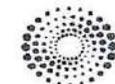


THOMSON REUTERS
LA LEY

**MANUAL PRÁCTICO DE
APLICACIÓN DE LA PENA
LA PENA CON PREGUNTAS Y RESPUESTAS**

TATIANA VARGAS PINTO

**CON COLABORACIÓN DE
RODRIGO GUERRA ESPINOSA**



THOMSON REUTERS

es delito, y que ejecutar a una persona es una acción prohibida y penada. De este modo siendo la base de la ilicitud, de una evidencia elocuente, estos juzgadores concluyen que los actos desplegados por el agente le resultan reprochables, o dichos en forma normativa, conforme a la teoría general, imputables a título de culpabilidad". (STOP de Puerto Montt de 3 de abril de 2006, Ruc: 0500138655-9).

2.2.8. Requisitos de punibilidad (COP y ELA)³⁶

Estos requisitos apuntan a circunstancias que están fuera del delito, pero el legislador las conecta de tal modo que las requiere para imponer una pena o para impedir su imposición

3. PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La pena más común y relevante (mientras persista la regulación actual de la pena de muerte) es la privación de libertad: prisión, reclusión y presidio; sin perjuicio de la multa. Además estas penas son divisibles³⁷, es decir, tienen una duración determinada que resultan más complejas a la hora de seleccionar la que corresponda al caso concreto. Por estas razones se presenta el proceso general de determinación judicial de la pena privativa de libertad. Como proceso se distinguirá una primera fase de selección de grado (cuando proceda) de la individualización, como determinación exacta.

¿Cómo comienza la determinación judicial?

El juez parte de la determinación legal, toma por base la pena señalada en el respectivo tipo penal. El legislador, como se anotó, contempla un marco penal, es decir, un margen de pena que tiene un mínimo y un máximo. Por ejemplo: presidio menor en grado medio a presidio mayor en grado míni-

³⁶ Se trata básicamente de las condiciones objetivas de punibilidad (COP) y de las excusas legales absolutorias (ELA).

³⁷ Únicamente el presidio perpetuo es indivisible, pero no se establece como pena única. Además, por la ley N° 19.734 que derogó la pena de muerte del CP en 2001 se distingue el presidio perpetuo simple del calificado precisamente con atención a una diferencia temporal: el simple exige una privación efectiva de libertad de 20 y el calificado requiere 40 años para conceder la libertad condicional (art. 32 bis CP).

mo; presidio mayor en grado máximo a presidio perpetuo; reclusión menor en sus grados mínimo a medio. También puede señalarse un solo grado, que también supone un marco, pues todo grado tiene una extensión entre un mínimo y un máximo. Por ejemplo: presidio mayor en grado mínimo (artículo 342, 1°) va de 5 años y 1 día a 10 años; presidio menor en grado máximo (artículo 342, 2°) va de 3 años y 1 día a 5 años; presidio menor en grado medio (artículo 342, 3°) va de 541 días a 3 años.

¿Cómo son los marcos penales establecidos en la ley?

Las penas privativas de libertad, como se anotó, se distinguen en prisión, presidio o reclusión menor (<) y presidio o reclusión mayor (>), según la escala del artículo 21 que define la clase de delitos: faltas, simples delitos o crímenes (sin perjuicio del presidio perpetuo). Cada una de estas penas tiene tres grados: mínimo, medio y máximo (artículo 56). El legislador contempla una tabla demostrativa que a continuación se simplifica como esquema.

	Prisión.	P. o R < ³⁸	P o R > ³⁹
Mínimo	1-20 días (d).	61-540 d.	5 a. y 1d-10 a.
Medio	21-40 d.	541d. -3 años (a).	10 a. y 1d-15 a.
Máximo	41-60d.	3 a. y 1d-5 a	15 a. y 1d-20 a.

¿Qué se hace con la determinación legal?

El legislador establece la sanción general para el autor de un delito consumado (artículo 50), por eso tal sanción resulta ser una base general que va a cambiar según el grado de participación del sujeto (autor, cómplice o encubridor) y el grado de desarrollo del delito (tentativa, frustración o consumación), sin perjuicio de las circunstancias concurrentes en cada caso que puedan exigir un aumento (agravante) o una disminución (atenuante) de pena. Por tal razón expresaremos a continuación los parámetros globales.

En todo caso, hay que distinguir si hay varios grados de pena o si se contempla uno solo. En el primer caso el juez debe seleccionar primero el

³⁸ Presidio o reclusión menor.

³⁹ Presidio o reclusión mayor.

grado de pena para luego especificar el *quantum* y en el segundo procederá directamente a esa decisión de individualización.

3.1. Bases generales de la determinación judicial

Para la determinación judicial existe una serie de reglas que conviene esquematizar como guía para llegar a la individualización. La tarea de precisar la exacta sanción penal para el caso concreto que le corresponde al juez le exige combinar reglas de la parte general y de la parte especial (pena impuesta para cada delito). También tiene un rol importante el arbitrio o discreción del juez⁴⁰.

¿Qué reglas existen?

El legislador señala parámetros para llegar a la exacta sanción penal. Parte del marco indicado arriba para los autores de delito consumado en general. Luego indica pautas según las formas de participación, grados de ejecución de delito y circunstancias que pueden agravar o atenuar la pena.

¿Hay reglas especiales?

Hay reglas que no proceden en todos los casos, sino que se aplican en ciertas situaciones, como en caso de concurso de delitos (artículos 74 y 75) y reiteración. En este sentido se consideran reglas particulares.

¿Qué reconocimiento tiene la discreción judicial?

Sin perjuicio de la discreción presente en toda interpretación, especialmente en los juicios de imputación al atribuir responsabilidad penal, también hay espacios regulados al determinar la pena. Se verá que el ámbito de discrecionalidad es especialmente amplio cuando no concurren circunstancias modificatorias de pena (agravantes y atenuantes), pues el juez puede recorrer la pena en toda su extensión (artículo 68, inciso 1°),

⁴⁰ No debe confundirse con arbitrariedad, pues su decisión final está guiada por el legislador y debe estar fundada —como veremos— en criterios de merecimiento y necesidad de pena.

que puede ser mucha. Puede abarcar varios años y para decidir la duración concreta sólo tendrá como parámetro la mayor o menor extensión del mal producido por el delito (artículo 69).

¿Cómo se aplican las reglas de determinación?

El legislador se ocupa también de guiar la determinación de pena, cómo aplicar las reglas y elegir el grado de pena y su extensión. Por ejemplo, las atenuantes pesan más que las agravantes (artículo 68 incisos 3° y 4°). Junto con la guía, la ley establece escalas de penas para la rebaja o aumento de la que corresponda aplicar (artículo 59), con precisión de casos límite (artículo 77): siempre la pena de multa es la más baja y la de presidio perpetuo la más alta, salvo que estuviere en la primera escala donde la pena mayor es el presidio perpetuo calificado. En este caso, esa será la pena mayor.

A continuación se sistematizan las reglas generales y las especiales con sentencias.

3.1.1. Reglas comunes

Pueden distinguirse criterios que debe tomar el juez para seleccionar la pena de pautas o reglas de valoración.

A. Factores o criterios de determinación de pena

¿Cuáles son los criterios de determinación?

Los elementos que debe tomar en consideración el juez comienzan en la parte especial con la pena legal del respectivo tipo penal. Luego hay factores más concretos que están en la parte general relativos al grado de desarrollo del delito, la clase de participación y las circunstancias modificatorias de responsabilidad.

i. Pena en la ley.

Se trata de la determinación legal que es el punto de partida de la determinación judicial. Establece solo un marco general para el delito consumado en general por un autor (artículo 50), ya sea una pena divisible o varias.

—“*Segundo*: Que atendido lo que dispone el artículo 50 del Código Penal, debe entenderse que la pena que el citado artículo 494 bis prevé para los autores del hurto a que se refiere, corresponde al delito consumado, y no a sus figuras de desarrollo incompleto, para las cuales la Ley N° 19.950, que introdujo la modificación en el Código Penal, no estableció una sanción determinada, ni hizo excepción de la norma general contenida en el citado artículo 50”. (SCA de La Serena de 15 de marzo de 2005, Rol: 28-2005).

—“*Duodécimo*: Que, en relación con la aplicación de la sanción que debe imponerse al acusado, es la pena asignada al delito para los autores del tipo penal del artículo 436 inciso primero del Código Penal, en grado de consumado, en relación con lo dispuesto en el artículo 50 del mismo cuerpo legal...”. (STOP de Valparaíso de 26 de mayo de 2006, Ruc: 0500596982-6).

ii. Grado de desarrollo del delito.

La pena se señala para el delito consumado, por eso se distingue si está en grado de tentativa o en grado de frustración. Si el delito está frustrado se aplica la pena inferior en un grado (artículo 51) y si está en grado de tentativa baja dos grados (artículo 52). Es importante tener presente que estas reglas no se aplican si la conducta (no totalmente desarrollada) está especialmente penada (artículo 55). También cabe tener presente que en general las faltas únicamente se castigan consumadas (artículo 9).

—“*Cuarto*: Que, por lo demás, y respecto de la culpabilidad y proporcionalidad de la pena, conviene recordar la antigua argumentación de Carrara (‘Programa de Derecho Criminal, Parte General’, Bogotá, 1956, volumen I, parágrafo 355, páginas 355 y siguientes), el cual afirma que si la escuela francesa tendía a favorecer la equiparación entre la punibilidad de la tentativa y el delito consumado, se debía a que para ella lo que se castiga en el injusto es ‘la intención malvada, siempre que se manifieste en actos exteriores’. ‘Al contrario’, continua más adelante, ‘la escuela predominante en Italia castiga en el delito un hecho acompañado de intención malvada, por lo cual la parte material asume los caracteres de elemento del delito’. Como algo falta en este último elemento —el material— la escuela italiana se pronuncia por la diferenciación de las penas, que, en el caso de la tentativa tiene que ser inferior a la del delito consumado. Dicho de otro modo: el gran jurista italiano pensaba que precisamente quienes ponen el acento en la culpabilidad —‘la intención malvada’— parecen ser quienes aceptan con más facilidad que la pena del delito consumado y la de la tentativa sean iguales.

Quinto: Que así, por otra parte, lo demuestra la situación de la legislación alemana en esta materia. Ese ordenamiento jurídico, en efecto, es uno de los que acogen más clara y decididamente el principio de culpabilidad. Ahora bien, el parágrafo 23 (2) del Código Penal Alemán estatuye que ‘la tentativa puede ser penada más benignamente que el hecho consumado’ conforme a lo prescrito en el parágrafo 49 (1). Es decir, la aminoración de la pena de la tentativa es, para el juez alemán, sólo una facultad, de la que puede o no echar mano según su apreciación de las circunstancias. Nadie en Alemania ha pretendido jamás que, cuando el tribunal equipare las penas, esté violando el principio de culpabilidad.

