida extrema que sobrepasa todos los fines inherentes a la sanción penal.<sup>4</sup>

No parece adecuado hacer referencia en este libro sobre la "conveniencia o inconveniencia de la pena de muerte como medio de política criminal", o sobre su legitimidad en el terreno moral; son aspectos propios de la filosofía del derecho, y no es pertinente discutirlos en una obra como la presente;<sup>5</sup> no obstante, es ineludible hacer algunos comentarios.

<sup>2</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 108; Cury, *D.P.*, t. II, p. 333.

<sup>3</sup> Cury, en relación con la pena de muerte, expresa: "Los seres humanos, cuyo conocimiento de los hechos —y, sobre todo, de los que se desarrollan en la psiquis del hombre (los cuales cobran aquí una importancia muchas veces decisiva)— es siempre limitado e imperfecto, no pueden sentirse moralmente autorizados para adoptar la decisión de eliminar a un congénere *exponiéndose a incurrir en un error que no admite corrección*" (*D.P.*, t. II, p. 341). El referido autor hace una interesante síntesis de los criterios existentes sobre la pena de muerte.

<sup>4</sup> Antecedentes históricos y la evolución del derecho en relación a la pena de muerte, se pueden encontrar en el *Tratado del Derecho Penal*, de Jiménez de Asúa, t. I, pp. 231 y ss.; en los interesantes trabajos de Barbero Santos, Berdugo de la Torre, Beristain Ipiña, Cobo del Rosal, García Valdés y Gimbernat Ordeig reunidos en el libro *La pena de muerte, seis respuestas*, 1978. En nuestro país véanse a Novoa, *Curso*, t. II, pp. 329 y ss., y Cury, *D.P.*, t. II, pp. 233 y ss.

<sup>5</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 107.

Es útil hacer notar que en la historia de la humanidad la pena de muerte ha tenido períodos de vigencia y de abandono. En el derecho romano, de tan larga y pulcra elaboración, paulatinamente se fue restringiendo su aplicación y en definitiva se reservó para casos muy excepcionales; la pena capital debía ser impuesta por jueces especiales, los *quaestores parricidi*.

En la Edad Media también fue objeto de preocupación, pues hubo apasionadas controversias con aquellos que estaban por su abolición. Se puede recordar la del obispo de Orleans, Teodulfo, y Dangalo Scotto, en el siglo VIII. El primero expresaba al respecto: "No tiñáis las armas con la sangre de los miserables; las armas se usan contra los enemigos, contra los reos se usan los azotes".<sup>6</sup>

El cristianismo al principio fue drástico en marginar la pena capital; llegó a sancionar a aquellos que denunciaban a una persona que a la postre era castigada con la muerte. Este criterio se mantuvo durante los primeros siglos, pero en seguida se observa una evidente evolución; por ejemplo, San Agustín —si bien es crítico de esta pena— en su carta al conde Marcelino admite en *La Ciudad de Dios* su legitimidad, si era pronunciada por el príncipe.<sup>7</sup> Santo Tomás de Aquino la acepta cuando es merecida y como retribución al acto cometido.

Es durante el siglo XVIII cuando se inicia un movimiento abolicionista, aunque moderado. Así, Voltaire manifiesta su crítica en *La defensa de los oprimidos*; pero quien obtiene resultados sorprendentes con sus juicios contrarios tanto a los tormentos a que se sometía a los sentenciados a muerte antes de que la pena se cumpliera, como al uso indiscriminado de esta sanción, fue Beccaria, en su opúsculo *De los delitos y de las penas*, donde la admite de manera excepcional para casos extremos. Carrara, junto con manifestarse contrario a la pena de muerte, comenta: "No la impugnamos de manera *absoluta*, sino *relativa*. La admitimos como posiblemente legítima, según la ley natural, cuando es *necesaria* para la conservación de otros seres inocentes, que es lo mismo que decir que admitimos su legitimidad por la *necesidad de la defensa directa*, pues como ésta debemos reconocerla en el individuo,

<sup>6</sup> Barbero Santos, *La pena de muerte en el derecho histórico y actual*, p. 20, cita 1.

<sup>7</sup> *Ibidem*, t. 41.

sería una contradicción no reconocerla en la autoridad".<sup>8</sup> De contrario, filósofos como Kant la admitieron sin reserva; juristas como Filangieri hicieron otro tanto.

Cuando emerge de modo categórico la corriente abolicionista es en el siglo XX. Suficiente es citar la doctrina en tal sentido de autores como Barbero Santos, Beristain, Cobo del Rosal, Gimbernat, en España. En Chile la doctrina no ha sido unánime sobre este punto: Del Río sostenía que "la pena de muerte implica una verdadera impotencia social de defensa por otros medios más conformes con la civilización";<sup>9</sup> Labatut piensa que esta materia hay que resolverla "de acuerdo con la realidad social de cada país en particular y con prescindencia de las argumentaciones teóricas";<sup>10</sup> Novoa la explica como una sanción necesaria de mantener en las legislaciones, aludiendo al castigo por el exterminio masivo y a las crueldades de todo género observadas en la Segunda Guerra Mundial, y se pregunta: "¿qué otra pena que la de muerte podría satisfacer el anhelo de justicia de la sociedad humana?"<sup>11</sup>

Etcheberry<sup>12</sup> y Cury<sup>13</sup> son explícitos en rechazar la pena de muerte; este último autor expresa que "la pena de muerte no corresponde ya a las convicciones culturales actualmente vigentes". Concordamos plenamente con estos dos tratadistas: la pena capital es un atentado a la inviolabilidad de la vida, la que está consagrada como derecho fundamental en todas las constituciones; el Estado carece de facultad para ignorarlo.

#### a) Argumentos en pro y en contra de la pena de muerte

La mantención o supresión de esta pena depende básicamente de los criterios a que se adhiera sobre los siguientes aspectos:

1) Se trataría de una sanción inhumana y cruel; no debe responderse al delito, por grave que sea, con una reacción que im-

<sup>8</sup> Carrara, *op. cit.*, t. II, párrafo 661, pp. 102-103.

<sup>9</sup> Del Río, *Elementos*, p. 252.

<sup>10</sup> Labatut, *op. cit.*, t. I, p. 242.

<sup>11</sup> Novoa, *Curso*, t. II, pp. 335 y ss.

<sup>12</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 107.

<sup>13</sup> Cury, *D.P.*, t. II, p. 341.

porta a su vez la comisión de otro hecho injusto, como es eliminar a un ser viviente, aunque se emplee para ello el procedimiento más piadoso. Hace siglos, San Agustín sostuvo que "es una soberbia absolutamente intolerable que el hombre constituido en autoridad disponga de la vida de sus semejantes".<sup>14</sup>

Esta argumentación es contradicha invocando la *necesidad* de mantener la sanción cuando se presenta como la única y mejor forma de proteger a la sociedad. Se sostiene, como lo hizo Carrara, que si se permite al particular matar al agresor en legítima defensa, debe reconocerse al Estado una posibilidad análoga. Esta posición encuentra respaldo en Santo Tomás, para quien la pena de muerte era *necesaria* en cuanto era *merecida*.<sup>15</sup> No puede compartirse ese criterio, pues como bien comenta Cury, en la legítima defensa se permite una reacción extrema con el objetivo de *impedir* o *evitar* la lesión de un bien jurídico valioso en el instante en que se pretende atacarlo, o cuando se inicia la agresión, en tanto que la pena de muerte se aplica con posterioridad a la concreción del detrimento sufrido por un bien jurídico; la muerte como sanción no tiene -como sucede en la defensa legítima- finalidad impeditiva de la lesión. De suerte que la legítima defensa evita la comisión de un delito, mientras que la pena de muerte sanciona un delito ya cometido;<sup>16</sup> entre ambos institutos no hay semejanza. De otro lado, la *necesidad* normalmente se fundamenta en criterios empíricos, o económicos, pero el pensamiento tomista afinca esta sanción exclusivamente en razones éticas, y la considera desde una perspectiva *retribucionista*. Fuera de este fundamento de naturaleza ética, no hay otro argumento para sostener la subsistencia de esta pena, como bien lo señala Bettioli, "no desde el punto de vista individual, porque el individuo jamás querrá considerar la destrucción de su propia existencia como necesaria y, por lo tanto, útil al mantenimiento de la sociedad; no desde el punto de vista social, porque la pena de muerte jamás es necesaria, ya que la sociedad, tal como está organizada actualmente, tiene la posibilidad de recurrir a otros medios para proveer a su propia conservación".<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Citado por Zaffaroni, *Tratado*, t. V, p. 98.

<sup>15</sup> Bettioli, *op. cit.*, p. 674.

<sup>16</sup> Cury, *D.P.*, t. II, p. 339.

<sup>17</sup> Ídem, nota 15.

