

III.- DETERMINACION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

En este capítulo se contienen materias relevantes para la determinación de penas, a la luz de diversos artículos del Código Penal.

1.- Las penas privativas de libertad.

Las penas privativas de libertad son las que afectan la libertad ambulatoria del condenado, el que debe permanecer durante el término de ellas en un establecimiento carcelario.

Son las penas de presidio, de reclusión y de prisión.

Producen una afectación de la libertad ambulatoria del condenado.

La pena de presidio produce además la sujeción del condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento, conforme lo dispone el artículo 32 del Código Penal.

Las penas de reclusión y de prisión no imponen trabajo alguno.

En cuanto a su posibilidad de fraccionamiento, las penas privativas de libertad pueden ser indivisibles (como las perpetuas) o divisibles (como las penas temporales).

En las indivisibles, la restricción de la libertad ambulatoria se prolonga durante toda la vida del condenado.

Por su parte, las penas temporales sólo duran como máximo el tiempo determinado expresamente por la ley.

2.- El artículo 25 del Código Penal.

Conforme lo dispone esta norma, las penas privativas de libertad temporales pueden ser:

- a) Temporales mayores: su duración es de cinco años y un día a veinte años, y son constitutivas de penas de crimen.
- b) Temporales menores: su duración se extiende desde los sesenta y un días a cinco años, y son penas de simple delito.
- c) La prisión, que va desde uno a sesenta días.

3.- La tabla del artículo 56 del Código Penal.

El artículo 56 del Código Penal dispone que las penas divisibles constan de tres grados, a saber: grado mínimo, grado medio y grado máximo.

La tabla demostrativa que contiene dicha norma determina la extensión de cada uno de los grados.

Resulta conveniente, para los efectos de su utilización y para mayor claridad, considerar sólo las penas privativas de libertad, de la manera siguiente:

Pena	Duración de toda la pena	Grado mínimo	Grado medio	Grado máximo
Presidio o reclusión mayores	5 años y un día a 20 años	5 años y un día a 10 años	10 años y un día a 15 años	15 años y un día a 20 años
Presidio o reclusión menores	61 días a 5 años	61 a 540 días	541 días a 3 años	3 años y un día a 5 años
Prisión	1 a 60 días	1 a 20 días	21 a 40 días	41 a 60 días

La duración de cada una de las penas se empieza a contar, para los efectos de la condena, desde el día de la aprehensión, en virtud de lo establecido en el artículo 26 del Código Penal.

En consecuencia, se debe abonar a la condena el tiempo de detención, prisión preventiva o privación de libertad por arresto domiciliario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 348 del Código Procesal Penal.

4.- La determinación de la pena.

Consiste en la fijación de la pena que corresponde a un determinado delito.

Ello comprende dos aspectos:

A.- La determinación de la clase de pena que deberá aplicarse.

B.- La extensión que habrá de tener dicha pena.

En esta materia cabe distinguir:

1.- La determinación en abstracto, que es la que efectúa el legislador sobre la clase de pena y la extensión de la misma.

2.- La determinación en concreto, que es la que lleva a cabo el juez en procura de la pena que estima adecuada al caso concreto, precisando su naturaleza y su extensión.

5.- Principios y reglas generales.

En la determinación en concreto entran en juego diversos principios y reglas, algunos de los cuales se reseñan a continuación.

5.1.- El mínimun y el máximun.

Hemos dicho que las penas privativas de libertad se dividen en tres grados: mínimo, medio y máximo.

El artículo 57 del Código Penal dispone que cada grado de una pena divisible constituye una pena distinta.

El artículo 58 del mismo Código establece que cuando la ley señala una pena compuesta de dos o más distintas, cada una forma un grado de penalidad. La más leve de ellas es el mínimo y la más grave, el máximo.

Así, la penalidad mínima corresponde a la pena más leve y la penalidad máxima corresponde a la más grave que la ley asigna al delito.

5.2.- Penas de más de un grado.

De lo dicho se desprende que cuando la pena asignada al delito comprende más de un grado, es sencillo determinar la pena mínima y la pena máxima.