Sexto: Que, por lo demás es menester tener igualmente presente que los distintos grados de desarrollo del delito, no importan que aquellos estados imperfectos, necesariamente sean merecedores de un menor castigo, por cuanto en muchos casos, en estos últimos, el dolo de la conducta puede ser acreedor de igual reproche que el delito consumado, o incluso ocasionalmente, superior a la de quien obtiene el resultado deseado. Es casi como nadie pondrá en duda que un delito de robo con fuerza en las cosas consumado, cometido en un estado de necesidad incompleto —por existir supongamos, otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal que amenaza— por un autor que goza de irreprochable conducta anterior, es menos censurable que el mismo delito intentado, sin éxito, por un recidivista contumaz, en la humilde choza en que mora una anciana viuda. Si en el ejemplo canónico de Frank del cartero y el cajero (Frank, Reinhard: ‘Sobre la estructura del concepto de culpabilidad’, Montevideo - Buenos Aires, 2000, 2, página 28), el delito del último hubiese quedado en estado de tentativa, siempre habría sido más reprochable que el del primero. Entonces la menor punibilidad de la tentativa nada tiene que ver con la medida de la culpabilidad y sólo depende de una decisión político - criminal del legislador”. (SCS de 20 de diciembre de 2006, Rol: 5019-2006).

—“*2°* Que los hechos del requerimiento antes señalado constituyen el delito de hurto contemplado en el N° 3 del artículo 446 del Código Penal el que alcanzó solo la etapa de desarrollo de frustrado. Por lo anterior la sanción a imponer, de acuerdo con lo dispone el artículo 51 del Código Penal es una de prisión en su grado máximo”. (SCA de Santiago de 9 de marzo de 2006, Rol: 137-2006).

iii. Clase de participación o intervención.

En la parte general se establecen reglas para supuestos donde existan otras formas de intervención, para precisar la pena general establecida

para el autor. Si se trata de un cómplice la pena baja en un grado (artículo 51) y en caso de un encubridor la pena disminuye dos grados (artículo 52).

—“*Décimo Tercero*: Que, de lo que se viene razonando, hay que concluir que es efectiva la denuncia formulada por la defensa del mencionado Cisternas Aguirre, en el sentido que la sentencia de alzada carece de las consideraciones en cuya virtud se da por probada la participación penal del acusado Cisternas en el delito de usura, infringiéndose de ese modo el artículo 500 N° 4 del Código de Procedimiento Penal, lo que constituye la causal de nulidad que sanciona el artículo 541 N° 9 del mismo cuerpo normativo, que conduce a la aceptación del libelo presentado por su defensa; todo ello según quedó demostrado en los motivos décimo y undécimo que preceden”. (SCS de 30 de abril de 2013, Rol: 12553-2011).

—“Sin embargo, para desestimar esta argumentación ha de tenerse presente que la sentencia dio la calidad de autor de este delito a Jesús Manzur Saca no sólo teniendo como fundamento el artículo 99 del Código Tributario sino también de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal y de esta forma se sostuvo por la sentencia que: ‘la prueba de cargo incorporada al juicio oral y público, fue del todo coherente, concordante y creíble en orden a establecer en base a múltiples testimonios de personas que día a día trabajaban junto al imputado y veían como él no solo era la cara visible de las empresas que en el hecho controlaba’, sino que además era quien tomaba las decisiones, ya sea en cuanto a la estructura en que se encontraban organizadas las diversas empresas que participaban en la cadena productiva, de distribución y exportación o lo que es del todo relevante debido a la forma en que se fraguó el engaño típico, pues era el acusado Manzur quien determinaba el precio que se asignaba a los productos.

Por lo tanto no cabe duda alguna que el acusado era no solo conforme a lo prevenido en el artículo 99 del Código Tributario, en relación con lo referido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, el destinatario de las normas penales en juego (el empresario, socio mayoritario de las tres empresas relacionadas que participaron en la cadena productiva que finalizaba con la exportación de los jeans, por más ficticia que en definitiva resultare), sino que además era quien tanto objetiva como subjetivamente tenía el dominio del hecho, por cuanto era él quien podía decidir sobre la consumación o no del hecho típico y sobre la dirección final del desarrollo del acontecer delictivo, dependiendo el resultado global de su propia voluntad, pudiendo entonces el tribunal concluir, que siempre tuvo “las riendas cortas del hecho”.

El razonamiento transcrito precedentemente, demuestra que aunque se estimara que no correspondía la aplicación del artículo 99 del Código Tributario, de todas formas la sentencia acude al artículo 15 N° 1 del Código Punitivo para imputar al sentenciado la calidad de autor del injusto de que se trata, y por lo tanto el yerro en cuestión de existir carece de influencia necesaria para revertir lo decidido por el fallo impugnado”. (SCA de Santiago de 16 de abril de 2013, Rol: 272-2013).

¿Pueden combinarse criterios de ejecución y participación?

Los criterios de ejecución y participación sí pueden consumarse y ello supone una aplicación conjunta de reglas. Para facilitar la comprensión de esta combinación, las reglas se presentan en el siguiente cuadro.

	Delito consumado	Delito Frustrado	Tentativa de Delito
Autor	Pena legal original (Art. 50)	Un grado menos (Art. 51)	Dos grados menos (Art. 52)
Cómplice	Un grado menos (Art. 51)	Dos grados menos (Art. 52)	Tres grados menos (Art. 53)
Encubridor	Dos grados menos (Art. 52)	Tres grados menos (Art. 53)	Cuatro grados menos (Art. 54)

iv. Circunstancias modificatorias de responsabilidad: atenuantes y agravantes.

El legislador también se preocupa de considerar circunstancias que pueden concurrir en el caso concreto y suponer una agravación o atenuación de la pena general.

¿Cómo modifican la pena estas circunstancias?

La pena puede subir o bajar de grado y también puede aplicarse en su mayor o menor extensión dentro del grado seleccionado según la cantidad y clase de circunstancias atenuantes y agravantes. El legislador se pone en diversas situaciones para graduar la pena. Así veremos distintas reglas de valoración, desde la falta de circunstancias hasta la concurrencia conjunta de atenuantes y agravantes.

EXCURSO

Algunos incorporan como 5° criterio los factores del artículo 69. En realidad, las consideraciones que esta disposición establece apuntan a la individualización de la pena, como determinación judicial de la cuantía o duración exacta de la pena. Se ha de aplicar siempre como regla final según los criterios que contempla: de nuevo las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, ahora para precisar la cuantía exacta de pena, y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

B. Reglas de valoración

Pueden distinguirse pautas de valoración base para graduar la pena conforme criterios generales de participación y grados de ejecución del delito y reglas de valoración que guían la graduación de pena respecto de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Si bien las reglas base ya se destacaron, conviene tenerlas presente antes de la consideración de agravantes y atenuantes.

i. Pautas de valoración base

—*Penas divisibles.* Las penas privativas de libertad (mayor, menor y prisión) se dividen en grados mínimo, medio y máximo. Asimismo, cada grado de pena es una pena (artículos 56-58).

“*Decimocuarto:* Que, la pena asignada al delito es un grado de una divisible, esto es, de presidio mayor en su grado mínimo [...]”. (STOP de Copiapó de 16 de septiembre de 2004, Ruc: 03209534-8)

—*Gravedad de penas.* Las penas se agrupan según su gravedad en cinco escalas graduales (artículo 59). Cada una de ellas contempla una serie de penas en orden decreciente (de mayor a menor), según la naturaleza de la pena impuesta. Ayudan a aumentar o disminuir penas, dentro de cada escala (artículo 77). La multa es la pena mínima común (artículo 61, 5°).

—*Facultades del juez.* Algunos artículos conceden amplias facultades a los jueces, particularmente cuando no concurren agravantes y atenuantes (artículo 67, inciso 1°, artículo 68, inciso 1°).

—“*Vigésimo Séptimo:* Que, siendo la pena asignada al cuasidelito de homicidio la de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, cuando el hecho importare crimen, y concurriendo dos circunstancias atenuantes a favor del encartado, sin que le perjudique agravante alguna, el Tribunal no hará uso de la facultad concedida en el artículo 68 del Código Penal, esto es, de rebajar en uno, dos, o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, en atención al resultado de su actuar, ya que se privó de la vida a una persona e indirectamente a otra vida en gestación, estando consciente de esto último el acusado. Unido a lo anterior, se debe tener en consideración la imprudencia del mismo al manipular el arma cargada frente a su polola a quien dijo que amaba, que tenía planes futuros y que el embarazo habría sido planificado. En consecuencia se aplicará la pena en el grado inferior, en el quantum que se dirá en lo resolutivo”. (STOP de Concepción de 24 de octubre de 2010, Ruc: 0900928414-9).

—“*Décimo Octavo:* Que conforme a lo dispuesto en el artículo 400 del Código Penal, la pena del artículo 397 N° 1 del mismo cuerpo de leyes debe ser aumentada en un grado, pero como en la especie concurren dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, la pena así agravada le será rebajada en un grado conforme lo autoriza el artículo 68 bis del mismo texto legal, quedando en definitiva en presidio mayor en su grado mínimo”. (STOP de Concepción de 15 de septiembre de 2007, Ruc: 0600255324-2).

—“6° Que, en el caso de autos, establecido que concurre una atenuante de responsabilidad a favor de la requerida y una agravante que la perjudica, no pudo rebajarse la sanción en un grado como aparece de la sentencia que se impugna, por no permitirlo el artículo 67 del Código Penal, aplicable en la especie, por tratarse de un delito sancionado con un grado de una pena divisible, en la situación de su inciso final”. (SCA de Santiago de 22 de mayo de 2006, Rol: 794-2006).

—“*Tercero:* Que por otra parte, en cuanto al argumento expuesto por la recurrente de no haberse efectuado una correcta aplicación de la norma contenida en el artículo 69 del Código Penal, que la considera de derecho público y de carácter imperativo, debe señalarse que el fallo en cuestión no ha vulnerado dicha disposición, pues ella se aplica cuando al sentenciado lo favorecen y perjudican atenuantes o agravantes que quedan subsistentes después de realizadas las compensaciones a que haya lugar, que no es el caso de autos, como lo establece la sentencia recurrida. En consecuencia, la pena que correspondía aplicar ante la ausencia de circunstancias modificatorias, quedó comprendida en la de un grado de una divisible, y el juzgador, en cumplimiento a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 67 del Código Penal, al momento

de imponerla, se encontraba legalmente facultado para recorrerla en toda su extensión, fijándola en el monto que la determinó, lo cual en caso alguno puede significar una errónea aplicación de derecho.

En este mismo sentido, cabe mencionar que el ordenamiento jurídico relativo al ejercicio de la jurisdicción penal se encuentra concebido en términos suficientemente amplios de manera de permitir al juzgador conciliar adecuadamente una razonable prudencia, que debe guiar toda decisión jurisdiccional, y por otra parte un efectivo resguardo de los bienes en riesgo, habiendo señalado el sentenciador las razones y motivaciones que tuvo en cuenta para fijar un cuántum determinado y concreto". (SCA de Iquique de 10 de noviembre de 2006, Rol: 144-2006).

—*Penas copulativas y penas alternativas.* En las disposiciones generales también se contempla el caso de tipos penales que señalen penas copulativas (artículo 61, 4ª) y penas alternativas (artículo 61, 3ª). En el primer caso deben imponerse todas las penas señaladas y en el segundo caso el juez tiene la facultad de imponer la que estime más acorde a cada responsable.

—*Vigésimo:* Que, con el mérito del informe social acompañado por la defensa del acusado Verdejo Bravo, en el cual se da cuenta de la precaria situación socioeconómica que enfrenta el mismo, su escasa educación y falta de ingresos, debiendo enfrentar el rol de proveedor paterno de sus seis hijos, y teniendo en consideración lo prevenido en el inciso 2do. del artículo 39 de la Ley N° 19.366, se hará lugar a la petición de su apoderado, sólo en cuanto se rebajará la multa que corresponde imponerle con carácter de pena copulativa, a una fracción de la misma". (STOP de Iquique de 21 de octubre de 2003, Ruc: 0200150049-2).