2) Se sostiene también para justificar la pena capital que sería un medio eficaz de *prevención general*, por su poder *intimidatorio* en la sociedad, que se presenta como un importante disuasivo de los comportamientos típicos. Pero nadie ha podido acreditar este efecto de la sanción; los antecedentes estadísticos no son demostrativos de ello y, además, normalmente el sujeto que incurre en una conducta que amerita la pena parte del supuesto de que no será descubierto o está impulsado por móviles poderosos donde la amenaza de sanción resulta inefectiva. Por otra parte, hay cierto consenso —cualquiera sea la doctrina que se tenga sobre los fines de la pena— en que en cierto grado ésta tiene un alcance *preventivo especial*, de *resocializar* al delincuente, y la de muerte carece absolutamente de posibilidad de cumplir esa función.<sup>18</sup>

3) Finalmente, el sistema de sanciones penales no es consecuencia de la consideración en abstracto de principios éticos o del principio de utilidad, pues necesariamente ha de estar enmarcado en el ámbito constitucional, en los principios que la Carta Fundamental precisa, sobre todo en el área represiva criminal. El art. 5° de la C.P.R. subordina el ejercicio de la soberanía al *respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*, y el derecho a la vida es el mayor de aquellos derechos, de modo que no puede el Estado disponer de ese bien, cualquiera sea el motivo que lo guíe o lo justifique, porque su poder *soberano* tiene ese límite. Es cierto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se refiere a la pena de muerte en aquellos países donde aún subsiste, pero en su art. 4° N° 3 dispone que “no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”, lo que demuestra cuál es su espíritu. Además, la referida limitación del art. 5° de la C.P.R. debe compatibilizarse con el art. 19 N° 3°, que impone al legislador la obligación de “establecer *siempre las garantías de un racional y justo procedimiento*”, que presupone, a su vez, la posibilidad del error judicial, error que en un justo proceso, para ser tal, ha de contar con alguna alternativa de reparación, para lo cual precisamente existe en nuestro sistema el *recurso de revisión*. La pena de muerte, dado su carácter de sanción *irreparable*, e *irreversible* una vez cumplida, plantea la

<sup>18</sup> Cfr. Zaffaroni, *Tratado*, t. V, p. 102.

total imposibilidad de satisfacer esa exigencia, de modo que por su propia naturaleza resulta incompatible con la noción de un proceso justo. La mantención de esta sanción en la legislación nacional se contrapone a los claros principios que inspiran a la propia Carta Fundamental.

#### b) *La pena de muerte en nuestra legislación*

La legislación nacional ha adoptado medidas para restringir y controlar la aplicación de la pena de muerte, sanción que subsiste con una notoria tendencia a su eliminación, como se deduce de los numerosos intentos que se han desplegado en tal sentido en el siglo pasado. El penúltimo de ellos, el de la Ley N° 19.734, de 2001, aun cuando no logró la supresión, redujo su aplicación a delitos de particular gravedad, como el parricidio (art. 390), el robo con violencia o intimidación en las personas en las hipótesis del art. 433 N° 1° (con homicidio, violación o lesiones gravísimas), entre otros. Estas modificaciones se materializaron en la Ley N° 19.029, publicada en el Diario Oficial el 23 de enero de 1991, que reemplazó, en diversas disposiciones del Código Penal, la pena de muerte por otras sanciones; entre esos preceptos están los arts. 107, 109, 142, 331, e hizo otro tanto en el Código de Justicia Militar y algunas leyes especiales. La Constitución además limitó la libertad del legislador para determinar la pena capital como sanción, exigiendo en su art. 19 N° 1° inc. 3° que la ley que la imponga sea aprobada con quórum calificado.

El Código Orgánico de Tribunales, el Código Penal y el Procedimiento Penal sometían la imposición de la pena de muerte a varias exigencias:

1) El Código Orgánico de Tribunales disponía en el actualmente derogado artículo 73: “La pena de muerte no puede ser acordada en segunda instancia sino por el *voto unánime* del tribunal. Cuando, para imponerla, resulte *simple mayoría*, se aplicará la *pena inmediatamente inferior* en grado.

Si el tribunal de alzada pronunciare una condenación a muerte, procederá inmediatamente a *deliberar* sobre si el condenado parece digno de indulgencia y sobre qué pena proporcionada a su culpabilidad podrá sustituirse a la de muerte. El resultado de esta

deliberación será consignado *en un oficio* que la Corte remitirá oportunamente al *Ministerio de Justicia*, junto con una *copia* de las sentencias de primera y de segunda instancia. El Ministerio hará llegar los antecedentes al *Presidente de la República* a fin de que resuelva si ha o no lugar a la conmutación de la pena o al indulto”.

Fue la Ley N° 19.734, de 5 de junio de 2001 –última tentativa de eliminar la muerte como sanción–, la que hizo serias modificaciones al Código Penal, dirigidas a suprimir del mismo la pena capital, reemplazándola por la denominada *presidio perpetuo calificado*, sanción a la que se aludirá más adelante. La referida ley sustituyó la pena de muerte por la de *presidio perpetuo calificado* en todos aquellos delitos del Código Penal en que aún subsistía, tales como el que atenta contra la seguridad del Estado, descrito en el art. 106, el parricidio (art. 390), el robo con homicidio (art. 433) y la piratería (art. 434). Coetáneamente, se modificaron otras disposiciones del referido texto para armonizarlas con la eliminación de esa drástica reacción punitiva, entre ellas la que suspendía la ejecución de la mujer embarazada (art. 85), las que establecían el acompañamiento del sentenciado por un ministro de culto (art. 83), aquella que disponía que la muerte debía llevarse a cabo por fusilamiento y que el cadáver debía sepultarse sin “aparato alguno” (arts. 82 y 84). También se modificó el art. 77, incisos primero y segundo, en el sentido que si correspondía subir en grado la pena en la escala respectiva, y ese grado era la pena de muerte, ahora debe imponerse la de *presidio perpetuo calificado*.

El proyecto de esa ley en realidad era más ambicioso, aspiraba a marginar totalmente del ámbito legal esta discutible sanción, si bien no proponía modificar la Constitución, que en su art. 19 N° 1° hace referencia a la posible aplicación de la pena capital. Fue un buen intento de mejorar el ordenamiento jurídico eliminando en el hecho toda aplicación de la pena de muerte. Durante la tramitación de la moción en el Parlamento, que duró cerca de dos años, se mantuvo sin embargo esa sanción en 21 casos en el Código de Justicia Militar, como se hizo notar precedentemente.

La moción fue presentada por el senador de la época Juan Hamilton Depassier, quien dejó constancia al hacerlo que el proyecto pretendía dar cumplimiento a pactos internacionales ratificados por Chile, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1989) y la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica (1991). En esa oportunidad citó las palabras que pronunció su Santidad el Papa Juan Pablo II, con motivo de su visita al país el día 27 de enero de 1999: “La sociedad moderna posee los medios para protegerse, sin negar a los criminales definitivamente la posibilidad de enmendarse. Renuevo el llamamiento que hice recientemente, en Navidad, para que se proscriba la pena de muerte, que es cruel e innecesaria”.

## II. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (PENAS DE ENCIERRO)

### a) *Naturaleza de las penas privativas de libertad*

Estas penas pueden ser de distintas clases jurídicamente consideradas: *prisión*, *reclusión* y *presidio*; se puede agregar, además, la accesoria de *incomunicación con persona extraña al establecimiento penal*. Todas tienen un elemento común: restringen la libertad ambulatoria del afectado. Como no es posible eliminar esa libertad, se limita ostensiblemente, porque el condenado sólo puede ejercerla dentro de un recinto determinado (un establecimiento carcelario), del cual no puede salir. En estas sanciones, de consiguiente, se procede al *encierro* del sentenciado, que puede desplazarse, pero únicamente dentro del establecimiento en que se le ha recluso. Por ello se denominan también *penas de encierro*.

En el sistema nacional, la pena de encierro puede ser de dos clases: perpetua o temporal. La pena perpetua dura toda la vida del sentenciado y es la sanción más enérgica que existe en el sistema penal ordinario, y si bien el condenado no queda al margen de la alternativa de acogerse al beneficio de libertad condicional, las exigencias son particularmente más estrictas que en las demás situaciones.

Pueden ser penas perpetuas, conforme lo dispone el art. 21, aparte de la relegación –que es restrictiva de libertad– las de *presidio* y de *reclusión*.

El *presidio perpetuo* ofrece, a su vez, una modalidad, puede ser *simple* o *calificado*. La diferencia entre ambos *presidios* perpetuos, como es obvio, no incide en la duración de las sanciones, pues ésta es equivalente a la duración de toda la vida del condena-

do, la diferencia incide en las consecuencias tangenciales de una y otra, que tienen particular importancia y fueron precisadas en relación al presidio perpetuo calificado en el art. 32 bis.

En la referida disposición se sujeta el presidio perpetuo calificado a un régimen especial de cumplimiento —que no afecta al presidio perpetuo simple— y que presenta las siguientes características:

a) “No se podrá conceder la libertad condicional sino una vez transcurrido *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”.

b) “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 o alguno de sus padres o hijos se encontrare en inminente riesgo de muerte o hubiere fallecido”.

c) “No se favorecerá al condenado por las leyes que concedan amnistía o 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 de indulto deberá ser concedido de conformidad a las normas legales que lo regulen”.

Quien decide sobre la libertad condicional es el Supremo Gobierno a través del Ministerio de Justicia (art. 25 del Reglamento de la Ley de Libertad Condicional y art. 5° del Decreto Ley N° 321 sobre Libertad Condicional). Lo señalado es la regla general, pero tratándose del presidio perpetuo calificado quien debe pronunciarse sobre esta materia, sea para concederla o para revocarla, en su caso, es la Corte Suprema —y no el Gobierno—, previo cumplimiento de las condiciones generales inherentes a ese beneficio (art. 5° del Decreto Ley N° 321). Si se rechaza la petición del beneficio, no podrá solicitarse nuevamente sino una vez que hayan transcurrido dos años contados desde la última presentación.

### b) Características y modalidades de las sanciones

Se indicó anteriormente que estas penas eran presidio, reclusión, prisión y prohibición de comunicarse con persona ajena al establecimiento carcelario.

Conforme al art. 32 del C.P., “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”. Ambas sanciones importan la pérdida de la libertad, pero se diferencian en que la de reclusión no conlleva la obligación de trabajar, como sucede con la de presidio, aunque esta diferencia en definitiva es meramente formal, toda vez que en una u otra forma se induce al recluso a trabajar, como fluye del art. 89, que expresa: “Los condenados a *reclusión* y prisión son libres para ocuparse, en beneficio propio, en trabajos de su elección, siempre que sean compatibles con la disciplina reglamentaria del establecimiento penal; pero si afectándoles las responsabilidades de las reglas 1ª y 3ª del artículo anterior (indemnizar al establecimiento carcelario por los gastos en que lo hace incurrir y enfrentar las indemnizaciones civiles que origine el delito) carecieren de los medios necesarios para llenar los compromisos que ellas les imponen o no tuvieran oficio o modo de vivir conocido y honesto, *estarán sujetos forzosamente* a los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas con su producto aquellas responsabilidades y procurarse la subsistencia”.