5.3.- Penas de un solo grado divisible.

No ocurre así cuando la pena no es compuesta, esto es cuando corresponde solo a un grado de una divisible.

En este último caso rige la norma del artículo 67 inciso 3º del Código Penal: para determinar el máximo o el mínimo de la pena, se divide por la mitad el periodo de su duración: la parte más alta constituirá el maximum y la más baja, el minimum.

Para realizar este cálculo en casos concretos es preciso tener en cuenta que una pena comienza a las 24.00 horas del día anterior.

Por ello, si se tratase por ejemplo de una pena de presidio menor en su grado medio, la pena no empieza a correr realmente en los 541 días, sino que a las 24:00 horas del día anterior.

Entonces, el modo más sencillo para efectuar el cálculo es sumar el límite inferior del grado (541), menos un día (540), con el límite superior del grado que es de 3 años ($365 \times 3 = 1.095$) y el resultado dividirlo por 2.

Ello arroja 817,5 días, que es la cifra que permite establecer la mitad de la pena de presidio menor en su grado medio y determinar por ende la separación entre el mínimun y el máximun de dicha pena.

Entonces, la pena mínima va desde los 541 a los 817 días; y la pena máxima, desde los 818 días a los 3 años.

De lo anterior resulta:

A.- Que la pena mínima que se puede aplicar en el mínimun es 541 días.

B.- Que la pena máxima que se puede imponer en el mínimun es 817 días.

C.- Que la pena mínima que se puede aplicar en el máximun es 818 días.

D.- Que la pena máxima que se puede imponer en el máximun es 3 años.

6.- La escala gradual número 1.

El artículo 59 del Código Penal contiene cinco escalas graduales, en las que señala las penas en orden decreciente según su gravedad.

La escala número 1, que corresponde a las penas privativas de libertad, es la siguiente:

ESCALA NÚMERO 1

Grados.

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

7.- Falta de grado superior o inferior.

En algunos casos puede resultar que, subiendo o bajando en la escala respectiva, no quede pena para aplicar, ya sea porque no existe un grado superior o bien uno inferior.

Al respecto el artículo 77 inciso 2° del Código Penal dispone que si no quedare pena superior en la escala gradual del número 1 prevista en el artículo 59, se impondrá el presidio perpetuo calificado.

Por su parte el inciso tercero del mismo artículo 77 establece que si falta pena inferior, se aplicará la de multa.

El artículo 60 agrega que la multa se considera como la pena inmediatamente inferior a la última de todas las escalas graduales.

A su vez el artículo 61 en su regla 5ª dispone que si al poner en práctica las normas que señala no resultare pena que imponer por falta de grados inferiores, se impondrá siempre la multa.

8.- Agregados a la tabla demostrativa.

Luego de todo lo expuesto con anterioridad, se puede reformular la tabla demostrativa del artículo 56 del Código Penal en la forma siguiente:

Penas perpetuas	Presidio perpetuo simple		Presidio perpetuo calificado	
Penas temporales	Duración de toda la pena	Grado mínimo	Grado medio	Grado máximo
Presidio o reclusión mayores	5 años y un día a 20 años	5 años y un día a 10 años	10 años y un día a 15 años	15 años y un día a 20 años
Presidio o reclusión menores	61 días a 5 años	61 a 540 días	541 días a 3 años	3 años y un día a 5 años
Prisión	1 a 60 días	1 a 20 días	21 a 40 días	41 a 60 días
	Multa			

9.- Grado desde el cual se aumenta o se disminuye la pena.

A.- En aquellos casos en que la ley dispone que corresponde rebajar una pena, hay uniformidad de criterio en cuanto a que dicha rebaja debe efectuarse desde el mínimo de la pena.

Por lo demás, así lo dispone espresamente el artículo 61 N°2 del Código Penal: a las situaciones que allí se refieren corresponde aplicar la pena inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la ley.

B.- Distinta es la situación en cuanto al modo de aumentar la pena.

El artículo 67 del Código Penal, en su inciso 5°, dispone que si hay dos o más agravantes y ninguna atenuante, se puede aplicar la pena superior en un grado.