—*48°* Que, Que, conforme al artículo 1° en relación con lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, el ilícito en comento, se encuentra sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 10 a 40 unidades tributarias mensuales, no incidiendo a su respecto ninguna circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, la pena se fijará en un quantum proporcionado a la cantidad y entidad de la droga incautada.

Que, en relación a la pena copulativa de multa, ésta se impondrá en la cuantía de 10 UTM, por estimarse, asimismo, racional y prudente, atendido a las mismas razones indicadas para fijar la pena corporal". (STOP de Los Ángeles de 21 de octubre de 2009, Ruc: 0801012733-6).

ii. Pautas de valoración de circunstancias modificatorias

—*Non bis in idem.* Este principio, que impide valorar una misma circunstancia dos veces para un mismo efecto, tiene especial reconocimiento respecto de las agravantes. La ley reconoce tres manifestaciones de este principio en el artículo 63:

1) No sirve para agravar circunstancias que sean en sí mismas un delito, como el incendio (artículo 474 y ss.);

2) No sirve para agravar la circunstancia que esté expresamente contenida en un tipo penal, que la contempló ya al establecer la pena, como la alevosía o la premeditación en el llamado homicidio calificado (artículo 391 N° 1);

3) No sirve para agravar la circunstancia que sea inherente al delito, es decir, que sin ella no puede cometerse el tipo, como el abuso de confianza en la apropiación indebida (artículo 470 N° 1).

—*“Que es manifiesto que en caso alguno, ni de acuerdo al artículo 15 N° 2 ni al artículo 72 del Código Penal, puede concluirse que se ha infringido, en la sentencia recurrida, lo que dispone el artículo 63 del Código Penal. En efecto, en el artículo 15 se establece qué sujetos deben ser considerados autores de un delito, sin describirse acción ilícita alguna y, por su parte, en el artículo 72, sin que tampoco se describa una acción ilícita específica se contempla una norma para los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, si los primeros se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito”.* (SCA de Valparaíso de 22 de noviembre de 2012, Rol: 1292-2012).

—*“[...] En efecto, de conformidad a lo expuesto en los considerandos 6°, 8° y 9° reproducidos, dicha circunstancia determinó que el hecho ilícito se tipificara como robo con intimidación, resultando por ello de tal modo inherente al delito, que sin su concurrencia habría configurado otra figura penal. No altera esta conclusión la circunstancia de que en el hecho se utilizaron dos armas, una pistola de fantasía y una escopeta hechiza cargada con un cartucho de alto calibre en condiciones de ser percutada, con la que el acusado apuntó al rostro de la víctima, puesto que la intimidación se realizó en un solo acto por éste y el individuo que arrancó, tendiente a forzar la entrega del dinero que portaba, tratándose de un delito complejo en que la intimidación está en*

relación de medio a fin con el apoderamiento de la cosa ajena. Aceptar lo contrario infringiría el artículo 63 del Código Punitivo y el principio non bis in idem, toda vez que se estaría sancionando dos veces por el mismo hecho de utilización de las armas". (SCA de San Miguel de 27 de enero de 2006, Rol: 664-2005).

—“2°) Que el artículo 63 del Código Penal, dispone: “No producen el efecto de aumentar la penas las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquéllas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.

3°) Que de la disposición legal transcrita precedentemente, se puede deducir que se está refiriendo a circunstancias agravantes de responsabilidad penal, que no pueden usarse si éstas están comprendidas en el tipo delictual, lo que no es aplicable a la causal invocada, toda vez que lo que se ha señalado es que se sancionó con dos penas, en circunstancias que sólo se debía haber castigado por el delito de resultado, esto es, por el homicidio simple frustrado”. (SCA de Punta Arenas de 8 de febrero de 2007, Rol: 02-2007).

—*Valoración de simple de una atenuante o una agravante.* El legislador distingue según la pena sea un solo grado o sean varios. Si es un solo grado y hay una atenuante, la ley señala que el juez no puede imponerla en su “máximo”. En caso de existir una agravante, no puede imponerse en su “mínimo” (artículo 67, inciso 3°).

Si la pena está compuesta de dos o más grados, la ley establece como regla general en caso de concurrir una atenuante la imposibilidad de aplicar el máximo de la pena. Si, por otro lado, concurre una agravante, se impide al juez imponer el grado mínimo de pena (artículo 68, inciso 2°).

¿Cuál es el “máximo” y cuál es el “mínimo” de pena?

Puede resultar complejo determinar el máximo o el mínimo de un grado de pena. Se hace sumando el total de pena que luego se divide en dos. La primera mitad es el mínimo y la segunda, desde la mitad más uno, es el máximo. A continuación, se presenta un esquema que refleja este proceder.

—Pena de presidio o reclusión menor en su grado mínimo (61 a 540 días)

Se suma el mínimo y el máximo: $540 + 61 = 601$ días

Esa cifra se divide por la mitad: 300.5 días. Se aproxima a 301 días

El **mínimo** de la pena irá entre **61 y 300 días**

El **máximo** estará entre **301 y 540 días**

—Pena de presidio o reclusión menor en su grado medio (541 días a 3 años)

Se suma el mínimo y el máximo: $(541 + [365 \times 3]) = (541 + 1095) = 1636$

Esa cifra se divide por la mitad: 818 días

El **mínimo** de la pena irá entre **541 y 818 días**

El **máximo** estará entre **819 días y 3 años**

—Pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años)

Se suma el mínimo y el máximo: $([365 \times 3 + 1] + [365 \times 5]) = (1096 + 1825) = 2921$ días

Esa cifra se divide por la mitad: 1460.5 días. Se aproxima a 1461 y se divide por 365 = 4 años

El **mínimo** de la pena irá entre **3 años y 1 día a 4 años**

El **máximo** estará entre **4 años y 1 día a 5 años**

—Pena de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años)

Se suma el mínimo y el máximo: $([365 \times 5] + 1) + (365 \times 10) = (1826 + 3650) = 5476$ días

Esa cifra se divide por la mitad: 2738 días, equivale a 7 años $(365 \times 7) + 183$ días = 7 años y 6 meses

El **mínimo** de la pena irá entre **5 años y 1 día a 7 años y 6 meses**

El **máximo** estará entre **7 años 6 meses y 1 día a 10 años**

—Pena de presidio o reclusión mayor en su grado medio (10 años y 1 día a 15 años)

Se suma el mínimo y el máximo: $([365 \times 10] + 1) + [365 \times 15]) = (3651 + 5475) = 9126$ días

Esa cifra se divide por la mitad: 4563 días, equivale a 12 años y 6 meses

El **mínimo** de la pena irá entre **10 años y 1 día a 12 años y 6 meses**

El **máximo** estará entre **12 años 6 meses y 1 día a 15 años**

—Pena de presidio o reclusión mayor en su grado máximo (15 años y 1 día a 20 años)

Se suma el mínimo y el máximo: $([365 \times 15] + 1) + [365 \times 20] = (5475 + 7300) = 12775$ días

Esa cifra se divide por la mitad: 6.387.5 día, equivale a 17 años y 6 meses

El **mínimum** de la pena irá entre **15 años y 1 día a 17 años y 6 meses**

El **máximum** estará entre los **17 años 6 meses y 1 día a los 20 años**

—“17° Que, a mayor abundamiento, la infracción denunciada carece también de relevancia puesto que no tiene influencia alguna en el quantum de la pena que en definitiva se aplicó.

En efecto, el delito de parricidio tiene asignada pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Atendido el grado de desarrollo del delito, ese tramo ha de rebajarse en un grado, quedando entonces en presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo simple.

Luego, de estimarse concurrente la atenuante que se alega por la defensa, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal, el tribunal no podía hacer aplicación de la pena en su grado máximo, lo que no se hizo en autos, dado que se impuso una condena de quince años de presidio mayor en su grado medio, razón por la cual, aún en el evento de haberse acogido la cuestionada atenuante, el tribunal oral podía imponer la misma sanción que efectivamente aplicó”. (SCS de 21 de octubre de 2009, Rol: 5213-2009).

—“Aclarado lo anterior, es preciso consignar que beneficia al encartado una minorante de responsabilidad penal, sin que le perjudique agravante alguna, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal, el tribunal deberá aplicar la pena en su **mínimum**, es decir, no puede ser inferior a 61 días, ni superar los 300 días de presidio menor en su grado mínimo”. (STOP de Castro de 18 de enero de 2012, Ruc: 1101059473-3).

—“*Cuarto*: Que, en todo caso, aún de beneficiar a los recurrentes la atenuante que reclaman, ello habría implicado respecto de Álvarez Yáñez, de acuerdo a lo que regula el inciso segundo del artículo 67 del Código Penal y estando castigado el delito con presidio mayor en su grado mínimo, que los jueces de la instancia se habrían visto obligados a imponer su pena en su **mínimum**, pues lo beneficiaría sólo una atenuante, sin que existan agravantes; y en el caso de Pavez Sandoval, beneficiándolo dos atenuantes en esta hipótesis, de acuerdo al inciso cuarto del aludido artículo 67, el tribunal tiene la facultad de bajar en

un grado la pena, de manera que en ambos casos siempre las penas pudieron ser aplicadas en cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo”. (SCA de Santiago de 16 de noviembre de 2012, Rol: 2863-2012).

—*Influencia mayor de atenuantes*. Las atenuantes tienen efectos más intensos que las agravantes, pues pueden llegar a rebajar una pena en tres grados, mientras que las agravantes sólo aumentan un grado (artículo 68, inciso 3°). En caso de que la pena sea un solo grado el efecto es menos intenso: dos o más atenuantes pueden rebajar uno o dos grados (artículo 67 inciso 4°) y dos o más agravantes mantienen el aumento en un grado (artículo 67, inciso 5°).

¿Cómo se baja o sube de grado?

Las rebajas y los aumentos se hacen dentro de las respectivas escalas de pena señaladas en el artículo 59. Se ha de recordar que la pena mínima común es la multa (artículos 60 y 61) y la máxima es la de presidio perpetuo, salvo que se trate de la escala N° 1, pues procede la pena de presidio perpetuo calificado (artículo 77).

—*Comunicabilidad*. Se establece que las circunstancias materiales, relativas a la ejecución del delito y sus medios de comisión, se comunican a todos los partícipes, siempre que tuvieran conocimiento de ellas. Las circunstancias personales, que se refieran a móviles o calidades personales, no se comunican (artículo 64).

—“*Décimo*: Que atendido lo razonado en los considerandos quinto y noveno, no es posible acoger la alegación de la defensa en torno a calificar el hecho como Homicidio Simple, ya que conforme lo analizado en el considerando sexto de esta sentencia se encuentra establecido que el sentenciado actuó con alevosía al matar a Raúl Antonio Acosta Zepeda. En efecto, conforme su propia confesión el acusado Guillermo Alberto Castillo Bacho presenció cuando su cónyuge disolvió las tabletas de diazepam y las incorporó al vino, sabiendo perfectamente que, en el momento que enterrara el cuchillo en el cuerpo de la víctima, no iba a encontrar resistencia por parte de éste último por cuanto estaba completamente sedado y dormido, tanto es así que estuvo media hora sentado a los pies de la cama de la víctima mientras se decidía a concretar su acción. Por tal motivo, no se trata en la especie de un problema de comunicabilidad o no de la circunstancia de alevosía respecto de Castillo Bacho, que

su defensa estima que concurre sólo respecto de la acusada Acosta Zepeda, sino que, por el contrario, dicha circunstancia concurre también respecto del acusado Guillermo Castillo por las razones ya expuestas". (STOP de La Serena de 19 de octubre de 2002, Ruc: 0100028399-8).