El Reglamento Carcelario, si bien en el inc. 2° del art. 50 reitera la obligación recién indicada, no hace diferencia en cuanto al encierro del delincuente ni a las obligaciones que se le imponen con respaldo en la naturaleza de la sanción, sea presidio o reclusión, lo que demuestra la tendencia a eliminar su diferenciación.

Las penas de *presidio* y de *reclusión* pueden ser perpetuas o temporales; las temporales tienen una duración de sesenta y un días a veinte años y se dividen en *mayores* —de cinco años y un día a veinte años— y *menores* —de sesenta y un días a cinco años (art. 25).

La pena de presidio perpetuo puede ser de presidio perpetuo calificado o simple. Conforme al art. 32 bis la sanción de presidio perpetuo calificado importa la privación de libertad del sentenciado de por vida sin que pueda gozar de los beneficios que imparte su puesta en libertad según los reglamentos penitencia-

rios o cualquier otro cuerpo legal o reglamentario, aun sea en forma transitoria, salvo cuando su cónyuge o alguno de sus padres o hijos se encontrare en eminente riesgo de muerte o hubiere fallecido. Tampoco se beneficiará por las leyes de amnistía o indultos generales, salvo que se le hagan expresamente aplicables. Sólo procederá el indulto particular por razones de Estado o por un estado de salud grave e irrecuperable. Además, no podrá concedérsele la libertad condicional sino una vez transcurridos cuarenta años de privación de libertad efectiva.

Las penas temporales de *presidio* y de *reclusión*, tanto *mayores* como *menores*, se dividen a su vez de tres grados: *mínimo*, *medio* y *máximo*. La duración de estos grados es la siguiente: menores en su grado mínimo, de sesenta y un días a quinientos cuarenta días; medio, de quinientos cuarenta y un días a tres años, y máximo, de tres años y un día a cinco años. Mayor en su grado mínimo, de cinco años y un día a diez años; medio, de diez años y un día a quince años, y máximo, de quince años y un día a veinte años (art. 56).

Hay cierto consenso en el sentido de que hacer diferencia entre penas de presidio y reclusión es inadecuado y que en la realidad empírica es ilusoria, de manera que ambas sanciones deben en definitiva unificarse.<sup>19</sup>

La pena de *prisión* es la privativa de libertad más corta y menos severa de las antes señaladas; su duración se extiende entre un día y sesenta días (art. 25 inc. 5°), y no va aparejada de la obligación de trabajar en el recinto carcelario, a menos que se esté en la situación prevista en el art. 89. Se divide en tres grados, conforme al art. 56: mínimo (de un día a veinte días), medio (de veintiún días a cuarenta días) y máximo (de cuarenta y un días a sesenta días). Es la sanción que corresponde a los delitos *faltas*.

La *incomunicación con persona extraña al establecimiento penal* es una sanción que queda sujeta en cuanto a su regulación al Reglamento Carcelario, de conformidad a lo dispuesto por el art. 21 inc. final. En todo caso, el art. 90 N° 2° asigna plazos específicos de duración de esta sanción para el reincidente del delito de quebrantamiento de condena (seis meses como máximo); otro

<sup>19</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 111; Cury, *D.P.*, t. II, p. 348.

tanto hacía el art. 91 inc. 2° respecto del que durante el tiempo de la condena volvía a delinquir (hasta por seis años).

El Código Penal fue modificado en cuanto a las penas accesorias (art. 21 inc. final) por la Ley N° 19.047 el 14 de febrero de 1991, suprimiendo en la disposición citada la pena de *celda solitaria* y precisando que la de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal quedaba sujeta al *Reglamento Carcelario*; coetáneamente, la misma ley modificó el art. 25 eliminando su inc. final, que se refería a la duración de ambas penas. No obstante, el art. 91 inc. 2° no fue modificado en aquella oportunidad y se mantuvo en él la pena de *celda solitaria*, con duración máxima de un año, y en su última frase faculta al tribunal para imponer tanto la de *celda solitaria* como la de *incomunicación* "hasta por el máximo del tiempo que permite el artículo 25". En otros términos, se seguía manteniendo la pena de celda solitaria a pesar de que se pretendió suprimir como sanción y, de otro lado, se alude a una duración de la pena que se determinaba en el primitivo texto del art. 25, pero que se encuentra suprimido. Esta situación no varió hasta el año 2001, cuando la Ley N° 19.734 modificó el inciso 2° del art. 91, incurriendo en otras anomalías que se comentarán más adelante (véase "Quebrantamiento de condena, letra b)).

Útil es señalar que el Código de Procedimiento Penal en los arts. 298 y siguientes regla la *incomunicación del detenido o preso*, pero tal incomunicación es una medida que agrava la detención o la prisión preventiva durante la sustanciación de un proceso criminal, y persigue fines procesales, pero carece del carácter de *pena*.<sup>20</sup> Otro tanto sucede en el Código Procesal Penal, el juez, a petición del Ministerio Público, puede suspender o restringir hasta por diez días las comunicaciones del detenido o preso (art. 151). También puede prohibirle comunicarse con alguna persona determinada (art. 155 f)).

### c) *Penas accesorias de estas sanciones*

Las penas privativas de libertad, cuando corresponde imponerlas, necesariamente van aparejadas de otras sanciones que imperativa-

<sup>20</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 113.



mente deben aplicar los tribunales y que la ley prescribe para cada una de ellas.

1) Existen penas accesorias generales para todo crimen o simple delito, que están señaladas en el art. 31: "Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la *pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó*, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito".

2) Además, el Código Penal establece, para cada tipo de sanción, penas accesorias especiales; a saber:

Art. 27: "Las penas de *presidio, reclusión... perpetuos*, llevan consigo la de 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 máximo que establece este Código".

Art. 28: "Las penas de *presidio, reclusión... mayores*, llevan consigo 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".

Art. 29: "Las penas de *presidio, reclusión... menores* en sus grados máximos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena".

Art. 30: "Las penas de *presidio, reclusión... menores en sus grados medio y mínimos... prisión*, llevan consigo la de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena".

### III. PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD

Se trata de penas más benignas que las privativas de libertad. Son la *relegación*, el *extrañamiento*, el *confinamiento* y el *destierro* (art. 21); todas importan una limitación a la libertad de desplazamiento, pues el condenado puede deambular libremente por un determinado sector territorial, pero debe permanecer dentro de él imperativamente (*relegación* y *confinamiento*) o, de contrario, debe alejarse forzosamente del mismo (*destierro* y *extrañamiento*). Se puede incluir también entre esta clase de sanciones a la *sujeción a*

la *vigilancia de la autoridad*, que si bien tiene otras características, conlleva asimismo restricciones<sup>21</sup> análogas.

#### a) *La relegación*

Art. 35: "*Relegación* es la traslación del condenado a un punto habitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad". El concepto está claramente expresado en la disposición transcrita: se impone al sentenciado la obligación de permanecer, dentro del territorio del país, en *punto habitado*, expresión que si bien es ambigua, ha sido entendida como un pueblo o ciudad en el que el condenado deberá permanecer, dentro de sus límites urbanos, porque al salir de ellos pasaría a estar en lugar *no habitado*, aunque se mantuviera dentro del departamento o comuna respectiva.<sup>22</sup>

#### b) *El confinamiento*

Art. 33: "*Confinamiento* es la expulsión del condenado del territorio de la República con residencia forzosa en un lugar determinado". Según el precepto transcrito, el confinamiento requiere de dos condiciones copulativas: primeramente, la expulsión del sentenciado del territorio nacional, o sea fuera de los límites territoriales del país, con prohibición de regresar a él por el tiempo que la pena determine; como segunda condición, la obligación de residir en un lugar, que puede ser una ciudad o región determinadas, pero en ambos casos fuera de los límites nacionales, o en cualquier parte de otro país también precisado.

#### c) *El extrañamiento*

Art. 34: "*Extrañamiento* es la expulsión del condenado del territorio de la República al lugar de su elección". Las voces "lugar" y

<sup>21</sup> Cfr. Cury, *D.P.*, t. II, p. 374.

<sup>22</sup> Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 114; Cury, *D.P.*, t. II, p. 376.

“territorio” han de entenderse de la manera indicada precedentemente; la diferencia que esta sanción tiene con el confinamiento incide en el hecho de que en el extrañamiento el sentenciado puede escoger libremente el lugar o país donde establecerá su residencia, siempre que no sea el nacional, y queda sujeto a la prohibición de regresar a él por el tiempo de duración de la sanción, según sea el caso.

Tanto el confinamiento como el extrañamiento son siempre temporales; esta modalidad los diferencia de la relegación, que puede ser, además, perpetua, para toda la vida del condenado.

Etcheberry asimila el extrañamiento con la expulsión del país que se impone como condena al usurero extranjero en el art. 472, con la modalidad de que, como en esta disposición no se expresa duración de la expulsión, ha de entenderse que es por toda la vida, expulsión que se hará una vez que cumpla la pena privativa de libertad que se le haya aplicado por el delito.<sup>23</sup>

#### d) El destierro

Art. 36: “Destierro es la expulsión del condenado de algún punto de la República”. El destierro es siempre temporal y es pena sólo aplicable a los simples delitos, no a los crímenes. Consiste en la expulsión del sentenciado de un *punto* del territorio de la República —y no del país—; por *punto* se debe entender el lugar habitado, pueblo o ciudad, donde residía el condenado, y aun la comuna, pero no el departamento o provincia, porque la palabra “punto” no condice con una noción de semejante amplitud.<sup>24</sup>

El destierro es una sanción de naturaleza fantasmal, que en la actualidad subsiste en la escala de penas del Código Penal, pero que dicho texto no emplea para castigar ningún delito; el único que tenía tal sanción era el amancebamiento, que se describía en el art. 381, que en su inc. 2º la imponía a la manceba, pero este precepto fue derogado por la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994.