A su vez el inciso 4° del artículo 68 del mismo Código dispone que, en similar situación, se puede imponer la pena inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley.

Sin embargo, se ha sostenido que la forma más adecuada de aumentar grado no es hacerlo desde el máximo, sino que se debe elevar cada uno de los distintos grados que conforman toda la extensión de la pena, es decir, se suben como un bloque aumentando cada grado de la pena.

Se sostiene que si cada grado es una pena distinta, al elevar penas compuestas el aumento debe comprender la totalidad de los grados, y no considerar sólo la pena más alta.

10.- La pena asignada por la ley al delito.

La determinación de una pena debe iniciarse a partir de aquella que la ley asigna a cada delito.

Es la pena en abstracto, la impuesta por la ley a quien incurre en la conducta contenida en el tipo penal, sin considerar aún las circunstancias concretas de comisión.

En esta materia el artículo 50 del Código Penal dispone que cuando la ley designa la pena de un delito, se entiende que la impone al autor de delito consumado.

11.- El grado de desarrollo del delito.

El artículo 7 del Código Penal establece que son punibles, además del delito consumado, el frustrado y la tentativa.

Son las distintas etapas del delito, que constituyen el *iter criminis*.

A cada una de estas etapas corresponde una pena distinta, conforme a las siguientes reglas contenidas en los artículos 50, 51 y 52 del Código Penal:

Al delito consumado corresponde toda la pena asignada por la ley al delito.

Al delito frustrado corresponde la pena inferior en un grado respecto del consumado.

A la tentativa corresponde la pena inferior en dos grados respecto del mismo delito.

Conforme a lo dicho es posible configurar la siguiente tabla demostrativa:

Tabla del grado de desarrollo del delito

Grado del delito	Pena
Consumado	Toda la pena
Frustrado	Menos un grado
Tentativa	Menos dos grados

El artículo 55 del Código Penal dispone que las reglas anteriormente referidas no se aplican en los casos en que el delito frustrado y la tentativa se encuentren especialmente penados por la ley.

Es así como el artículo 450 del Código Penal señala que los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas y de robo en lugar habitado se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa.

Cabe recordar además que el artículo 9 del Código del ramo dispone que las faltas se castigan solo cuando han sido consumadas.

No obstante, dicha regla no se aplica al hurto falta tipicado en el artículo 494 bis del Código Penal. En efecto, su inciso 2º impone una pena cuando esa falta se encuentra en grado de frustrada.

12.- La forma de participación en el delito.

Conforme al artículo 14 del Código Penal, son responsables criminalmente de un delito los autores, los cómplices y los encubridores.

En virtud del artículo 50 del mismo Código, al autor del delito (consumado) se le impondrá la totalidad de la pena que se hallare señalada por la ley.

Conforme al artículo 51, al cómplice del mismo delito se le impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la anterior.

Al encubridor de ese delito se le impondrá la pena inferior en dos grados a la establecida para el autor, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Código punitivo.

Así es posible desarrollar la siguiente tabla demostrativa:

Tabla de la forma de participación

Forma de intervención	Pena
Autor	Toda la pena
Cómplice	Menos un grado
Encubridor	Menos dos grados

13.- La situación de las faltas.

Cabe consignar que esta tabla es aplicable solo a la comisión de crímenes y simples delitos.

No se aplica a las faltas, las que tienen un tratamiento diferente.

De acuerdo a las reglas generales, al autor de una falta le corresponde la pena señalada por la ley al delito.

Conforme al artículo 498 del Código Penal, los cómplices en las faltas serán castigados con una pena que no exceda de la mitad de la que corresponda al autor.

Según se desprende del artículo 17 de dicho cuerpo de leyes, que al tratar el encubrimiento lo circunscribe a los crímenes y simples delitos, el encubrimiento de una falta no es punible.

14.- Tabla de aplicación práctica simplificada.

Para una más sencilla aplicación de las reglas antes descritas resulta útil la siguiente tabla de aplicación simplificada, conforme a los artículos 50 al 54 del Código Penal:

Tabla práctica simplificada del grado de desarrollo y de la forma de participación.