—“*Noveno*: Que no es posible acoger la solicitud de la defensa en cuanto a que se considere como atenuante ‘las relaciones personales entre el agresor y la víctima’, suponiendo el tribunal que ésto se refiere a las rencillas que habían tenido con anterioridad, fundándola en el artículo 64 del Código Penal, pues dicha norma atiende a otros aspectos totalmente diferentes, como son el efecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en los casos en los que concurre más de un individuo a la perpetración o encubrimiento de un ilícito y, según alguna doctrina, constituye el fundamento para aseverar que en nuestra legislación se acepta el error de tipo y que constituye una norma clave en la regulación de la comunicabilidad de los elementos subjetivos del delito en los casos de participación criminal”. (STOP de Talca de 26 de abril de 2006, Ruc: 0400397511-3).

—“En cuanto a la naturaleza de la calidad de funcionario público, por ser esta una circunstancia descrita en el tipo penal que sanciona el fraude al fisco, no sería en este caso aplicable lo dispuesto en el artículo 64 del código punitivo, ya que no constituye circunstancia atenuante ni agravante, siguiendo el planteamiento del profesor Garrido Montt, en este caso se aplicarían los principios relacionados con la fase subjetiva del tipo penal, o sea, que la imputación es única e igual para el conjunto de partícipes, por ende estas circunstancias se comunican a todos aquellos que actúan en conocimiento de ella y, en relación al autor se deberá tener presente especialmente del dolo con el que actuó”. (SJG de Santiago [7°] de 30 de octubre de 2008, Ruc: 0610008210-K).

—*Compensación racional*. El legislador también se pone en el caso de que concurren circunstancias atenuantes y agravantes simultáneamente. La ley faculta al juez para hacer una “compensación racional”, “graduando el valor de unas y otras” (artículo 67, inc. final). La compensación “racional” y no matemática permite comparar las circunstancias, ponderarlas y valorarlas según el caso concreto. El juez debe así, como reafirman ORTIZ y ARÉVALO, fundar la compensación en su sentencia. En este sentido y teniendo presente la mayor intensidad general de las atenuantes, pueden ponderarse la entidad de las circunstancias de diverso modo según su repercusión en la magnitud del injusto y del reproche que cabe al agente.

—“11) Que la ley entrega a la potestad del juzgador modificar la responsabilidad criminal del sentenciado en atención a las circunstancias atenuantes y/o agravantes que concurren, luego es también su facultad, proceder a la compensación racional de ellas. Estamos de acuerdo con los Defensores Penales Públicos que la compensación racional no se refiere a una compensación matemática, pero dicha apreciación o valoración de las circunstancias modificatorias queda a la potestad del sentenciador y no puede por lo mismo ser materia de una nulidad de derecho. En todo caso, aparece racional la compensación que hizo el sentenciador: la agravante de ser MILLÁN VELÁSQUEZ reincidente en delito de la misma especie (había cometido poco tiempo antes, un delito de robo por sorpresa) con la atenuante de imputabilidad atenuada (alteración mental leve o moderada). Además, el artículo 69 del Código Penal 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. En el caso, el Tribunal Oral, aplicó la pena, dentro del grado, en la parte baja, con lo que lo benefició indudablemente. 12) Que en todo caso se dirá, que según aparece de las pericias psiquiátricas y psicológicas a que fue sometido el sentenciado, su alteración no se ubica en el umbral o enfermos fronterizos, ni siquiera de semi locos, sino que la alteración que sufre es moderada, leve, de escasa intensidad. Al respecto, es importante destacar que si bien el imputado hizo uso de su derecho a guardar silencio, manifestó que el día de los delitos andaba volado con neoprén y que cuando anda así se le borra la mente y no se acuerda lo que hace. Esta afirmación se encuentra corroborada con los antecedentes reunidos en el juicio de los que aparece que el imputado consumía drogas (marihuana, pasta base, neopren). Y bien sabemos, que la privación de razón para liberar de responsabilidad a un hechor, debe deberse a causas ajenas a la voluntad, ya que de otro modo se estaría creando un estado de inimputabilidad. Por lo demás, el hechor está consciente de los efectos que le produce el neoprén”. (SCA de Concepción de 6 de enero de 2006, Rol: 803-2005).

—“Procéde, en consecuencia, compensar racionalmente una agravante y dos atenuantes, graduando el valor de una y otras. En otros términos, no se trata de una simple operación aritmética de sumar o restar; sino de ponderarlas ‘racionalmente’, esto es, con arreglo y en conformidad a la razón, para determinar el verdadero valor de las modificatorias concurrentes. En término generales se ha estimado que el sistema de aplicación de las penas contenido en los artículos 50 a 73 del Código Penal, lleva a conferirle mayor importancia a las circunstancias atenuantes que a las agravantes. Además, atendido el papel fundamental que tiene el juez en la determinación de la pena, procede valorar preponderadamente las circunstancias que conciernen directamente a

la persona del delincuente, antes que aquellas que se refieren a las condiciones objetivas en que se cometió el ilícito, cuyo es el caso de estos antecedentes, puesto que las minorantes acreditadas se vinculan derechamente con la persona del acusado Acuña Alarcón; en cambio la agravante que lo afecta se refiere a la objetividad de la comisión del ilícito, con la salvedad que éste ni siquiera estuvo presente en la ejecución del hecho típicamente delictivo.

Así las cosas, es indudable que en estos antecedentes no es posible simplemente 'compensar' una y otras circunstancias modificatorias, en el sentido de igualarlas o equipararlas, sino que lo adecuado es hacerlo 'racionalmente', o sea, ponderarlas en su real importancia y significación, lo que conduce a estos sentenciadores concluir que, en este caso específico, una 'compensación racional' de las dos atenuantes y de la agravante invocadas, importa necesariamente aplicar la pena inferior en un grado a la que inicialmente le asigna la ley al delito que nos ocupa". (STOP de Chillán de 11 de marzo de 2005, Ruc: 0400283444-3).

—*Undécimo*: Que respecto a los acusados SAMUEL EDUARDO NAHUEL-PÁN BRAVO, JUAN PABLO PAREDES ASTETE, en la aplicación de las penas para éstos dos delitos de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, constando la pena asignada al delito de un grado de una divisible, esto es, presidio mayor en su grado mínimo; favoreciéndoles a los imputados la circunstancia atenuante especial del inciso 1º del artículo 72 del Código Penal, que ordena imponer la pena inferior en grado al mínimo del señalado por la ley, y concurriendo a su respecto dos atenuantes y una agravante, que de conformidad al artículo 67 del mismo cuerpo legal. Que el Tribunal hace una compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras conforme lo establece la ley, concurriendo una sola atenuante, que obliga a aplicar la pena en su *mínimum*.

Duodécimo: Que respecto al acusado ROBINSON ERWIN AGUILERA SEPÚLVEDA, favoreciéndole la circunstancia atenuante especial del inciso 1º del artículo 72 del Código Penal; concurriendo a su respecto una atenuante y dos agravantes; y que de conformidad al artículo 67 del mismo cuerpo legal; realizada la compensación racional, entre la atenuante del artículo 11 N° 9 y la agravante del artículo 456 bis N° 3, concurriría una sola agravante, la del artículo 12 N° 16, la que nos obliga imperativamente a aplicar la pena en su *máximum*". (STOP de Angol de 11 de octubre de 2005, Ruc: 0400469664-1).

—*Atenuante muy calificada*. El legislador admite especial valor a las atenuantes muy calificadas, como alguna eximente incompleta cuando

concurra el mayor número de requisitos para eximir (artículo 11 N° 1 y artículo 73). En esos casos, una sola atenuante muy calificada faculta al juez para bajar un grado la pena mínima señalada al delito (artículo 68 bis).

—“Que este Tribunal entiende que quedando vigente una circunstancia atenuante a favor del acusado, tras efectuarse la compensación racional, puede darse aplicación al artículo 68 bis, ya que así lo indica en su primera parte, al señalar sin perjuicio de lo dispuesto en los 4 artículos anteriores, que se refieren a las reglas de determinación de penas, que se aplican preferentemente al artículo 68 bis, situación que además, ha sido reconocida por la Excelentísima Corte Suprema, al señalar: Octavo...y en este aspecto conviene señalar que la regla especial consagrada en el artículo 68 bis del Código Penal, bien puede conciliarse con los casos en que concurren varias atenuantes y agravantes, siempre que, compensadas las unas con las otras, reste una sola minorante, que es justamente la situación subjudice. En efecto, habiéndose compensado racionalmente por los Jueces de la instancia la mitigante de la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos con la agravante de reincidencia específica y, de este modo, sólo quedó subsistente la atenuante de la reparación celosa del mal producido, la que había sido estimada como muy calificada, de acuerdo con la prerrogativa que entrega a los sentenciadores el precepto en cuestión. Y lo enseña la doctrina (Mario Garrido Montt, ob. cit., página 324) Noveno: Que por otra parte, la frase inicial del reseñado artículo 68 bis sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores, o sea en los artículos 65, 66, 67 y 68, se desmiente la exclusión que alega el recurrente en la aplicación de la regla especial del artículo 68 bis respecto de las situaciones previstas en la normativa precitada, porque aun cuando presentan un ámbito diferente, su elección es facultativa para el Tribunal y entonces no es dable plantear una errónea adaptación del derecho en este campo (Corte Suprema, 3/01/2006, recurso de nulidad rol N° 5.741/2005). Por su parte, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, ha estimado:...la regla especial establecida en el artículo 68 bis del Código Penal, bien puede aplicarse en los casos en que concurren varias atenuantes y agravantes, siempre que, una vez compensadas las unas con las otras, quede una sola atenuante. En autos habiéndose compensado racionalmente la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal con la agravante del artículo 456 bis N° 3 del mismo cuerpo legal, que beneficiaba y afectaba a ambos encausados respectivamente, sólo quedó la atenuante del artículo 11 N° 7, la que se estimó como calificada. (Corte de Apelaciones de Rancagua, 1/10/2004, recurso de nulidad rol I.C. 112/2004). Aclarada la prerrogativa legal que nos ampara, este Tribunal entiende que los antecedentes expuestos por la defensa, sólo dan cuenta de una persona normal que no puede asimilarse a tener tal naturaleza que permita rebajar la pena, puesto

que para calificar la conducta se requiere que haya un aspecto extraordinario o de relevancia, que nos permita destacar al acusado por sobre el resto de la sociedad, entendiéndose que lo que él ha efectuado está dentro de lo esperable de cualquier persona en sociedad, por lo que estimamos que su irreprochable conducta no puede tenerse por muy calificada. A su vez, no es cierto que él haya hecho una vida normal, ya que el acusado tiene una denuncia previa por amenazas en contra de su mujer, en que le exhibió un arma, y que constan en las actas del Juzgado de Familia acompañadas como medio de prueba.