<sup>23</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 116.

<sup>24</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 115. En el mismo sentido, Cury, *D.P.*, t. II, p. 376.

Como resulta obvio, la noción de destierro en nuestra legislación se diferencia del alcance que a la palabra se le reconoce en el lenguaje corriente, que la identifica con la expulsión de una persona del país.

#### e) Sujeción a la vigilancia de la autoridad

Art. 45: “La *sujeción a la vigilancia de la autoridad* da al juez de la causa el derecho de determinar ciertos lugares en los cuales le será prohibido al penado presentarse después de haber cumplido su condena y de imponer a éste todas o algunas de las siguientes obligaciones:

1º La de declarar antes de ser puesto en libertad, el lugar en que se propone fijar su residencia.

2º La de recibir una boleta de viaje en que se le determine el itinerario que debe seguir, del cual no podrá apartarse, y la duración de su permanencia en cada lugar del tránsito.

3º La de presentarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su llegada, ante el funcionario designado en la boleta de viaje.

4º La de no poder cambiar de residencia sin haber dado aviso de ello, con tres días de anticipación, al mismo funcionario, quien le entregará la boleta de viaje primitiva visada para que se traslade a su nueva residencia.

5º La de adoptar oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia”.

La sujeción a la vigilancia de la autoridad es una sanción de carácter *accesorio*, pero puede también ser impuesta como medida de prevención, lo que le da naturaleza de medida de seguridad, según lo dispone el art. 23. Como pena accesoria obligatoria se aplicaba según los primitivos arts. 306 y 307 (que castigaban la vagancia), 309 y 311 (que reprimían la mendicidad), delitos ambos que fueron derogados por la Ley N° 19.567 de 1º de julio de 1998. Quedar sometido a la vigilancia de la autoridad sigue siendo una medida que imperativamente debe imponer el tribunal a los responsables de la comisión de delitos de violación, estupro y otros delitos con menores (art. 372). No deja de ser curioso que el art. 25 señale que la sujeción a la vigilancia de la autoridad tiene

una duración de sesenta y un días a cinco años, pero el art. 372 establece que para los delitos allí señalados, tendrá una duración de diez años con modalidades especiales. Pero también se otorga al juez la facultad de aplicarla en determinadas situaciones, como sucede con el art. 298 (amenazas) y art. 452 (reincidentes de hurto y robo). Como medida preventiva se puede disponer en la hipótesis del art. 295 (asociación ilícita).

f) *Duración y grados de las penas restrictivas de libertad*

De las penas restrictivas de libertad, la de *relegación* puede ser tanto *perpetua* como *temporal*; las restantes (confinamiento, extrañamiento, destierro) son siempre *temporales*.

De acuerdo a los arts. 25 y 56, la relegación temporal, el confinamiento y el extrañamiento tienen duración de sesenta y un días a veinte años, y se dividen entre *mayores* (de cinco años y un día a veinte años) y *menores* (de sesenta y un días a cinco años). Ambos grupos se subdividen en tres grados: *menor en su grado mínimo* (de sesenta y un días a quinientos cuarenta días), en su *grado medio* (de quinientos cuarenta y un días a tres años) y en su *grado máximo* (de tres años y un día a cinco años); *mayor en su grado mínimo* (de cinco años y un día a diez años), en su *grado medio* (de diez años y un día a quince años) y en su *grado máximo* (de quince años y un día a veinte años).

La pena de *destierro* —que sólo es aplicable a los simples delitos— tiene una duración que va entre los sesenta y un días y los cinco años, y se divide en tres grados (mínimo, medio y máximo), equivalentes en duración a los indicados en el párrafo precedente (arts. 25 y 56).

La *sujeción a la vigilancia de la autoridad* tiene una duración de sesenta y un días a cinco años (art. 25 inc. 4º) y tendrá el carácter de pena de crimen o simple delito según sea la naturaleza de la sanción principal de la cual es accesoria.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Eicheberry, *D.P.*, t. II, p. 117.

g) *Consideraciones críticas sobre las penas privativas y restrictivas de libertad*

Si bien las penas en referencia constituyen un evidente progreso al compararlas con las sanciones que primitivamente se aplicaban (muerte, mutilaciones, tormentos, etc.), sus efectos en la sociedad son objeto de reservas bien fundamentadas; uno de los asuntos más preocupantes para el derecho es la permanente indagación de la posibilidad de aplicar otros sistemas de sanción con efectos menos negativos.

Las sanciones privativas de libertad plantean serias críticas en sus dos extremos: las de corta duración y las perpetuas o de muy larga duración.

Las penas privativas de libertad de corta duración resultan del todo objetables por cuanto al suspender súbitamente y por breve plazo las actividades del individuo en su plano familiar, social y laboral, psicológica y socialmente queda afectada su personalidad. Sin perjuicio de las naturales secuelas negativas, sobre todo estigmatizantes, que trae aparejado para su vida posterior el cumplimiento de la condena. Además, se incorpora al recluso a un ambiente —la cárcel— donde reina la subcultura del delito con su nociva influencia sobre los primerizos. De suerte que la prevención general resulta insatisfecha, porque la pena corta carece de un real mérito desincentivador del delito para los demás componentes de la sociedad, y tampoco permite la prevención especial del delincuente, dado que un tratamiento de tan corta duración resulta inefectivo para resocializarlo.<sup>26</sup>

La pena privativa perpetua o de muy larga duración resulta cruel, el encierro de por vida se considera más inhumano que morir, atendidas las condiciones misérrimas o deficientes inherentes normalmente a los establecimientos carcelarios. La prevención especial en cuanto a la reinserción social del recluso es del todo incompatible con esa clase de sanciones, por la destrucción psicológica del sentenciado encerrado por períodos muy prolongados.

Las penas restrictivas de libertad también ofrecen reservas, aunque se estima que la sujeción a la vigilancia de la autoridad es

<sup>26</sup> Cf. Novoa, *Curso*, t. II, p. 362; Cury, *D.P.*, t. II, p. 350.

la más conveniente. Sobre todo se critica la pena de extrañamiento y confinamiento, pues con ambas se traslada a un sujeto fuera del ámbito que le es familiar y se enfrenta a costumbres y medios de vida diferentes, que no proveen a la prevención especial, porque las posibilidades de resocialización en ese ambiente normalmente son nulas. Esas mismas penas involucran indirectamente una sanción para terceros inocentes, como lo son los familiares y el cónyuge del expulsado del territorio nacional,<sup>27</sup> que normalmente deben seguir el destino de aquél.

#### h) *Penas accesorias a las sanciones restrictivas de libertad*

Como sucede con las penas privativas de libertad, las restrictivas tienen también sanciones que obligatoriamente deben imponer los tribunales si aplican al sentenciado una de aquéllas. Son penas accesorias que el Código Penal establece según sean la naturaleza y gravedad de la pena restrictiva que prescribe para cada delito. A saber:

Art. 27: la pena de relegación perpetua lleva "consigo la de 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 máximo que establece este Código".

Art. 28: las penas de confinamiento, extrañamiento y relegación mayores "llevan consigo 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".

Art. 29: las penas de "confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena".

Art. 30: las penas de "confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados medios y mínimos, y las de destie-

<sup>27</sup> Cury, D.P., t. II, p. 377.

ro..., llevan consigo la de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena".

Además, si las penas corresponden a la comisión de un crimen o simple delito, llevan aparejadas las accesorias indicadas en el art. 31: "la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito".

#### i) *Cómo se ejecutan las penas privativas y restrictivas de libertad*

Respecto de las sanciones privativas de libertad el art. 86 señala: "Los condenados a penas privativas de libertad cumplirán sus condenas en la clase de *establecimientos carcelarios* que corresponda en conformidad al Reglamento respectivo". El art. 80 dispone que además de respetar las normas legales en el cumplimiento de las penas, deberá respetarse a su vez lo que dispongan los reglamentos carcelarios.

El Código Penal ordena que se haga diferencia en cuanto al cumplimiento de una pena privativa de libertad entre la sentenciada mujer, un menor de veintiún años y los demás condenados. Al efecto, el art. 87 dispone: "Los *menores de veintiún años* y las *mujeres* cumplirán sus condenas en *establecimientos especiales*. En los lugares donde éstos no existan, permanecerán en los establecimientos carcelarios comunes, *convenientemente separados* de los condenados adultos y varones, respectivamente". En el hecho las mujeres cumplen condenas en los denominados Centros Penitenciarios Femeninos y los menores en Centros Penitenciarios de Menores (arts. 16 y siguientes del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios).

En cuanto al régimen carcelario debe estarse a lo señalado en el Reglamento antes referido (D.S. N° 1.771 del Ministerio de Justicia, de 30 de diciembre de 1992).

#### j) *El régimen carcelario*

Los lugares donde el recluso debe estar sujeto a privación de libertad están determinados por la Constitución, que en el art. 19

Nº 7º letra d) dice: "Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o *preso*, sino en su casa o en *lugares públicos destinados a este objeto*". Esta disposición debe relacionarse con el art. 80 del C.P., que expresa que la pena debe ser ejecutada en la forma prescrita por la ley, como también por los "reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas"; además, debe tenerse en consideración el art. 86, que prescribe: "Los condenados a *penas privativas de libertad* cumplirán sus condenas en la clase de *establecimientos carcelarios* que corresponda en conformidad al Reglamento respectivo". De manera que las condenas a sanciones privativas de libertad se cumplen en los *establecimientos públicos carcelarios*.

El sujeto que cumple una pena privativa de libertad (de encierro) ha de hacerlo en un establecimiento especialmente destinado al efecto y someterse al régimen que consignan los reglamentos respectivos, en particular el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que derogó el primitivo Reglamento Carcelario que regía desde el año 1928.