Participación: Iter criminis:	Autor	Cómplice	Encubridor
Consumado	Toda la pena	Menos un grado	Menos dos grados
Frustrado	Menos un grado	Menos dos grados	Menos tres grados
Tentativa	Menos dos grados	Menos tres grados	Menos cuatro grados

15.- El artículo 55 del Código Penal.

Según esta disposición, las normas de los artículos 51, 52, 53 y 54 antes referidos no se aplican cuando el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley.

Así sucede, por ejemplo, con el delito de receptación del artículo 456 bis A del Código Penal. En este caso, por razones de política criminal, se sanciona como autor del delito de receptación a quien tiene una calidad de encubridor por desplegar las conductas que allí se refieren con posterioridad a la perpetración del delito.

16.- Atenuantes y agravantes.

Una vez efectuada la determinación de la pena en abstracto, considerando para ello la pena asignada por la ley al delito, el grado de desarrollo del mismo y la forma de participación que correspondió al hechor, corresponde determinar la pena en concreto, calificando la existencia de atenuantes y agravantes, para precisar la sanción definitiva.

El artículo 62 del Código Penal dispone que las circunstancias atenuantes o agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos que le siguen.

17.- Circunstancias agravantes que no producen efecto.

Dice el artículo 63 del Código Penal que no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley.

Agrega que igualmente no producen ese efecto las que la ley haya expresado al describirlo y penarlo, ni las que son de tal manera inherentes al delito que sin su concurrencia este no podría cometerse.

18.- Los artículos 67 y 68 del Código Penal.

La aplicación de estos dos artículos es esencial para la determinación de una pena.

18.1.- El artículo 67:

Se aplica cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible.

Contiene las reglas siguientes:

A.- Si en el hecho no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, el tribunal al aplicar la pena puede recorrerla en toda su extensión.

B.- Si concurre solo una atenuante, aplicará la pena en su *mínimum*.

C.- Si concurre solo una agravante, la aplicará en su *máximum*.

D.- Si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la pena inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

E.- Si hay dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, puede aplicarse la pena superior en un grado.

F.- Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se compensarán racionalmente para la aplicación de la pena.

18.2.- El artículo 68:

Se aplica principalmente cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados.

Contiene las siguientes reglas:

A.- Si en el hecho no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, puede el tribunal al aplicar la pena recorrerla en toda su extensión.

B.- Si concurre una sola atenuante, el tribunal no aplicará la pena en el grado *máximo*.

C.- Si concurre solo una agravante, el tribunal no aplicará la pena en el grado *mínimo*.

D.- Si concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

E.- Si concurren dos o más agravantes y no hay atenuantes, se podrá imponer la pena inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley.

F.- Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, el tribunal procederá a su compensación racional.

19.- Circunstancias especiales.

19.1.- El artículo 68 bis del Código Penal.

Conforme a esta norma, cuando solo concorra una atenuante muy calificada el tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito.

Es el caso en el cual es posible, con la concurrencia de una sola atenuante, bajar la pena desde el mínimo señalado por la ley para el delito.

En opinión de algunos, para que proceda esta rebaja es preciso que exista una sola atenuante y ninguna otra circunstancia modificatoria.

Según otros, pueden concurrir varias atenuantes y agravantes, y procederá la rebaja si queda una sola atenuante después de efectuada su compensación.

La ley no ha descrito cuándo debe estimarse que una atenuante es “muy calificada”, por lo que corresponderá al juez determinar en cada caso si concurren elementos suficientes para otorgar a la minorante la virtud de -por sí sola- reducir en un grado la pena.

19.2.- El artículo 73 del Código Penal.

Según este artículo se aplicará la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el artículo 10, siempre que concorra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten o concurren.

Se aplica cuando una eximente de responsabilidad no ha podido configurarse por faltar alguno de sus requisitos.

Es evidente que esta norma no puede aplicarse respecto de todas las eximentes que contempla el artículo 10 del Código Penal.

Así, no tendrá cabida cuando se trate de la eximente de minoría de edad.