Vigésimo: Pena aplicable. Que, el artículo 390 del Código Penal, sanciona el delito de parricidio, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Que por su parte, el artículo 51 del mismo cuerpo legal, indica que cuando el delito está en grado de frustrado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley al crimen o simple delito, quedando la pena en definitiva en presidio mayor en su grado medio. Que concurriendo una circunstancia atenuante y ninguna agravante, el artículo 67 inciso segundo señala que el Tribunal aplicará el *mínimum* del grado, regulándose la pena en su rango inferior, en atención a lo indicado por el artículo 69 del Código Penal. De esta manera, consideramos para la determinación de la pena, los antecedentes documentales del Ministerio Público consistentes en el informe psicológico de la víctima y la ampliación del informe médico legal, que señala que a consecuencias de este hecho queda como secuela la pérdida del bazo, dando respuesta deficiente ante determinadas infecciones, así como la gravedad de la pena asignada al delito, en los términos del artículo 69 del Código Penal". (STOP de Puente Alto de 1 de diciembre de 2007, Ruc: 0700111619-8).

—*Octavo:* Que descartadas las objeciones formuladas a la aceptación de las dos mitigantes impugnadas, es menester ocuparse de la calificación realizada respecto de la reparación celosa del daño inferido y en este aspecto conviene señalar que la regla especial consagrada en el artículo 68 bis del Código Penal, bien puede conciliarse con los casos en que concurren varias atenuantes y agravantes, siempre que, una vez compensadas racionalmente las unas con las otras, reste una sola minorante, que es justamente la situación sub iudice.

En efecto, habiéndose compensado racionalmente por los jueces de la instancia la mitigante de la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos con la agravante de la reincidencia específica propia y, de este modo, sólo quedó subsistente la atenuante de la reparación celosa del mal producido, la que había sido estimada como muy calificada, de acuerdo con la prerrogativa

que entrega a los sentenciados el precepto en cuestión. Y lo enseña la doctrina (Mario Garrido Montt, ob. cit., página 324).

Noveno: Que por otra parte la frase inicial del reseñado artículo 68 bis 'sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores', o sea, los artículos 65, 66, 67 y 68, desmiente la exclusión que alega el recurrente en la aplicación de la regla especial del artículo 68 bis respecto de las situaciones previstas en la normativa precitada, porque aun cuando presentan un ámbito diferente, su elección es facultativa para el tribunal y entonces no es dable plantear una errónea adaptación del derecho en este campo, por lo que tampoco es susceptible de acogerse la interpretación del compareciente". (SCS de 3 de enero de 2006, Rol: 5741-2005).

—“Que el acusado JOSE RIGOBERTO CÁRDENAS ARO es autor de un delito de desacato, en grado de consumado, sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, concurriendo a su respecto sólo una circunstancia minorante de responsabilidad penal, muy calificada, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 bis del Código Penal, el tribunal impondrá la pena inferior en un grado al mínimo señalado por la ley, quedando ésta en reclusión menor en su grado mínimo". (STOP de Castro de 05 de junio de 2012, Ruc: 1200024591-5).

“2. La favorece la atenuante privilegiada o eximente incompleta del artículo 11 N° 1 en relación con los artículos 10 N° 1 y 73, todos del Código Penal, por ende, se rebajará la pena en un grado quedando en presidio mayor en su grado mínimo de cinco años y un día a diez años;

3. Lo benefician dos aminorantes de responsabilidad, a saber, la irreprochable conducta anterior (artículo 11 N° 6 del Código Penal) y, la cooperación sustancial al esclarecimiento de los hechos (artículo 11 N° 9 del Código Penal). En consecuencia, al concurrir dos atenuantes y ninguna agravante el tribunal nuevamente puede rebajar la pena lo que hará en otro grado, quedando esta vez en presidio menor en su grado máximo, es decir, de tres años y un día a cinco años, misma que puede recorrer en toda su extensión, todo ello al tenor del artículo 68 del Código de Castigo". (STOP de Punta Arenas de 25 de mayo de 2012, Ruc: 0900620371-7).

—*Decimoquinto:* Que según lo señalado en el motivo decimotercero, la minorante de colaboración sustancial será acogida en grado de muy calificada acorde a los términos del artículo 68 bis del Código Penal, considerando que, por aplicación de las máximas de experiencia, la colaboración que aportó en

este caso el encausado excede los parámetros normales que son ponderables en juicio y, por ende, la ayuda que prestó para el esclarecimiento de los hechos amerita otorgarle un tratamiento privilegiado.

Sobre esta cuestión no huelga añadir que si bien la mayoría de la doctrina nacional ve un impedimento en el propio texto del citado artículo 68 bis para la aplicación de esta regla de privilegio, en atención a que el legislador ha discurrido sobre la base de la concurrencia de 'una' atenuante muy calificada, no es menos cierto que este obstáculo que surge del tenor literal del precepto puede ser soslayado interpretándolo en armonía con las normas que regulan el régimen de las atenuantes comunes. No obstante, este último propósito no puede cumplirse de buenas a primeras mediante el simple razonamiento consistente en que, ante la concurrencia de dos atenuantes y una agravante, se compense una de las primeras con la segunda y, como en esta operación resta una sola minorante, considerar ésta, según el caso, como muy calificada y lograr así el efecto legal de rebaja de la pena en un grado. Y la verdad es que no puede cumplirse desde un punto de vista legal, porque esta posición sirve para solucionar este preciso caso propuesto (dos atenuantes y una sola agravante), pero no soluciona un hipotético escenario donde sean más las circunstancias modificatorias ni donde sean menos. En efecto, veamos: ¿qué sucede procesalmente si en un caso hipotético concurre una sola atenuante y una sola agravante, y resulta que dada la entidad de la minorante presente ésta necesariamente impone el criterio de estimarse en carácter de muy calificada?, ¿qué se hace en ese escenario? ¿o es que por sólo haber dos circunstancias modificatorias no se puede aplicar el artículo 68 bis, empero sí cuando concurren tres? ¿o debe dársele un doble o triple valor a la atenuante por sobre la agravante para así poder calificar la primera?

En lógica, para que un planteamiento pueda transformarse en teoría y no quedarse en mera hipótesis, requiere sortear las críticas esencialmente prácticas que puedan hacerse, cosa que, como se vio, no sucede en el caso que se viene revisando. De este modo, la posición señalada se transforma en utilitaria sólo para este caso concreto, mas no responde a una exigencia técnica jurídica de rigor, lo que evidentemente impide ponerla en práctica.

Sin embargo, resulta posible, aún ante la presencia plural de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, aplicar la reseñada regla del artículo 68 bis, en la medida que se estime que este precepto puede aplicarse con preeminencia a la normativa de las minorantes comunes, lo que en la práctica significa que la frase 'sin perjuicio' con que parte la regla en referencia debe ser entendida como mandato de una aplicación primaria, es decir,

de aplicación preferente. Así las cosas, lo primero que habría de revisarse sería la concurrencia o no de una atenuante muy calificada, aun existiendo otras minorantes y agravantes, y de entenderse que sí la hay imponer de inmediato la pena inferior en un grado al mínimo, y sólo recién después de efectuada esta operación realizar el juego asociativo de las atenuantes comunes y agravantes, esto es, conformar el correspondiente análisis a las reglas de los artículos 65 a 68 del Código Penal". (STOP de Concepción, 16 de octubre de 2009, Ruc: 0900454203-4).

¿Qué queda pendiente después de la aplicación de estas reglas, hasta la del art. 68 bis?

El juez recién establece un grado de pena que llega a un marco penal. Por ejemplo, en caso de un homicidio simple, elegir el presidio mayor en su grado mínimo, que equivale a seleccionar un margen de pena que va desde los 5 años y 1 día a 10 años. El juez tiene todavía una opción entre casi 5 años.

¿Qué define una decisión entre 6, 7, 8, 9 y 10 años e incluso 5 años y 1 día como mínimo?

Es relevante la decisión del *quantum* exacto por el amplio margen de elección, que importa más o menos tiempo de privación de libertad, con una diferencia de hasta 5 años. La respuesta aparece en el artículo 69, que interviene precisamente una vez seleccionado el grado de pena y señala dos factores o criterios para llegar a la exacta pena: las circunstancias atenuantes y agravantes y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

¿Qué ocurre con las reglas de los concursos de delito y de reiteración?

Como se sabe, los concursos suponen la realización de varios delitos, ya sean varias conductas que configuren cada una un delito (real) o exista un solo comportamiento que suponga varios delitos (ideal). Existen reglas especiales para concurso de delitos que modifican la determinación legal del ilícito. Las reglas de los concursos se excluyen cuando el legislador trata las conductas de otra manera, como en los delitos complejos donde un mismo tipo penal describe en forma conjunta dos o más delitos que sanciona con una misma pena (por ejemplo: robo calificado, artículo 433). Más que las

alteraciones legales, interesa destacar otras reglas generales que alteran la base legal, específicamente en caso de reiteración de delitos, que se aplican cuando se realizan varios delitos de la “misma especie”.

Antes de ver la individualización, se examinan estas otras reglas que se aplican en determinadas circunstancias y que por tal razón se denominan aquí reglas especiales, junto con las que se señalan específicamente para los ilícitos objeto de juicio.

3.1.2. Reglas especiales de determinación de pena

Dentro de las reglas especiales destacan en primer lugar la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes, e incluso eximentes, que el legislador contempla para el ilícito penal en particular (en la parte especial); así, violación de domicilio (artículo 145), robo y hurto (artículo 450 y 450 bis), devolución del detenido en el secuestro y la sustracción de menores (artículo 142 bis). También se consideran reglas especiales las pautas generales que alteran la pena particular en caso de concurso de delitos y de reiteración.

¿Qué reglas se establecen en caso de concurso de delitos?

Como se destacó, se distingue el concurso real del concurso ideal. En el primer caso, la suma de conductas que configuran varios delitos lleva a la aplicación de una regla de acumulación material de penas, según el artículo 74. Esta norma dispone que han de imponerse “todas las penas correspondientes”, siempre que fuera posible (si, por ejemplo, son de distinta naturaleza). Si no fuera posible cumplirlas simultáneamente, se cumplirán en forma sucesiva.

Si una conducta constituye varios delitos o se trata de distintas conductas que configuran delitos relacionados medialmente, pues uno es el medio para la comisión del otro, la regla cambia y se aplica un principio de absorción: procede imponer la “pena mayor asignada al delito más grave” (artículo 75). En general se entiende que esta regla pretende beneficiar al condenado por el menor disvalor que supone la realización de una sola conducta o por la relación entre las conductas ejecutadas.

¿Cuándo procede la aplicación de las reglas de concurso de delitos?

Los términos de la ley no son iguales en ambos casos: en el concurso ideal habla de “penas correspondientes” y en el ideal y el real medial alude a la pena “asignada” al delito más grave. La pena correspondiente supone una concreción de la sanción, es decir, la aplicación de los criterios generales mencionados arriba y luego la acumulación de las penas concretas. Sin embargo, en el concurso ideal (y real medial) el hablar de “pena asignada” remite a la pena legal, a la determinación legal antes de la aplicación de los criterios generales citados. En este caso podría ocurrir que la pena mayor del delito más grave en abstracto sea mayor que la suma o acumulación material de penas concretas o ya determinadas judicialmente. Si ello ocurriera no se estaría cumpliendo el fin más benigno del artículo 75. En estos casos, la jurisprudencia ha preferido la aplicación del artículo 74.