El primitivo sistema que regía en nuestro país era el *progresivo*, que se había inspirado en las ideas de Alexander Moconochie, capitán de la marina británica, que el año 1840 lo estableció para los reclusos a su cargo en la isla Norfolk. Reemplazó un durísimo régimen vigente en aquella época<sup>28</sup> por uno más benigno, que recurría a premios y recompensas para aquellos que alcanzaran mejor conducta y más dedicación al trabajo.<sup>29</sup> Como dio buen resultado, se aplicó también en Irlanda por el Director de Prisiones W. Crofton (1850-1860), de donde provino su designación como *sistema irlandés*.<sup>30</sup>

En el pasado la pena de encierro no se conocía, salvo en el derecho romano, donde de manera indirecta aparecía en sancio-

<sup>28</sup> Con anterioridad existían sistemas como el *filadélfico*, aplicado en Filadelfia el año 1817, que consistía en el aislamiento celular diurno y nocturno del sentenciado, interrumpido sólo por las visitas de funcionarios de la prisión. También se conocía el sistema denominado *Auburn*, por haberse aplicado en la prisión de ese nombre desde el año 1816, en que se sometía a aislamiento nocturno al condenado; en el día quedaba sometido a régimen de trabajo, pero en silencio (Cuello Calón, *op. cit.*, t. I, pp. 780-781).

<sup>29</sup> Novoa, *Curso*, t. II, p. 346.

<sup>30</sup> Quintano Ripollés, *op. cit.*, t. I, p. 457.

nes como la condena a galeras, a trabajos públicos y la reducción a esclavitud, que importaban privación de libertad, pero cuyo objetivo real era contar con mano de obra. La pena de reclusión encontraría su origen en institutos de la Iglesia, como su sistema de encierro celular con aislamiento, medida que facilitaba la reflexión y el arrepentimiento, empleada en los conventos y prisiones inquisitoriales.<sup>31</sup>

El procedimiento que se aplicaba en Chile —como se señaló— era el *progresivo*, dividido en cuatro períodos. Los primeros consistían en regímenes celulares estrictos, con prohibición de comunicarse con los demás reclusos, sin entretenciones ni visitas, y se individualizaba al recluso con un número y no por su nombre. En los posteriores se iban gradualmente dando mayores facilidades, mejorando el salario por el trabajo y ampliando las horas de visitas y se les permitía correspondencia. El último período era el más benigno. Como bien comentaba Novoa, era obvio que los establecimientos carcelarios no estaban en condiciones de cumplir con el sistema programado en el primitivo Reglamento Carcelario, pues carecían —y siguen careciendo— de los medios y recursos mínimos para hacerlo, dadas la endémica pobreza de sus presupuestos y sus deficientes condiciones materiales. En todo caso, es de notar que si bien el referido sistema constituía un progreso en el tratamiento de los reclusos el siglo XIX, en las postrimerías del veinte habría que calificarlo de notablemente inadecuado. El sistema requería de una urgente y drástica revisión.

El Reglamento Penitenciario vigente desde el año 1992 establece que la administración penitenciaria estará a cargo de *Gendarmería de Chile* (arts. 2º y 10) y que su fin primordial es la atención y custodia de los detenidos como la acción educativa para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas o sustitutivas de libertad (arts. 1º y 9º). Prohíbe la tortura y los tratos crueles o inhumanos y garantiza la libertad ideológica y religiosa de los reclusos (art. 6º).

Los establecimientos penitenciarios los clasifica el Reglamento en cinco grandes grupos: a) los destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad, que se denominan *Centros de Cumplimiento*

<sup>32</sup> Quintano Ripollés, *op. cit.*, t. I, p. 449.

*Penitenciario* (art. 15); b) los destinados a la atención de detenidos y sujetos a prisión preventiva, que se llaman *Centros de Detención* (art. 14); en ellos también se pueden cumplir penas privativas de libertad de duración no superior a seis meses; c) los que tienen por objeto el seguimiento y asistencia de los beneficiados con medidas alternativas a la privación de libertad, denominados *Centros de Reinserción Social* (art. 19); d) los destinados a la atención de menores, llamados *Centros Penitenciarios de Menores*, y e) los que se destinan a la atención de mujeres, *Centros Penitenciarios Femeninos* (art. 18).

Los Centros de Cumplimiento Penitenciario que tengan un determinado tipo de tratamiento de inserción social, se denominan Centros de Educación y Trabajo, Centros Abiertos, Centros Agrícolas, o tendrán otra denominación específica (art. 16), atendido su objetivo.

En los lugares en que no existan centros especiales para menores o para mujeres, éstos deberán permanecer totalmente separados de los demás reclusos. En los Centros Penitenciarios Femeninos deberá haber dependencias adecuadas para la atención de los lactantes de las internas.

Se faculta la creación de establecimientos especiales para la atención "de ciertos detenidos y sujetos a prisión preventiva o para el cumplimiento de penas de determinados tipos de delincuentes" (art. 20). Se autoriza también el mantenimiento de departamentos separados de reclusos que deseen permanecer en ellos pagando un aporte inicial (art. 21), cuyo monto se determinará por resolución del Director Nacional de Gendarmería.

Los penados que sean calificados de *peligrosidad extrema* pueden ser sometidos a tratamiento de seguridad y ser trasladados a pabellones o departamentos especiales con el objeto de proteger a los demás internos (art. 27).

En los establecimientos de *régimen cerrado*, los principios de seguridad, orden y disciplina serán los propios de un internado, los que deberán armonizarse de modo que no impidan las tareas de tratamientos de los internos (art. 29). En los establecimientos con *régimen abierto* "el orden y la disciplina serán los propios para el logro de una convivencia normal en toda colectividad civil, con ausencia de controles rígidos..."; en estos establecimientos se autoriza el curso de moneda legal, el uso de objetos de valor y los condenados gozan de permisos de salida de fin de semana (art. 28).

El régimen para menores se caracteriza por una acción educativa intensa que se asemeje al de un establecimiento educacional de internado (art. 30) y estarán sometidos a un sistema *progresivo* destinado a obtener la colaboración del interno en el tratamiento mediante un método de estímulos positivos y aversivos, referidos a comunicaciones, visitas, disposición de dinero y objetos de valor, actividades recreacionales, permisos de salida y participación en las tareas del establecimiento (art. 31).

Entre los derechos de los reclusos se establece el de que cumplan sus penas de preferencia en establecimientos ubicados cerca del lugar de su residencia, para posibilitar que sean visitados (art. 46).

Los internos son sometidos a un tratamiento de *reinserción social* que consiste en "un conjunto de actividades directamente dirigidas al condenado que cumple su pena en un establecimiento penitenciario, para orientar su reintegro al medio libre a través de la capacitación y de inculcarle valores morales en general, para que una vez liberado quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades" (art. 71). Para este efecto se procede a hacer un diagnóstico previamente del interno por los funcionarios de los Consejos Técnicos (art. 73) y se fomenta la participación de aquél en la planificación de su tratamiento (art. 72). El tratamiento considerará un sistema de incentivos y recompensas, que serán un estímulo a los actos que pongan de relieve la buena conducta, el espíritu de trabajo, de compañerismo y el sentido de responsabilidad en el comportamiento personal, así como su participación social (art. 77).

En el tratamiento de inserción social se consideran los siguientes beneficios en favor del internado: a) salidas esporádicas del establecimiento por razones calificadas; b) salida dominical bajo palabra; c) salida controlada al medio libre, y d) libertad condicional.

Estos beneficios son objeto de reglamentación en los arts. 80 y siguientes. A continuación se hará un breve enunciado del último de ellos.

#### k) *La libertad condicional*

Este beneficio está reglado por el Decreto Ley N° 321, de 10 de marzo de 1925, y su Reglamento, D.S. N° 2.442, de 30 de octubre

de 1926. El sistema consiste en un modo particular de cumplir en libertad la pena impuesta al condenado, y constituye un medio de prueba de que se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social (art. 1º).<sup>32</sup>

El beneficio es concedido a todo condenado a una pena privativa de libertad de *más de un año* de duración y siempre que cumpla con los siguientes requisitos (art. 2º):

1) Haber cumplido la mitad de la pena, considerando la duración de ésta con las rebajas que se le hubieren hecho por gracia; a los condenados a presidio perpetuo se les puede acoger a este beneficio una vez cumplidos veinte años; a los condenados a presidio perpetuo calificado, una vez que hayan cumplido cuarenta años de privación de libertad efectiva; a los condenados por más de veinte años, una vez cumplidos diez años, y por ese solo hecho la pena quedará fijada en veinte años; a los condenados por hurto o estafa a más de seis años, una vez cumplidos tres años. En delitos de suma gravedad, como el homicidio calificado, el parricidio y otros, se exige que cumpla los dos tercios de la pena (art. 3º);

2) Haber observado una conducta intachable en el establecimiento penitenciario;

3) Si hay talleres en el establecimiento, haber aprendido un oficio, y

4) Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas. Si no sabe leer y escribir, se entenderá que no cumple con esa condición.

Estas tres últimas exigencias son materia de pronunciamiento de un organismo denominado Tribunal de Conducta. Consiste en un cuerpo colegiado integrado por el alcaide o jefe del establecimiento, el jefe de la Sección de Criminología, y otros funcionarios del servicio que se indican en el art. 5º del Reglamento; su funcionamiento se detalla en los arts. 6º y siguientes.

Al Tribunal de Conducta le corresponde pronunciarse sobre los puntos ya indicados quince días antes del 1º de abril y del 1º de octubre de cada año (art. 17 del Reglamento); no obstante, la

<sup>32</sup> Se comenta, en relación a los que piensan que la libertad condicional es un medio de burlar la pena, que es exactamente todo lo contrario, porque consiste en una forma especial de su cumplimiento (Novoa, *Curso*, t. II, p. 354; Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 163; Cury, *D.P.*, t. II, pp. 354-355).