Además, se ha estimado que no procede la aplicación de la norma respecto de aquellas otras eximentes que no son susceptibles de divisibilidad material.

Por último, en cuanto a las eximentes que sí son susceptibles de división material, no es suficiente que concurra el mayor número de los requisitos exigidos. En efecto, si no se ha configurado la eximente por faltar un requisito que le es esencial, no podrá concurrir la eximente incompleta cualquiera sea el número de requisitos faltantes.

Lo que se exige, entonces, es que concurra la mayoría de los requisitos exigidos (todos menos uno, dos sobre tres), incluido el que tenga carácter de esencial.

Como se trata de una atenuante de efecto extraordinario, no se incorpora a la compensación racional de atenuantes y agravantes.

La forma de proceder en estos casos es realizar la compensación racional entre las circunstancias modificatorias, determinar el grado de la pena que se va a imponer y luego aplicar la rebaja que corresponda.

19.3.- El artículo 11 N° 1 del Código Penal.

En aquellos casos en que no resulte aplicable la norma del artículo 73 ya descrita, cabe revisar a continuación si puede configurarse la atenuante que contempla el artículo 11 N° 1 del Código Penal.

Dicha norma dispone que son circunstancias atenuantes las eximentes expresadas en el artículo 10 del Código del ramo, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en los respectivos casos.

Constituye una atenuante de efecto ordinario, la que por lo tanto se incorpora a la compensación racional de las circunstancias modificatorias conforme a las reglas generales.

19.4.- La media prescripción:

El artículo 103 del Código Penal establece que si el responsable de un delito se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige en sus respectivos casos para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

El artículo 94 del Código Penal dispone que la acción penal prescribe:

Respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años.

Respecto de los demás crímenes, en diez años.

Respecto de los simples delitos, en cinco años.

Respecto de la faltas, en seis meses.

Agrega que las reglas precedentes se entienden sin perjuicio de las prescripciones de corto tiempo que el Código establece para delitos determinados.

Estos términos empiezan a correr desde el día de la comisión del delito.

Por su parte el artículo 97 del Código punitivo establece que las penas impuestas por sentencia ejecutoria prescriben:

La de presidio, reclusión y relegación perpetuos, en quince años.

Las demás penas de crímenes, en diez años.

Las penas de simple delito, en cinco años.

Las de falta, en seis meses.

El tiempo de prescripción empieza a correr desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiere comenzado a cumplirse.

Conforme al artículo 100, cuando el responsable se ausentare del territorio de la República sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años.

Para los efectos de aplicar la prescripción de acción penal o de la pena no se entenderán ausentes del territorio nacional los que hubieren estado sujetos a prohibición o impedimento de ingreso al país por decisión de la autoridad política o administrativa, por el tiempo que les hubiere afectado tal prohibición o impedimento.

Con respecto a la media prescripción de la acción penal, la disminución favorecerá al responsable contra quien se dirige el procedimiento después de transcurrida la mitad de los plazos del artículo 94.

En cuanto a la media prescripción de la pena, favorecerá al condenado que ha eludido la ejecución de la sentencia de término o que ha quebrantado su condena después de transcurrida la mitad de los plazos que contempla el artículo 97.

La regla del artículo 103 no se aplica a las prescripciones de faltas ni a las especiales de corto tiempo.

Creemos que en aquellos casos en que corresponda aplicar la situación del artículo 103 no es procedente efectuar la compensación racional con las demás modificatorias de efecto ordinario que pudieren concurrir, pues la norma dispone

expresamente que el tribunal deberá considerar el hecho como revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y luego aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal.

Pensamos además que carece de relevancia el concepto de atenuantes “muy calificadas” que contiene el artículo 103, porque por el solo hecho de existir al menos dos atenuantes y ninguna agravante es posible la rebaja de grado desde el mínimo de la pena asignada por la ley al delito.

20.- El artículo 456 bis del Código Penal.