—“Sexto: Que la situación producida en autos es una pluralidad de conductas y que corresponden a una pluralidad de delitos, pero que por la normativa establecida para la determinación de la penalidad en el Código Penal, en los casos de concurso real y concurso ideal, no obstante que se trata de dos delitos claramente tipificados, para efectos de su penalidad se consideraron en concurso ideal impropio, esto es, el delito el de robo con violencia fue el medio necesario para cometer el delito de tráfico de sustancias químicas, y en consecuencia fue sancionado conforme a la penalidad que establece el inciso segundo del artículo 75 del Código Penal, imponiéndose al sentenciado la pena mayor asignada al delito más grave, que corresponde a la del robo con violencia, aplicándose al acusado Lucas la pena única de quince años y un día de presidio mayor su grado máximo. Lo expresado precedentemente, permite desestimar y descartar la alegación del recurrente en orden a que en el presente caso se estaría en presencia de un concurso aparente de leyes. Séptimo: Que no obstante lo anterior, en la medida que la recurrente cuestiona una errónea e indebida aplicación de las normas de derecho relativas a la sanción impuesta, esta Corte, para resolver, habrá de considerar la finalidad perseguida por el artículo 75 del Código Penal, que conforme lo reconoce la doctrina nacional, es imponer sanciones menos rigurosas al delincuente, y no más graves (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo II), puesto que es menor la responsabilidad de quien al ejecutar un solo hecho comete dos o más delitos, que la de aquél que los perpetra mediante la comisión de hechos diversos, de ahí que la ley le impone una sola pena por todos los delitos. Sin embargo, de lo consignado en el motivo anterior, se infiere que al seguirse dicha vía, resulta para el sentenciado una pena mayor que

aquellas que sería posible aplicarle para el caso que se impusieran separadamente, razón por la que teniendo en cuenta el fin perseguido por la ley en el artículo 75 del Código Penal, se debe concluir que en este caso ello no aconteció, puesto que se le está aplicando una pena superior a aquellas. Al respecto cabe considerar, además, que el Ministerio Público solicitó se le sancionara separadamente por cada uno de los delitos. También se debe tener presente que el propio legislador lo aconseja, puesto que el artículo 351 del Código Procesal Penal, a propósito de la reiteración de delitos de una misma especie, da normas especiales para aplicar al responsable una sola pena, pero permite volver a la norma común que señala el artículo 74 del Código Penal, cuando resulta más favorable al reo. *Octavo*: Que atendida la naturaleza de los ilícitos cometidos, robo con violencia y tráfico de precursores o sustancias químicas esenciales, esta Corte estima que ellos debieron ser sancionados conforme a la penalidad que establece el artículo 74 del Código Penal, de conformidad al análisis que a continuación se expresará, a partir de los hechos y circunstancias establecidos por el Tribunal recurrido, los cuales no han sido cuestionados en el recurso. Así, respecto del primer delito, robo con violencia, debió imponerse al acusado la pena de presidio mayor en su grado mínimo, al favorecerle la atenuante de su irreprochable conducta anterior y perjudicarle la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, la pluralidad de malhechores, circunstancias que se compensan. En lo que atañe al delito de tráfico ilícito de sustancias químicas esenciales, por favorecerle la atenuante de conducta pretérita sin perjudicarle agravantes, correspondía aplicar la pena de presidio menor en su grado máximo. *NOVENO*: Que lo razonado precedentemente, deja en evidencia que hubo en la sentencia recurrida una errónea aplicación del derecho a los hechos acreditados en el juicio, y esta infracción influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al imponerse en definitiva al condenado una pena única que excede de las que en conjunto le habría correspondido, de haberse aplicado debidamente el derecho, situación que es menester corregir a través del presente medio de impugnación". (SCA de Iquique de 26 de octubre de 2007, Rol: 104-2007).

—“*Decimotercero*: Que, como puede apreciarse, tampoco nos encontramos frente a un concurso ideal de delitos, toda vez que la conducta típica en que han incurrido los encartados se encuentra descrita con mayor precisión y adecuación en la normativa contenida en el artículo 492 del Código Penal, en relación al artículo 490 del mismo Código, que precisamente castiga la conducta en que han incurrido los procesados, consistente en que, por infracción a normas reglamentarias, y por mera imprudencia o negligencia incurrieron en acciones y omisiones que en definitiva causaron la muerte de

Enrique Encina Fajardo, Jorge Basualto Bravo y Fernando Burboa Reyes; a este respecto cabe agregar que el principio de la tipicidad es una garantía constitucional.

Decimocuarto: Que, todo lo expuesto anteriormente nos lleva necesariamente a concluir que lo que ocurre en la especie es más bien un concurso aparente de leyes penales, y que se presenta entre el cuasidelito de homicidio y el delito de incumplimiento de deberes militares según se ha indicado, el que se produce porque un hecho parece o simula satisfacer las características típicas de dos o más tipos penales, pero lo que en realidad ocurre es que debe ser regulado sólo por una de esas descripciones típicas, toda vez que un mismo hecho tiene diversas valoraciones normativas que imponen la búsqueda de una única regulación típica.

Decimoquinto: Que cabe tener presente que para resolver este concurso aparente es indiferente considerar la distinta penalidad que una u otra de las disposiciones concurrentes señalen. Como indica un autor, ‘para dar un tratamiento especial a cierta situación, la ley puede haber tenido un criterio de benignidad o de severidad. Ello es indiferente...’. (Etcheberry, Ob. Cit. Pág. 90). El determinar la disposición aplicable ‘no conduce necesariamente a la aplicación de una pena más benigna ni de una más grave, sino al encuentro del precepto que el legislador estimó el más apropiado al caso de que se trata’. (Novoa, ob. cit., pág. 289).

Decimosexto: Que sin perjuicio de lo que se ha dicho respecto del principio de tipicidad en el considerando decimotercero, el criterio más aceptado y utilizado por la jurisprudencia resulta ser el de la consunción o absorción, en el que en principio no hay relaciones lógico-formales, sino que ‘valoraciones de bienes jurídicos protegidos que se encuentran comprendidos en las normas legales aplicables.’ De tal manera que conforme a este principio debe aplicarse al hecho solamente el tipo valorativamente más comprensivo y eliminarse toda inculpación por las conductas subordinadas. Ello permite además, respetar la regla non bis in idem, que no permite que unos mismos hechos sean penados doblemente.

Decimoséptimo: Que atendido lo anterior, y considerando que en este caso conforme a su desvalor presenta mayor lesividad el cuasidelito de homicidio, puesto que atenta contra un valor superior tal cual es la vida, frente al delito de incumplimiento de deberes militares, el cual resguarda el deber y el honor militares, se aplicará el principio de consunción o absorción, y por ello los condenados serán castigados como autores del cuasidelito de homicidio a que se ha hecho referencia precedentemente.

[...]

Trigésimo primero: Que, por otro lado, la impugnación común de los recursos se refiere en primer lugar a la forma de castigar el cuasidelito de resultado múltiple, toda vez que como acertadamente estableció el Tribunal de segundo grado, la conducta imprudente de los imputados Ibáñez y Toro, en ningún caso constituyó una pluralidad de hechos que corresponda a su vez a tres cuasidelitos, sino que por el contrario, es uno solo el hecho punible que da lugar a un cuasidelito en que el resultado afectó a tres personas. En tal virtud, no se está en presencia de un concurso material o real de delitos, en el que se exige una pluralidad de hechos, situación que aquí no acontece, por lo que corresponde sancionarlos conforme al sistema del artículo 75, imponiendo la pena mayor asignada al delito más grave, partiendo del tramo base del 490 N° 2, esto es, reclusión menor en su grado mínimo dada la concurrencia de la atenuante consistente en sus irreprochables conductas anteriores, para luego situarse en su tramo mayor, reclusión menor en su grado medio, y allí determinarla en 818 días de duración, cumpliendo los marcos legales para el caso, no apreciándose error de derecho alguno en ello". (SCS de 23 de junio de 2009, Rol: 6113-2008).

—*Decimo Primero:* Que, los hechos así descritos en la letra a) del considerando anterior son constitutivos de cuasidelito de homicidio en la persona de Mauricio Alejandro Garrido Llanos previsto y sancionado en el artículo 490 N° 1 del Código Penal, pues habiendo el hechor ejecutado un acto típico constitutivo de un crimen, su comisión es atribuible a la manipulación, con imprudencia temeraria, de un arma de fuego, más sin la voluntad de inferir el mal causado.

Los hechos descritos en la letra b) por su parte tipifican el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, descrito y sancionado en los artículos 5° y 9° de la Ley N° 17.798.

Que, por su parte los hechos consignados en la letra c) configuran el ilícito de tenencia ilegal de municiones, descrito y sancionado en el artículo 4° y 9° de la Ley N° 17.798.

Que, dichos ilícitos se encuentran en grado de consumados, fueron perpetrados por el acusado Luis Ramón Díaz Conejeros en calidad de autor de conformidad con lo prevenido por el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

[...]

Vigésimo Quinto: Que, por serle más favorable al condenado las penas se aplicarán de acuerdo al artículo 74 del Código Penal.

Vigésimo Sexto: Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 490 N°1 del Código Penal el homicidio culposo se sanciona con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medio. Que, concurriendo respecto del acusado una atenuante, y ninguna agravante el tribunal debe imponerle el grado inferior de la pena señalado por la ley para el delito más ateniendo las circunstancias de comisión, el medio empleado y las consecuencias de su acción, estima del caso aplicar el grado así determinado en su parte más alta.

Que, en relación al artículo de tenencia ilegal de arma previsto y sancionado en los artículos, descrito y sancionado en los artículos 5° y 9° de la Ley N° 17.798, para el cual se establece de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo como concurre la atenuante de la irreprochable conducta anterior y no concurre ninguna agravante, se le aplicará en su mínimo.

Finalmente, el delito de tenencia ilegal de municiones de que también es responsable Díaz Conejeros se encuentra sancionado en el artículo 9° de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo. Al favorecerle una circunstancia atenuante y no perjudicarle ninguna circunstancia agravante, el Tribunal impondrá aquella pena en su grado inferior, de acuerdo a lo establecido en el artículo 68 del Código Penal". (STOP de Temuco de 24 de agosto de 2010, Ruc: 0900635949-0).

¿Qué ocurre con la reiteración de delitos?

La llamada "reiteración de delitos" es una forma de concurso especial que se da por la realización de varios delitos de la "misma especie", que se consideran tales en cuanto afectan un mismo bien jurídico según lo dispone el mismo legislador (artículo 351 CPP). El legislador establece una regla de acumulación jurídica y no material, pues no suma penas sino que establece una regla de agravación especial. Considera los delitos como uno solo, pero dispone un aumento de pena que puede ser de uno o dos grados.

Artículo 351 CPP. "Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.

Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos.

Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor.

Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico”.

—“A lo ya razonado, es posible aun agregar que también es cierto que al momento de regularse las penas tanto al mencionado Cisternas, como a los hermanos Elgueta se omitió toda mención del proceso racional desarrollado por los jueces para arribar a la sanción que en definitiva se aplicó, desde que no existe ningún razonamiento que explicita los cálculos practicados por los jueces en relación a la pena base, al número de grados en que se alzaría aquella producto de la reiteración de delitos, como tampoco a la incidencia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

Las exigencias impuestas por el legislador a los sentenciadores en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, suponen la obligación de explicar los motivos por los que, de acuerdo con la ley o la doctrina imperante, se han determinado las penas específicas que se impondrán en lo resolutivo, con el objeto de cumplir con el imperativo legal de fundamentar las resoluciones judiciales, otorgando autoridad a las decisiones del órgano jurisdiccional, dando así aplicación a la garantía constitucional de un racional, justo y debido proceso”. (SCS de 30 de abril de 2013, Rol: 12553-2011).