Comisión de Libertad Condicional puede también, por la unanimidad de sus miembros, dar por cumplidos los requisitos señalados en los N.ºs 3 y 4.

Para tener derecho<sup>33</sup> a este modo de cumplir la pena se deben satisfacer todas las condiciones consignadas precedentemente, porque son copulativas.<sup>34</sup>

Los condenados en libertad condicional quedan sometidos y dependen del Tribunal de Conducta del lugar de su residencia, no pueden salir de ese lugar a menos que sean autorizados por aquél; deben asistir a una escuela o establecimiento de instrucción y desempeñar el trabajo que se les haya designado; han de presentarse un día a la semana, el día domingo antes de las doce meridiano, a la Prefectura de Policía del departamento y exhibir un certificado del jefe del taller donde trabajen y del director de la escuela nocturna donde concurren, en que conste su asistencia con regularidad (arts. 6º del D.L. y 31 del Reglamento).

La libertad condicional se concede y se revoca mediante un decreto supremo del Ministerio de Justicia (arts. 5º del D.L. y 26 del Reglamento), a petición de la Comisión de Libertad Condicional, que se integra por los funcionarios que constituyen la visita de cárceles y establecimientos penales en la ciudad de asiento de la Corte de Apelaciones y "dos jueces de juzgados de garantía o de tribunales del juicio oral en lo penal elegidos por ellos si hubiere más de dos en las comunas de asiento de las respectivas Cortes. En Santiago la integrarán diez jueces de juzgados de garantía o de tribunales del juicio oral en lo penal elegidos por ellos" (art. 4º). El C.O.T. señala quiénes conforman para estos efectos la visita: un ministro de la Corte de Apelaciones, que la presidirá, un juez del tribunal oral y un juez de garantía. El ministro es designado por turno anual, comenzando por el menos antiguo. Si bien, como se ha señalado, la libertad condicional se concede o revoca por de-

<sup>33</sup> Esta forma de cumplir la pena constituye un *derecho* para los condenados que reúnen los requisitos que el D.L. N.º 321 exige, como lo señala su art. 2º, en tanto que la Ley N.º 18.144, que modificó el decreto ley, hace referencias a un *beneficio*, modificando así la naturaleza de la institución, que no habría sido concebida como una gracia, sino como un derecho del sentenciado (Cury, *D.P.*, t. II, p. 355; Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 163).

<sup>34</sup> Cfr. Novoa, *Curso*, t. II, p. 356.

creto supremo del Ministerio de Justicia, tratándose de un condenado a presidio perpetuo calificado, el pronunciamiento debe hacerlo la Corte Suprema, sin perjuicio que la tramitación previa quede sujeta al procedimiento general ya indicado (art. 5° inciso 2°).

Las peticiones deben hacerse por la Comisión de Libertad Condicional, que se reúne en los meses de abril y octubre de cada año, previo informe del jefe del establecimiento en que esté el condenado (art. 4°). Al efecto, el Tribunal de Conducta debe presentarle las listas de los condenados que reúnen los requisitos para el beneficio el primer día de los meses de abril y octubre de cada año o al día siguiente hábil si fuere feriado. Esas listas y el informe del jefe del establecimiento deben ser considerados por la Comisión para hacer la petición de libertad. El Tribunal de Conducta tendrá hechas las listas el 25 de marzo y 25 de septiembre de cada año con los condenados que reúnan las condiciones requeridas, con indicación del lugar que tendrán como residencia. En la misma oportunidad se confeccionará una lista similar con aquellos condenados que teniendo el tiempo mínimo necesario, el Tribunal de Conducta ha estimado que no cumplen con los requisitos de haber aprendido un oficio y haber asistido con provecho a la escuela. En estas listas se incluirán, además, los reclusos que cumplan el tiempo mínimo durante los meses de abril, mayo y junio o durante octubre, noviembre y diciembre, respectivamente. A estos últimos, si quedan acogidos al beneficio, se les hará efectivo cuando tengan el tiempo mínimo de pena exigido (art. 24 del Reglamento).

Una vez concedida la libertad condicional, puede ser revocada por decreto supremo del Ministerio de Justicia en los casos señalados en el art. 35 del Reglamento; a saber: a) si el beneficiado es condenado por ebriedad o por cualquier delito; b) por ausentarse sin autorización del lugar que se le designó como residencia; c) si no se presentó durante dos semanas consecutivas a la Jefatura de Policía que le correspondía; d) por faltar, injustificadamente, tres días en un mes, a la ocupación que tenga o a la escuela donde asiste, y e) si obtiene tres notas de mala conducta en la escuela o donde trabaja, calificadas por el Tribunal de Conducta respectivo.

Revocada la libertad condicional, se procede a la detención del sujeto y se le interna en el establecimiento carcelario respectivo

para que cumpla *el tiempo que le falta de su condena* (art. 37 del Reglamento), esto es el saldo, considerando también como cumplimiento el tiempo que estuvo en libertad condicional.

La duración de la libertad condicional es equivalente al tiempo que le falta al sentenciado para completar la condena privativa de libertad; si termina ese período sin que haya sufrido nueva condena o sin que haya sido revocada su libertad condicional, se reputará cumplida la pena (art. 3° del Reglamento). Los beneficiados con este sistema tienen posibilidad de ser *indultados* dándoseles por satisfecha la pena, siempre que hayan cumplido la mitad de la condena y hubieren tenido durante ese período muy buena conducta, aplicación al trabajo y dedicación al estudio (art. 38 del Reglamento).

#### IV. PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS

Se trata de un grupo de sanciones que no tienen por objetivo la privación o restricción de la libertad; se dirigen a afectar otros bienes, de índole política, profesional o relativos a la función que el sentenciado ejerce o a su posibilidad de conducir vehículos de tracción mecánica o animal.

Las sanciones de este orden pueden ser *principales*—si se imponen con independencia de otra pena— o *acesorias*—cuando al aplicarse una pena principal, necesariamente debe agregarse alguna de estas sanciones—, como sucede con las enumeradas en los arts. 27 y siguientes del C.P.

La privación de derechos puede conformar una *inhabilitación* o una *suspensión*, distinción que es un tanto ambigua, pues ambas producen efectos análogos y sólo se diferenciarían en el tiempo de duración según el art. 56, pero no en cuanto a su naturaleza o consecuencias.

Primitivamente existía en la legislación española la *muerte civil* como sanción penal, que privaba al sentenciado de toda posibilidad de ser sujeto de derechos, de su estado civil, de su patrimonio y de la posibilidad de adquirir, de sus derechos políticos, etc. Era una de las penas *infamantes* que entre otras consagraban las antiguas legislaciones. Existió en España y Francia: en la legislación española se establecía en las Partidas y en el Código de 1822, pero



fue eliminada en el de 1848; en la legislación francesa se derogó sólo el año 1854.<sup>35</sup>

Esas sanciones se consideraban, en general, como penas infamantes porque no sólo afectaban a los derechos, sino también comprendían a los honores propios del individuo. En la actualidad la suspensión de derechos se califica como sanción más humanitaria, en cuanto las legislaciones tratan de circunscribirla a aquellas actividades o facultades vinculadas en forma estrecha con la comisión de un delito como puede observarse en los ejecutados por los funcionarios públicos en razón de su cargo o de los profesionales en el ejercicio de su actividad.<sup>36</sup> De otro lado, se critica a estas sanciones, que impidan ejercer profesiones titulares, por cuanto priva al sujeto de realizar su actividad laboral normal y proveerse de los ingresos necesarios para su mantención y la de su familia.<sup>37</sup>

Las penas privativas de derechos que el ordenamiento penal nacional establece son las siguientes:

a) *Inhabilitaciones para derechos políticos*

El art. 42 del C.P. precisa el alcance de esta pena al decir que comprende “los derechos políticos activos y pasivos” y que “son: la capacidad para ser ciudadano elector, la capacidad para obtener cargos de elección popular y la capacidad para ser jurado”. El mismo precepto dispone que aquel “que ha sido privado de ellos sólo puede ser rehabilitado en su ejercicio en la forma prescrita por la Constitución”.

La Carta Fundamental establece en el art. 49 N° 4 que es atribución exclusiva del Senado “otorgar la rehabilitación de la ciudadanía en el caso del artículo 17, número 2°, de esta Constitución”; y el art. 17 expresa: “La calidad de ciudadano se pierde:

2° Por condena a pena aflictiva, y

3° Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista”. La referida disposición agrega:

<sup>35</sup> Quintano Ripollés, *op. cit.*, t. II, p. 480.

<sup>36</sup> Muñoz Conde-García Arán, *op. cit.*, p. 451.

<sup>37</sup> Bustos, *Manual*, p. 392.

“Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal señalada en el número 2°, podrán solicitar su rehabilitación al Senado, una vez extinguida su responsabilidad penal. Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal prevista en el número 3° sólo podrán ser rehabilitados en virtud de una ley de quórum calificado, una vez cumplida la condena”.

El indulto en estos casos, sea que se haya impuesto esta sanción en el carácter de principal o accesoria, no puede alterar los efectos de la inhabilitación, que queda sometida a la autoridad exclusiva del Senado.<sup>38</sup>

La inhabilitación tiene en el hecho, en nuestra legislación, la calidad de *perpetua*, y no de temporal como parece desprenderse del art. 56 del C.P., porque de acuerdo con los arts. 21 y 37 es siempre *aflictiva*,<sup>39</sup> y como el afectado sólo puede rehabilitarse por acuerdo del Senado, en tanto no lo logre continuará con la inhabilitación.

b) *Inhabilitaciones para cargos y oficios públicos (art. 21)*

Esta inhabilitación puede ser de dos clases. *Absoluta*, que comprende todo tipo de cargos y oficios públicos, en el alcance que le otorga a esta noción el art. 260, y no en el que podría desprenderse del Estatuto Administrativo, que para los efectos penales resulta insuficiente, al quedar al margen de tal concepto funciones de tanta importancia como la de un notario público, un concejal, entre otras.<sup>40</sup> Es *especial* la inhabilitación cuando impide el ejercicio de un cargo u oficio determinado.

c) *Inhabilitación para profesión titular (art. 21)*

Se ha entendido, porque el Código no precisó el concepto, que se trata de profesiones para cuyo ejercicio se requiere de un

<sup>38</sup> Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 117; Cury, *D.P.*, t. II, p. 379.