Dispone esta norma que en los delitos de robo y hurto son circunstancias agravantes las siguientes:

1°.- Ejecutar el delito en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad;

2°.- Ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física;

3°.- Suprimido (Ley N° 20.931);

4°.- Ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito, y

5°.- Actuar con personas exentas de responsabilidad criminal, según el número 1° del artículo 10.

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

En estos delitos no podrá estimarse que concurre la circunstancia atenuante del número 7° del artículo 11 por la mera restitución a la víctima de la especies robadas o hurtadas y, en todo caso, el juez deberá considerar, especificada, la justificación del celo con que el delincuente ha obrado.

Tales circunstancias son aplicables solo en los delitos de robo y hurto y concurren a la compensación racional que dispone la ley en caso de existir otras modificatorias de responsabilidad.

21.- El inciso 4° del artículo 456 bis A del Código Penal.

En virtud de esta norma se impondrá el grado máximo de la pena establecida en el inciso primero para el delito de receptación cuando el autor haya incurrido en reiteración de este o sea reincidente en el mismo.

La pena que la ley asigna al delito de receptación es la de presidio menor en cualquiera de sus grados. Entonces, conforme a esta regla, la pena resultante en caso de reiteración o de reincidencia será la de presidio menor en su grado máximo.

22.- El inciso final del artículo 456 bis A del Código Penal.

Dispone esta norma que si el valor de lo receptado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se impondrá el grado máximo de la pena o el máximo de la pena que corresponda en cada caso.

23.- El artículo 69 del Código Penal.

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

Entonces, los dos factores que se mencionan son los siguientes:

- a) El número y la entidad de las atenuantes y agravantes.
- b) La mayor o menor extensión del mal causado por el delito.

24.- El artículo 449 del Código Penal.

Según esta norma, para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448 inciso primero, 448 quinquies y 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:

1a. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la misma en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.

2a. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado.

25.- De la obligación o de la facultad en la disminución de la pena.

Se ha generado discusión en cuanto a la interpretación que debe darse, en los artículos 67 y 68 del Código Penal, a la norma que dispone que si concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante, el juez “podrá” rebajar la pena hasta dos grados en el caso del primero y hasta tres grados en el caso del segundo.

25.1.- La teoría de la facultad.

Según algunos, la rebaja de grado es siempre facultativa para el tribunal.

Afirman que la forma verbal que se emplea es categórica en cuanto a conceder una facultad, a lo que agregan que la historia de la ley confirmaría este aserto.

25.2.- La teoría de la obligación.

Según otros, en tal situación la rebaja de grado desde el mínimo de la pena es obligatoria para el juez.

Sostienen que la forma verbal “podrá” significa que el juez puede rebajar en uno, dos o tres grados, debiendo escoger una de las tres alternativas; pero que nunca podría no rebajar ninguno.

Añaden que los artículos 67 y 68 van estableciendo reglas específicas para cada caso concreto y que no resulta lógico entonces que frente a dos situaciones distintas (que exista una sola atenuante o que existan dos), el resultado pueda ser el mismo (no rebajar grado).

25.3.- Algunas consecuencias de la rebaja de grado.

Hay casos en los que la rebaja del grado puede producir consecuencias esenciales para el hechor, más allá de la inherente al quantum de la pena, en la que podría generarse una diferencia de tan solo un día.

Así, por ejemplo, puede determinar si se estará frente a una pena aflictiva (la superior a tres años), con todas las consecuencias que ello acarrea. Puede incidir también en la procedencia de las penas sustitutivas al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Igualmente puede influir durante el procedimiento en la discusión que se produzca sobre la posible pena aplicable, para los efectos de discutir acerca de salidas alternativas o de la posibilidad de acudir a los procedimiento especiales.

26.- La compensación racional.

Conforme a los artículos 66, 67 y 68 del Código Penal, en caso de que concurran circunstancias atenuantes y agravantes, el tribunal las compensará racionalmente graduando el valor de unas y otras.

Sin embargo la práctica ha llevado a que se sustituya dicha compensación racional -fundada en la comparación valorativa del peso de cada atenuante o agravante- por una compensación aritmética, basada en la mayor o menor cantidad de las circunstancias modificatorias existentes en cada caso.