—“*Decimonoveno:* Que siendo la pena asignada al delito de amenazas de un grado y divisible, es decir, presidio menor en su grado mínimo –sesenta y uno a quinientos cuarenta y un días–, no concurriendo circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que analizar, conforme lo prescribe el artículo 67 del Código Penal, los sentenciadores pueden recorrer todo el grado, en la especie, los jueces impondrán el mínimo de la pena.

Se ha estimado del caso aplicar la regla establecida en el artículo 74 del Código Penal, por estimar que es más favorable para el enjuiciado Jara Pereira, pues el hacer uso del artículo 351 del Código Procesal Penal, el quantum final de

la pena se eleva en demasía. Así las cosas, se impondrá una pena por cada delito del que fue responsable el inculcado”. (STOP de Concepción de 15 de septiembre de 2010, Ruc: 1010006050-2).

—“A) que el acusado es responsable, en calidad de autor, de veintidós delitos de robo con intimidación, tres delitos de robo con violencia y un delito de receptación todos consumados, y penados cada uno de los veinticuatro primeros con presidio mayor en su grado mínimo a máximo y el de receptación con presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales,

B) que al acusado le aumenta su responsabilidad penal dos agravantes en relación a todos y cada uno de los delitos de robo con intimidación y violencia, una agravante en relación al delito de receptación y no le favorece ninguna atenuante, por lo que se encuentra en la hipótesis del inciso cuarto del artículo 68 del Código Penal,

C) la conducta del acusado, que se manifiesta en la multiplicidad de ilícitos perpetrados, los que acreditan su claro menosprecio por la persona, la integridad física y peculio de sus víctimas, todas mujeres en los delitos de robo con intimidación y violencia, con escasa posibilidad de reacción y protección, llegando incluso a amedrentar, amenazar e intimidar a sus hijos menores,

D) que el acusado en su veinticuatro delitos de robo con intimidación y violencia utilizó como medio de perpetración un arma blanca, con la que amenazó, intimidó e hirió respectivamente a sus víctimas,

E) la extensión del mal causado, que ha significado que todas las víctimas de delito de robo con intimidación y violencia, sin excepción, ha cambiado por temor y miedo sus conductas de vida,

F) a la luz del artículo 351 del Código Procesal Penal, considerando que todos los delitos de robo con intimidación, violencia, y receptación, afectan al mismo bien jurídico, cual es la propiedad, y por ser ésta interpretación la más favorable al condenado, se consideraran como uno solo, y

G) en mérito de lo anteriormente expuesto, por ser más proporcional a la gravedad y multiplicidad de ilícitos, conforme al inciso primero del artículo 351 precitado, el Tribunal aumentará en dos grados la pena desde el máximo que considera la ley para los delitos más graves, cuales son los delitos de robo con intimidación y violencia”. (STOP de Temuco de 9 de septiembre de 2006, Ruc: 0400460011-3).

3.2. Individualización judicial

La individualización de la pena es la última fase de la determinación judicial, pues llega a la selección de la pena exacta.

¿Cómo se selecciona la pena exacta?

Una vez elegido el grado de pena, el artículo 69 señala dos criterios que debe considerar el juez para decidir la extensión exacta dentro del grado de pena. La disposición habla de la consideración de la mayor o menor extensión del mal producido por el delito y agrega nuevamente las circunstancias atenuantes y agravantes.

¿Contempla una doble consideración que violaría el *non bis in idem*?

La duda mayor se genera respecto de las circunstancias atenuantes y agravantes, pues en general en la consideración del mal causado se toman en cuenta efectos accesorios al injusto como el perjuicio para los herederos. Respecto de las circunstancias modificatorias, es una buena instancia para considerarlas en caso de homicidios calificados si concurren varias calificantes. Sin embargo, en la mayoría de los casos surge la duda de la posible infracción del *non bis in idem*. La infracción se da cuando se considera un mismo hecho o elemento para lo mismo, el mismo efecto de agravar la pena. Cabe decir que el artículo 69 tiene otro efecto, procede después de seleccionar el grado, dentro de él, para decidir el *quantum* de pena. Además del fin, se suele advertir o aludir un fundamento distinto o una consideración diversa. VAN WEEZEL rescata la apreciación especial de fines preventivos, aunque los tribunales no lo señalen expresamente. ORTIZ y ARÉVALO, por ejemplo, hablan de una consideración global: Ya no primaría el merecimiento sino criterios de necesidad especial, prevención. No se trataría entonces solamente de un *petitum* diverso sino también una causa de pedir distinta, que —como lo anhela VAN WEEZEL— podría ser una oportunidad para concretar el fundamento y sentido de pena (merecimiento y necesidad, o las llamadas tesis preventivas generales positivas, que admiten la culpabilidad orientada a la prevención). Ello revertiría también la “aridez motivacional” de la que habla DURÁN, donde tengan “vigencia efectiva todos y cada uno de los presupuestos y principios —formales y materiales— que inspiran el *Porqué* y el *Para qué* de la reacción punitiva”,

ampliando consideraciones fuera del delito y la pena, con principios limitadores (similar a MIR PUIG).

—“ Que en el caso que nos ocupa, el daño provocado por las acciones del agente corresponden a los que ampliamente se han referido con precedencia, y que en criterio de estos juzgadores deben ajustarse al quantum de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, según se expresará en lo resolutive de esta sentencia.

Que la penalidad que se viene asignando en el caso concreto, por su magnitud, tal como lo viene afirmando hace largo rato el Tribunal Supremo Español[48], dota de contenido al concepto de libertad, entendida ésta como una opción valorativa de realización preferente; que equilibra la gravedad de la infracción, con la gravedad de la pena, que se corresponde con la entidad del daño o puesta en peligro de los bienes jurídicamente involucrados en la especie, que considera los efectos de la sanción sobre el condenado, que tiende a cumplir los fines que persigue la pena, humanizando el derecho y respetando el principio de proporcionalidad. Que si bien es cierto, los principios constituyen mandatos de actuación para la realización del contenido de un determinado valor, que está dirigido fundamentalmente al legislador, —como autor normativo— no es menos efectivo, que éste no es su destinatario exclusivo, ya que en virtud del principio de inexcusabilidad contenido en el artículo 76 de la carta fundamental, también los jueces en cuanto intérpretes y aplicadores de la Ley, son responsables de la realización del derecho concreto a través del enjuiciamiento de los casos que le son presentados, y por tanto encargados de la consolidación del cuadro de valores superiores que definen nuestro ordenamiento jurídico, bien que esta vinculación sea derivada y opere a través del sometimiento al imperio de la Ley, no de una manera automática y mecanicista, sino desde el respeto y efectividad de tales valores, más aun considerando que los principios de proporcionalidad y culpabilidad, uno de naturaleza objetivo y el otro subjetivo, constituyen los referentes a tener en cuenta para individualizar judicial, racional y humanamente la pena, en el sentido que esta debe ser la justa compensación al grado de culpabilidad del sujeto y a la gravedad intrínseca del delito, único modo idóneo de recoger los valores de libertad y justicia a los que se refieren los artículos 1º y 19 Nº7 y 3 de la Constitución Política de la República, el artículo 5º Nº3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y particularmente el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pilares normativos sobre los que descansa y comienza a erigirse el principio de proporcionalidad, y que permite en caso de duda, estar por la vigencia del favor libertatis, y el valor justicia, en cuanto que, en sí mismo, integra la prohibición de excesividad

y conecta con la idea de moderación, medida justa y equilibrio a que deben propender los juzgadores". (STOP de Puerto Montt de 22 de diciembre de 2012, Ruc: 1001107375-7).

–“1°. Que el hecho establecido en la sentencia en alzada constituye un solo cuasidelito de lesiones, previsto y sancionado en los artículos 492 y 490 N° 2 del Código Penal, situación penal que la doctrina conoce como ‘cuasidelito con resultado múltiple’, toda vez que en la especie se incurrió por el conductor responsable en una sola conducta imprudente y antirreglamentaria, que provocó resultados dañosos en la persona de tres de sus pasajeros, y en consecuencia, habiéndose incurrido en una conducta única culposa, no resulta procedente estimarlo responsable de tres hechos ilícitos, sin perjuicio de considerar la real extensión del daño provocado para efectos de determinar la pena que ha de imponérsele, conforme dispone el artículo 69 del Código Penal”. (SCA de Santiago de 21 de abril de 2009, Rol: 419-2009).

–“En cuanto a la extensión del daño causado por el delito, cuya consideración dispone el artículo 69 del Código Penal, el Tribunal tendrá presente la entidad de la lesión o peligro corrido por el bien jurídico, y los otros efectos perjudiciales que se deriven directamente del delito. A ese fin, debe ponderarse que la conducta desplegada por el acusado, lesionó el bien jurídico protegido por la figura penal que se ha tenido por concurrente –desacato–, esto es, la correcta administración de justicia y el efectivo imperio de las resoluciones judiciales, toda vez que con la realización de la conducta típica del encartado se frustró definitivamente el objeto de la resolución, que en este caso, recaía en la prohibición de acercarse a la conviviente o a su domicilio, que sin duda perseguía proteger la vida y la integridad física y psicológica de aquella frente a cualquier conducta disruptiva del encartado, como había ocurrido en ocasiones anteriores, según fluye del tenor de la parte resolutive de la sentencia dictada el 12 de agosto de 2011, en causa RIT N° 112-2012, por el Juzgado de Garantía de Castro; no obstante, de acuerdo a lo referido de manera conteste por los funcionarios policiales Christian Cárcamo González y Jonathan Contreras Bashman, como testigos de oídas de los dichos de Pascuala Guenchumán, en el presente caso, el encartado no ejecutó conducta alguna tendiente a lesionar otros bienes jurídicos relevantes, como la vida, la integridad física y psíquica de su conviviente o de su hija, o la propiedad, ya que no lesionó a su conviviente o a su hija, tampoco la amenazó ni causó daños a su propiedad; pudiendo estimarse, en consecuencia, que la extensión del mal causado por dicho delito ha sido mínima, razón por la que los juzgadores estimaron del caso fijar la sanción punitiva en su mínimum, según se indicará en lo resolutive del fallo, penalidad que resulta

justa y proporcional al disvalor de la conducta desplegada por el encartado en el caso concreto, y que además satisface los fines retributivos de la pena, así como los de prevención general y especial”. (STOP de Castro de 05 de junio de 2012, Ruc: 1200024591-5).

–“10°) Que, en relación con la causal subsidiaria, esto es, la infracción a los establecido en el artículo 69 del Código penal, resulta necesario señalar que en los distintos considerandos de la sentencia se aprecian cada uno de los criterios en cuanto a circunstancias agravantes y atenuantes de la comisión de los distintos hechos punibles atribuidos al imputado y la extensión del mal producido por ellos, por lo que no se divisa infracción en cuanto a esta norma. No puede dejar de advertirse que la consideración de atenuantes y agravantes y de la mayor o menor extensión del mal causado producido por el delito no es una cuestión sujeta a reglas o a factores previos. Es algo que el tribunal debe decidir con entera ligazón al caso y por lo mismo, cabe dentro de la esfera propia de los jueces de fondo que esta Corte no puede modificar o alterar. Empero, en el considerando Décimo Octavo para singularizar las penas a imponer al acusado se explicita que es autor de parricidio frustrado y del delito de amenazas dejando expresa constancia de la gran magnitud del mal causado en relación a Elizabeth Puas Avalos, lo que acá no se a reproducir, como también en relación a las víctimas de homicidio frustrado. Ningún criterio de proporcionalidad en desmedro del sentenciado, podrá, con todo, atribuírsele seriamente al fallo”. (SCA de Santiago de 24 de octubre de 2012, Rol: 2480-2012).