<sup>39</sup> Cury, *D.P.*, t. II, p. 380.

<sup>40</sup> Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 118; Cury, *D.P.*, t. II, p. 380.

título cuya obtención está sujeta a reglamentación por la ley o la administración. La inhabilitación puede ser –al igual que la de cargos y oficios públicos– *absoluta*, o sea para toda clase de profesiones titulares, o *especial*, cuando se refiere a alguna determinada.

d) *Inhabilitación absoluta temporal para ejercer funciones en el ámbito educacional.*

El art. 21 fue modificado por la Ley N° 19.937 de 14 de enero de 2004, incorporándose como sanción en la escala de los crímenes como en la de los simples delitos la “inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad”.

Los efectos de esta sanción están señalados en el art. 39 bis, cuyo tenor es el siguiente: “La pena de 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, prevista en el art. 372 de este Código, produce:

1° La privación de todos los cargos, empleos, oficios y profesiones que tenga el condenado.

2° La incapacidad para obtener los cargos, empleos, oficios y profesiones mencionados antes de transcurrido el tiempo de la condena de inhabilitación, contado desde que se hubiere dado cumplimiento a la pena principal, obtenido libertad condicional en la misma, o iniciada la ejecución de alguno de los beneficios de la Ley N° 18.216, como alternativa a la pena principal.

La pena de inhabilitación de que trata este artículo tiene una extensión de tres años y un día a diez años y es divisible en la misma forma que las penas de inhabilitación absoluta y especial temporales”.

La duración de la pena es análoga a la establecida por el art. 25 para la inhabilitación absoluta y especial temporales para cargos y oficios públicos y profesiones titulares.

e) *Inhabilitación para conducir vehículos de tracción mecánica o animal (art. 21)*

El enunciado de la sanción, que puede tener el carácter de accesoria o principal, determina su alcance y en qué consiste: impedir que el condenado pueda conducir esa clase de vehículos. Esta pena tiene particular importancia en esta época, dado el notable incremento que ha adquirido el uso de vehículos, en especial los motorizados, que hace aconsejable extender su aplicación más allá del ámbito que las leyes vigentes le han reconocido. Sería una alternativa para sustituir algunas penas privativas de libertad establecidas para delitos donde esta modalidad de sanciones no aparece como necesaria.

f) *Duración de las penas privativas de derechos*

Estas penas pueden ser –según el art. 21– *perpetuas o temporales*. La inhabilitación para derechos políticos es siempre perpetua; las inhabilitaciones para cargos y oficios públicos, para profesiones titulares y para conducir vehículos, pueden ser perpetuas o temporales, ya sean *absolutas o especiales*. Las *suspensiones* de cargos y oficios públicos y profesiones titulares son siempre especiales, se refieren a un cargo o profesión determinados.

La duración de las penas temporales es relativa; en el caso de la *suspensión* del permiso para la conducción de vehículos no tiene un tiempo prefijado, en cada delito en que es impuesta por la ley como sanción se señala su posible duración (ejemplo: el art. 492). Tratándose de las restantes hay que distinguir entre *inhabilidades* y *suspensiones*; las *inhabilidades* duran entre tres años y un día y diez años, y se dividen en tres grados: *mínimo* (de tres años y un día a cinco años), *medio* (de cinco años y un día a siete años) y *máximo* (de siete años y un día a diez años). Las *suspensiones* duran de sesenta y un días a tres años, y se dividen en tres grados: *mínimo* (de sesenta y un días a un año), *medio* (de un año y un día a dos años) y *máximo* (de dos años y un día a tres años), todo conforme al art. 56.

g) *Efectos de las penas privativas de derechos*

Para determinar los efectos de esta clase de sanciones penales, corresponde distinguir entre *inhabilitaciones* y *suspensiones*; respecto de las inhabilitaciones, entre *absolutas* y *especiales*.

Los efectos están precisados en los arts. 38 y 39.

Art. 38: "La pena de *inhabilitación absoluta perpetua* para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares, y la de *inhabilitación absoluta temporal* para cargos y oficios públicos y profesiones titulares, producen:

1º La privación de todos los honores, cargos, empleos y oficios públicos y profesiones titulares de que estuviere en posesión el penado, aun cuando sean de *elección popular*.

2º La privación de todos los derechos políticos activos y pasivos y la incapacidad perpetua para obtenerlos.

3º La incapacidad para obtener los honores, cargos, empleos, oficios y profesiones mencionados, perpetuamente si la inhabilitación es perpetua y durante el tiempo de la condena si es temporal".

Art. 39: "Las penas de *inhabilitación especial perpetua* y *temporal* para algún cargo u oficio público o profesión titular, producen:

1º La privación del cargo, empleo, oficio o profesión sobre que recaen, y la de los honores anexos a él, perpetuamente si la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena si es temporal.

2º La incapacidad para obtener dicho cargo, empleo, oficio o profesión u otros en la misma carrera, perpetuamente cuando la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena cuando es temporal".

Dada la naturaleza de estas penas, se adoptan reglas especiales a su respecto en relación al *indulto*, que se encarga de señalar el art. 44: "El *indulto* de la pena de *inhabilitación perpetua* o *temporal* para cargos y oficios públicos y profesiones titulares, repone al penado en el ejercicio de estas últimas, pero *no* en los honores, cargos, empleos u oficios de que se le hubiere privado. El mismo efecto produce el cumplimiento de la condena a *inhabilitación temporal*". Cuando la pena de inhabilitación tiene el carácter de *accessoria*, si la pena principal es indultada, los efectos del indulto no se extienden a la inhabilitación, a menos que expresamente así se haya dispuesto. Si el indulto se extendió a la

inhabilitación, se producirá el efecto que se expresa en el precepto recién transcrito.

Los efectos de las penas de *suspensión de derechos* están precisados en el art. 40: "La *suspensión de cargo y oficio público y profesión titular*, inhabilita para su ejercicio durante el tiempo de la condena.

La *suspensión* decretada durante el juicio, trae como consecuencia inmediata la privación de la mitad del sueldo al imputado, la cual sólo se le devolverá en el caso de pronunciarse sentencia absolutoria.

La *suspensión* decretada por vía de pena, priva de todo sueldo al suspenso mientras ella dure".

En la disposición recién transcrita se hace una diferencia respecto de la suspensión de cargos y oficios públicos y profesiones titulares, porque aparte de que puedan ser aplicadas como *pena*, conforme al art. 20 pueden ser también dispuestas por el tribunal "durante el proceso o para instruirlo", y en esta alternativa no se reputan como penas.

Técnicamente hay diferencia entre la *inhabilitación* y la *suspensión* de derechos, por cuanto en el primer caso, cumplida la misma, no se recuperan los cargos o funciones, en tanto que con la segunda sí se recuperan, toda vez que sólo está suspendido el sentenciado. No obstante, el Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834, publicada el 23 de septiembre de 1989) es más exigente en este aspecto, porque su art. 11 letra f) exige para ingresar a la administración pública no sólo no estar inhabilitado, sino no "hallarse condenado o procesado por crimen o simple delito". Pero una vez nombrado un funcionario, si se le aplica la medida disciplinaria de destitución "como consecuencia exclusiva de hechos que revisten caracteres de delito y en el proceso criminal hubiere sido absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados, el funcionario deberá ser reincorporado a la institución..." (art. 115). A su vez, el art. 119 del Estatuto dispone que la destitución procederá siempre que el funcionario sea condenado por crimen o simple delito; esta disposición ha de entenderse que se refiere tanto al delito cometido en las funciones o con ocasión de ellas, como al cometido al margen de las mismas; en otros términos, a cualquier delito, común o funcionario.

## V. PENAS PECUNIARIAS

Son penas pecuniarias aquellas que afectan al patrimonio del sentenciado<sup>41</sup> y entre ellas se menciona a la *multa*, al *comiso* y a la *caución*, reglados en el Código Penal, pero además se puede incluir a la *confiscación*, a la que hace referencia el art. 19 N° 7° letra g) de la C.P.R.

a) *La multa*

Es una sanción principal, que conforme al art. 21 puede imponerse a los crímenes, simples delitos y faltas. Se trata de una sanción *pecuniaria que se traduce en la obligación del condenado de pagar una cantidad determinada de dinero*.<sup>42</sup> Es una sanción especialmente divisible –aunque no está dividida en grados– y su cuantía está determinada en forma relativa en nuestra legislación. Es la pena pecuniaria por excelencia, y a diferencia de las privativas de libertad, no degrada, ante un posible error judicial puede devolverse y evita los cuantiosos gastos que las de encierro irrogan al Estado.<sup>43</sup>

El art. 60 inc. 1° le reconoce a la multa un carácter de pena *residual*, porque se considera como la pena inferior a la última en todas las escalas graduales (se hace referencia a las escalas del art. 59).

La cuantía de la multa normalmente está determinada en la misma ley que la impone o, por lo menos, que fija los márgenes dentro de los cuales la puede regular el tribunal. De no estar determinada en la ley, rige la escala que establece el art. 25 inc. 6°: tratándose de crímenes, no puede exceder de treinta unidades tributarias mensuales; de simples delitos, de veinte unidades tributarias mensuales, y de faltas, de cuatro de dichas unidades. Si la ley impone “multas cuyo cómputo debe hacerse con relación a canti-

dades indeterminadas, nunca podrán aquéllas exceder de treinta unidades tributarias mensuales” (art. 25 inc. 8°).<sup>44</sup>

Para regular en el caso concreto el monto de la multa que corresponde aplicar, el juez no sólo ha de considerar las atenuantes y agravantes del hecho, sino los recursos y facultades del imputado, como dispone el art. 70. Aún más, en casos calificados y siempre que no concurren agravantes, el tribunal puede, fundamentando su decisión, imponer una multa inferior en su monto al prescrito por la ley, en consideración a esos caudales y facultades (art. 70).

El monto en moneda corriente de la unidad tributaria que debe considerarse para estos efectos es el valor que tenga el día en que se pague la multa (art. 25 inc. 7°); sin perjuicio de que la expresión “unidad tributaria” que emplee el Código o cualquiera ley penal especial se debe entender referida a aquella vigente en la fecha de comisión del delito.

Al producto de las multas corresponde darles el destino que se indica en el art. 60. De acuerdo a dicha disposición han de ingresar a una cuenta fiscal especial, contra la cual sólo puede girar el Ministerio de Justicia para la creación, instalación o mantenimiento de tribunales y servicios judiciales o el mantenimiento de los servicios del Patronato Nacional de Reos. Hacen excepción las multas provenientes de las faltas e infracciones, que se aplican a fondos municipales del lugar en que se cometió el hecho.

b) *El comiso*

El alcance de esta pena está consignado en el art. 31, que expresa: “Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito,

<sup>44</sup> Las cuantías de la pena de multa anotadas fueron modificadas en la forma que se ha indicado por las Leyes N° 19.450 y N° 19.501, publicadas en el Diario Oficial el 3 de marzo de 1996 y 15 de mayo de 1997, respectivamente; de consiguiente, ha de tenerse presente que los delitos cometidos con anterioridad a su promulgación, deberían regirse por la ley vigente al tiempo de su comisión, pues conforme al art. 19 N° 3° de la C.P.R. y art. 18 del C.P., la nueva ley opera exclusivamente para los hechos que se cometan con posterioridad, a menos de resultar más favorable, respecto de los perpetrados con anterioridad.

<sup>41</sup> Novoa, *Curso*, t. II, p. 378; Cury, *D.P.*, t. II, p. 384.

<sup>42</sup> Cuello Calón, *op. cit.*, t. II, p. 814; Quintano Ripollés, *op. cit.*, t. I, p. 177; Labatut, *op. cit.*, t. I, p. 247.

<sup>43</sup> Novoa, *Curso*, t. II, p. 383.

lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito". El comiso consiste, por lo tanto, en la pérdida de los instrumentos y efectos del delito. Por instrumentos se entienden los medios materiales que se han empleado para la comisión del hecho delictivo, y por efectos, tanto el producto del delito como los objetos sobre que recae (v. gr., el dinero y demás bienes sustraídos, el cheque falsificado);<sup>45</sup> se exceptúan del comiso aquellos instrumentos y efectos que pertenecen a terceros.

Esta pena corresponde tanto a los crímenes como a los simples delitos y a las faltas, y tiene siempre el carácter de accesoria, salvo para las faltas. En efecto, conforme al 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". El artículo anterior, o sea el 499, indica cuáles son las especies que pueden caer en comiso en esta clase de delitos, entre las que están las armas que lleve el ofensor, los comestibles y bebidas deteriorados y nocivos.

Las sumas de dinero que caen en comiso y el producto de la subasta pública de las especies decomisadas, tienen un destino análogo al que en su oportunidad se indicó para las multas (art. 60 inc. 4°).

#### c) La caución

"La pena de caución produce en el penado la obligación de presentar un fiador abonado que responda o bien de que aquél no ejecutará el mal que se trata de precaver, o de que cumplirá su condena; obligándose a satisfacer, si causare el mal o quebrantare la condena, la cantidad que haya fijado el tribunal". En el inc. 1° del art. 46 se da el referido concepto de la pena de caución, y su monto y duración se precisan en el art. 25 inc. 9°: "En cuanto a la cuantía de la caución, se observarán las reglas establecidas para la multa, do-

<sup>45</sup> Cfr. Cuello Calón, *op. cit.*, t. I, p. 819; Novoa, *Curso*, t. II, p. 387; Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 123; Cury, *D.P.*, t. II, p. 385.

blando las cantidades respectivamente, y su duración no podrá exceder del tiempo de la pena u obligación cuyo cumplimiento asegure, o de cinco años en los demás casos".

En las actas de la Comisión Redactora se dejó constancia, en relación con la caución, que regía en materia penal lo dispuesto por el art. 2337 del C.C., que permite sustituir la fianza exigida por ley o por resolución judicial, por una prenda o hipoteca (Sesión N° 132, de 7 de mayo de 1873).<sup>46</sup>

La pena de caución, conforme al art. 23, puede tener el carácter de *accesoria* o como *medida preventiva*; en esta última forma está establecida en el art. 298, en el delito de amenazas de atentado.<sup>47</sup>

Finalmente, es útil hacer notar que si el penado no presenta fiador, "sufrirá una reclusión equivalente a la cuantía de la fianza, computándose un día por cada quinto de unidad tributaria mensual; pero sin poder en ningún caso exceder de seis meses" (art. 46 inc. 2°).

#### d) La confiscación

Esta sanción ha sido abandonada por las legislaciones, y en nuestro país está prohibida por mandato constitucional. No obstante, la misma Constitución Política establece una excepción al consagrar la prohibición, en el art. 19 N° 7° letra g): "No podrá imponerse la pena de *confiscación* de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas". Cury sostiene que esta norma sólo alude a las asociaciones ilícitas que declara tales la Constitución, pero que no podría extenderse el referido concepto al art. 292 del C.P., que describe el delito de asociación ilícita, lo que parece atinado dado el carácter excepcional de la sanción.

De estarse a ese criterio, sólo podría aplicarse tal sanción a las organizaciones a que hace referencia el art. 19 N° 15, pues en la Carta Fundamental no se menciona en otra disposición ese tipo de instituciones. La norma citada expresa: "Las *asociaciones*, movi-

<sup>46</sup> Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 125; Cury, *D.P.*, t. II, p. 386.

<sup>47</sup> Cury, *D.P.*, t. II, p. 386.

mientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos sin ajustarse a las normas anteriores son *ilícitos* y serán sancionados de acuerdo a la referida ley orgánica constitucional".

e) *Consecuencias de las penas pecuniarias*

Tratándose de la multa, sus consecuencias no presentan mayores problemas. Dicha sanción debe ser cumplida por el sentenciado mediante el pago de la totalidad de la cantidad de dinero que ella importe, en moneda corriente. La señalada constituye la norma general implícita del sistema, pero pueden presentarse algunas alternativas: el sentenciado puede y quiere pagar, pero no está en condiciones de enterar de una sola vez el monto total de la multa o simplemente carece de bienes para hacerlo. Ambas hipótesis están consideradas en los arts. 49 y 70 del C.P.

Si el afectado no puede enfrentar el pago total de la sanción pecuniaria, opera lo dispuesto por el inc. 2º del art. 70, que dice: "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*". Esta autorización puede ser otorgada de oficio por el tribunal o a petición del procesado durante el procedimiento y antes de la dictación de la sentencia, como durante el cumplimiento de ésta, haciéndolo presentes las circunstancias que le impiden el pago íntegro. Otorgada la autorización, "el no pago de una sola de las parcialidades, hará exigible el total de la multa adeudada" (última parte del inc. 2º del art. 70).

En la alternativa que el condenado a multa no la cancele, opera el art. 49: "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*". Esta es la regla general, pero la misma disposición establece una excepción: "Queda exento de este apremio el condenado a *reclusión menor en su grado máximo o a otra pena más grave*".

Esta disposición merece críticas: aparece evidentemente injusto que si la sustitución es un medio de apremio, se emplee no sólo

en contra de aquel que pudiendo pagar la multa, se rehúsa a hacerlo, sino también en contra de aquel que carece de recursos, aunque esté interesado en satisfacerla; en definitiva, se le recluye por ser pobre.<sup>48</sup>

De cobrarse ejecutivamente la deuda, en conformidad al orden de prelación dispuesto por el art. 48, la multa ocupa el cuarto lugar, luego de las preferencias que presentan las costas del proceso, los gastos del juicio, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios.

En la sustitución de la pena de multa por la de reclusión que ordena el art. 49, deben considerarse los días que el sentenciado permaneció detenido y en prisión preventiva, salvo la alternativa en que dichos días se hayan tomado en cuenta para abonárselos a una pena privativa o restrictiva de libertad. El sistema recién indicado procede atendido que el art. 26 prescribe que las penas temporales principiarán a contarse desde el día de la aprehensión del procesado, lo que está en concordancia con el art. 503 del C.P.P. y el art. 348, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

El cumplimiento de la pena de caución no ofrece alternativas de interés, fuera de lo ya comentado sobre el art. 46.

En el caso de las penas de reclusión por no pago oportuno de la multa o por no presentación de fiador, si durante el encierro se cumple con alguna de esas obligaciones, tratándose de la multa deberá reducirse en proporción al tiempo que estuvo recluido de acuerdo al sistema de conversión indicado en el art. 49; si se presta la caución, no se reduce en su monto, sino su duración.<sup>49</sup>

De la pena de *confiscación*, establecida por la Carta Fundamental, no existe una reglamentación sobre la manera de cumplirla, como tampoco respecto de sus consecuencias, salvo las obvias que se derivan de su misma naturaleza.

<sup>48</sup> Autores como Cury estiman que el art. 49 debe entenderse en el sentido "restringido de que tiene por objeto constreñir el pago cuando éste no puede obtenerse ejecutivamente, lo cual, si bien parece justificado en los casos de ocultamiento de bienes, no lo es en aquellos, mucho más frecuentes, en que el condenado simplemente carece de recursos" (*D.P.*, t. II, p. 390).

<sup>49</sup> Cfr. Cury, *D.P.*, t. II, p. 391.