–“Decimotercero: Que, la pena asignada por ley al delito de homicidio simple es la de presidio mayor en su grado mínimo a medio, esto es, constituida por dos grados de una divisible. Teniendo presente que el enjuiciado participó como autor material del delito en grado de consumado, y no concurriendo circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, el Tribunal, estando facultado para ello podrá recorrer la pena en toda su extensión.

Dentro del marco penal, con la finalidad de determinar la pena en concreto a aplicar al enjuiciado, se debe observar lo dispuesto en el artículo 69 del Código Punitivo, considerando la mayor o menor extensión del mal producido.

En efecto, la víctima, Camila Villatoro Prado, contaba con tan solo seis años de edad, según da cuenta el certificado de defunción acompañado, por lo que naturalmente su deceso truncó todas las expectativas que una persona joven tiene para su futuro como también las de que sus seres queridos tenían puestas en ella.

Sumado a lo anterior, estos sentenciadores han quedado impresionados por el dolor que la madre, abuela y padrastro de la niña expresaron en la audiencia de juicio al momento de prestar declaración. En efecto, su madre doña Roxana Prado Riquelme, se quebró en varias ocasiones al recordar los sucesos; doña María Riquelme Mejías, abuela de Camila, señaló el drama familiar que ha significado la muerte de la niña, refiriendo que su partida ‘destrozó’ sus vidas; y don Juan Castillo Guerrero, el padrastro de la menor malograda, emocionado y con profundo dolor señaló que por culpa del encausado su mujer (madre de Camila) llora todas las noches. Por estas razones, se regulará la pena en doce años de presidio mayor de su grado medio”. (STOP de San Antonio de 31 de octubre de 2007, Ruc: 0700186594-8).

—“Finalmente, a objeto de establecer la cuantía exacta de la pena que se impondrá al sentenciado, se tendrán en consideración los criterios previstos a ese fin por el artículo 69 del Código Penal, pudiendo sostenerse, en una apreciación global de las modificatorias concurrentes en el hecho, que no existen circunstancias que determinen una agravación de la conducta, considerada unitariamente, y en cuanto a la extensión del mal causado por el delito, que si bien el accionar del acusado vulneró el bien jurídico protegido por la figura penal que se estimó concurrente, cual es la salud personal o individual, desde que se infirió a la víctima una herida cortopunzante, de una profundidad aproximada de 2 a 2,5 centímetros, según los dichos del médico Darwin Freddy Urquhart Galipolo, dicha lesión sólo pudo ser calificada por el tribunal como leve, pues impidió a la víctima concurrir a su trabajo el día de los hechos, y los dos días siguientes, de acuerdo a las declaraciones contestes de ésta y de su hijo Sixto Andrés Guenumán Gueicha, presentado como testigo de la Defensa; atribuyéndosele el carácter de menos grave únicamente en consideración de la persona en que se ejecutó, circunstancia que capta el mayor disvalor de acción del injusto cometido, y que ya fue ponderada para atribuir a los hechos una calificación jurídica más gravosa, por lo que no puede ser considerada nuevamente para agravar en esta sede la culpabilidad del encartado, pues ello implicaría vulnerar el principio de *non bis in idem*; y no habiéndose demostrado en juicio, la existencia de otros efectos perjudiciales derivados directamente del delito, es posible sostener en el caso sublite, que la extensión del mal causado por éste ha sido mínimo, y se encuentra incorporado en la penalidad asignada por la ley a dicho ilícito, razón por la cual se le impondrá la pena de 90 días de presidio menor en su grado mínimo, por parecer ello más acorde a la justicia del caso concreto”. (STOP de Castro de 18 de enero de 2012, Ruc: 1101059473-3).

—“Vigésimo cuarto: Determinación de la pena. Que consistiendo la sanción asignada al delito en dos grados de una divisible, al no concurrir modificatorias de

responsabilidad, el Tribunal puede recorrer toda la extensión, optando por fijarla en el tramo inferior, dado que ha quedado demostrado que el autor obró con dolo eventual, pero considerará al imponer su cuantía dentro del grado la extensión del mal causado con el delito, verificado con la declaración de su abuela Rosa Ester Morales Valenzuela, de su madre y querellante Sandra Ximena González Morales y de su tía Rosa Betshabé González Morales, quienes evidenciaron el dolor y la tristeza que les ha causado la pérdida de su nieto, hijo y sobrino, respectivamente, unido a las consecuencias dañinas para la salud mental del menor Edison Alan Martín González, lo que el Tribunal pudo apreciar directamente, además de lo aseverado por la psicóloga Sandra Morgado al respecto”. (STOP de Santiago [1°] de 26 de enero de 2008, Ruc: 0700042682-7).

¿Se consideran únicamente criterios de necesidad de pena?

Se rescata el fundamento de necesidad preventiva especial particularmente para la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes si concurren para argüir un fundamento distinto del merecimiento que se destaca al seleccionar el grado de pena y evitar la violación del *non bis in idem*. Sin embargo, las circunstancias modificatorias pueden vincularse con aspectos personales del agente, que suponen consideraciones de necesidad ya al seleccionar el grado, y con aspectos materiales que inciden en lo injusto penal, sin que pueda dejar de ser relevante el merecimiento de pena. El merecimiento tendrá importancia también al individualizar la pena y ello es más evidente con el criterio de la mayor o menor extensión del mal causado por el delito. Merecimiento y necesidad de pena inciden en la determinación de la cuantía exacta de pena, ciertamente dentro de un marco de culpabilidad ya establecido, pero su consideración conjunta difiere de otras tanto por el momento y fin de selección precisa, como por el fundamento “individualizador” que tiende a la necesidad especial que evita dobles consideraciones.

—“Decimoquinto: Que la pena asignada por la ley al delito se encuentra constituida de dos grados, que comprenden el presidio mayor en su grado mínimo a medio y favoreciendo, a cada uno de los acusados, una circunstancia minorante de responsabilidad penal, procede individualizar la sanción en el primero de los grados referidos, estando el tribunal facultado para recorrerlo en toda su extensión, de acuerdo a lo establecido en el artículo 68 del Código Penal. En la especie, se radicará la sanción en el quantum que se indicará en lo resolutive, por considerar que ésta resulta proporcional a la extensión del mal causado por

el delito, a las particulares circunstancias del hecho y teniendo en cuenta que se trata de la vulneración del bien jurídico más relevante de nuestro ordenamiento jurídico". (STOP de Talca de 19 de agosto de 2008, Ruc: 0600657062-1).

-“*Vigésimo Segundo*: Determinación de la Pena. Se trata de dos delitos consumados que se sancionan con la misma pena, a saber, presidio mayor en su grado máximo a presidio calificado. Ambas penas, individualmente consideradas, se rebajarán en dos grados dado lo dispuesto en el artículo 73 del Código Penal, norma que no distingue la circunstancia eximente que la haría procedente, aplicable a juicio de estos Sentenciadores en forma obligatoria, y a mayor abundamiento, la jurisprudencia actual ya no distingue entre aquellos que aparecen numerados o graduados –divisibilidad material o moral– sino que hace aplicable la disposición a todas sin distinción. Considerando, además, para fundar su procedencia que, se ha concluido una enajenación parcial. Con todo, la rebaja es de dos grados, conforme a la gravedad de los delitos, al bien jurídico lesionado y al mayor reproche que esto significa. Se aplica, luego, el inciso segundo del artículo 68 del Código Punitivo, fijándose en el mínimo la pena habiendo solo una circunstancia atenuante y ninguna agravante de responsabilidad, manteniendo su mínimo a la luz del artículo 69 del mismo Código, dado que no procedería considerar nuevamente el daño producido. Arribando así a dos penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, se aplicará el artículo 351 del Código Procesal Penal, por sobre la norma del artículo 74 del Código Penal, por apreciarse más beneficioso a la condenada.” (STOP de Osorno de 14 de septiembre de 2010, Ruc: 0900408059-6).

¿Qué ocurre con la determinación de la multa?

La pena de multa no está incorporada en ninguna de las escalas graduales del artículo 59, por lo que no está sometida a las reglas de determinación antes citadas. Se aplica únicamente el artículo 25, incisos 6° y 7. Establece marcos cuantitativos dependiendo de si la multa recae sobre crímenes, simples delitos y faltas, marco que el tribunal podrá recorrer en toda su extensión al momento de imponer la multa para el caso concreto.

Artículo 25, incisos 6° y 7. “La cuantía de la multa, tratándose de crímenes, no podrá exceder de treinta unidades tributarias mensuales; en los simples delitos, de veinte unidades tributarias mensuales, y en las faltas, de cuatro unidades tributarias mensuales; todo ello, sin perjuicio de que en determinadas infracciones, atendida su gravedad, se contemplen multas de cuantía superior.

La expresión ‘unidad tributaria mensual’ en cualquiera disposición de este Código, del Código de Procedimiento Penal y demás leyes penales especiales significa una unidad tributaria mensual vigente a la fecha de comisión del delito, y, tratándose de multas, ellas se deberán pagar en pesos, en el valor equivalente que tenga la unidad tributaria mensual al momento de su pago”.

¿Existe algún criterio de determinación?

Según el artículo 70, se han de considerar las circunstancias atenuantes y agravantes y, principalmente, el caudal o facultades del culpable. La ley destaca un caso especial (“calificado”) de rebaja de multa, en caso de no existir agravantes, si es “calificado”. La ley no señala cuál es ese caso pero indica que se hace según las circunstancias anteriores descritas, es decir, atenuantes y caudal o facultades den juez. Según ellas se puede aplicar una multa inferior al monto señalado por ley y siempre indicando con fundamento.

–“6°) Que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 70 del Código Penal, en la aplicación de las multas el Tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable. Asimismo, en casos calificados, de no concurrir agravantes y considerando las circunstancias anteriores, el juez podrá imponer una multa inferior al monto señalado en la ley, lo que deberá fundamentar en la sentencia.

7°) Que esta Corte hará uso de la facultad consagrada en el párrafo final del inciso primero del artículo 70 del Código Punitivo, y rebajará sustancialmente el monto de las multas a aplicar, por tratarse el condenado de una persona que se encuentra privada de libertad de manera ininterrumpida desde el 4 de febrero de 2010, que por ese motivo, unido al hecho de encontrarse patrocinado por la Defensoría Penal Pública, no ha sido condenado en costas, por presumir el Tribunal a quo su falta de recursos económicos. Según se desprende de autos, el condenado es chofer de la locomoción colectiva y con motivo de su reclusión ha perdido su fuente de trabajo y en razón de las condenas impuestas en esta causa no le será posible volver a ese oficio, tornándose ilusorio el cumplimiento de una multa cuantiosa”. (SCA de San Miguel de 10 de enero de 2011, Rol: 1638-2010).

