

## Decisiones regulativas necesarias en materia de consecuencias jurídicas del delito

Borrador, Jaime Couso, 20.11.2014

### Principios

Sin necesidad de cerrar filas sobre determinada concepción teórica de las penas, en un marco de respeto a los principios de legalidad y jurisdiccionalidad de la determinación de las penas, el sistema penal debe permitir una razonable búsqueda de efectos preventivo-generales o finalidades retributivas (según se estime), adecuados a la culpabilidad del autor por el hecho, asegurando también el derecho del condenado –reconocido por tratados internacionales- a la resocialización (prevención especial positiva), reduciendo al máximo el daño que la pena le cause, más allá del contenido aflictivo buscado por cada pena (indemnidad), y teniendo en cuenta, en lo posible, la diversa sensibilidad a la pena que, en ciertos casos, es razonable reconocer en determinados condenados (por ejemplo, un condenado a pena de prisión, que padece enfermedad terminal).

El sistema de penas, además, debe respetar, en general, los derechos humanos de los condenados. El contexto de la discusión del sistema de penas para un nuevo Código Penal es el de un sistema penitenciario que ha merecido serios cuestionamientos por violar tales derechos (v. Informe Anual de Derechos Humanos en Chile, UDP, 2014 y años anteriores), en condiciones de sobrepoblación y hacinamiento en varios centros, serio peligro para la vida de los condenados (la muerte de 81 internos en el incendio de la Cárcel de San Miguel el año 2010 es uno –el más grave, probablemente- de varios otros casos), y con una población penal que, pese a haberse reducido en años recientes, sigue siendo alta en el contexto regional (249 por cada 100 mil habitantes). Por ello, en la discusión político criminal especializada, el principal desafío de la política penal chilena es “fortalecer el sistema alternativo a la privación de libertad” (Consejo para la Reforma Penitenciaria, MINJU, 2010).

En este contexto, la proposición de un sistema de penas para un nuevo CP debería tener por norte, justamente, fortalecer el sistema alternativo a la privación de libertad y tener extremo cuidado con las decisiones que pueden traducirse en un incremento en el número y duración de las condenas a penas de cárcel. Un ejercicio responsable, en mi opinión, debería acompañar la preparación de un futuro Proyecto de Ley de nuevo CP con **un estudio de impacto que estime la posible mayor carga de sus disposiciones en el sistema de cumplimiento de penas, y un informe presupuestario del mayor costo que implicará una ejecución apta para la búsqueda de los fines preventivo-especiales que se le asignen** y respetuosa de los derechos humanos de los condenados.

### **Decisiones regulativas a adoptar, y propuestas generales.**

A continuación se propone un conjunto preliminar, y no exhaustivo, de cuestiones básicas que requieren ser decididas para, sobre la base de esas “decisiones regulativas”, más adelante proponer un articulado. Además, en cada caso se defiende una determinada alternativa de decisión.

La base de esta propuesta y, previsiblemente, del articulado que más adelante se propondrá, es, conforme a lo acordado en la primera reunión de la Comisión, el Anteproyecto de Código Penal del 2013 (ACP 2013).

#### **1. Listado muy acotado de penas principales para personas naturales, eliminando varias de las actuales y convirtiendo algunas de ellas en “consecuencias adicionales” a las penas y en “medidas de seguridad”.**

El ACP 2013 (A. 49) se decide por un listado acotado de penas principales, para personas naturales: prisión, reclusión y multa. El trabajo en beneficio de la comunidad, si bien está incluido en el mismo listado de penas, sólo se impone en sustitución de la reclusión o de la multa.

Otras consecuencias del delito son tratadas como “consecuencias adicionales” (comiso, inhabilitaciones, registro de antecedentes penales), que se asocian a la condena por cualquier delito o por algunos determinados delitos, según el caso, e, incluso, a la declaración judicial de que se ha cometido un injusto penal. En todo caso, esas consecuencias no acceden a la pena, sino al delito (o injusto típico) (v. la fundamentación en la propuesta de F. Maldonado). Su no inclusión en el listado de penas tiene sentido por diversas razones: respecto de algunas, por la prescindencia del requisito de la culpabilidad y de personalidad (así, G. Medina en su propuesta a la Comisión ACP 2013, relativa al comiso), respecto de otras, porque no parecen destinadas a cumplir un papel de prevención general que haga necesario asociarlas a los respectivos delitos de la Parte Especial, como parte de cada conminación penal. Y en todo caso, entre tales consecuencias no se incluye la actual inhabilitación para ejercer derechos políticos, de conformidad con la modificación introducida en 2005 al Art. 17 de la CPR, ni las inhabilitaciones perpetuas de otro carácter, consideradas contrarias al derecho del condenado a la resocialización (v. propuesta de F. Maldonado).

Algunas de las actuales penas privativas de derechos (prohibición de acercarse a determinados lugares o personas), otras prohibiciones similares (prohibición de ingresar a áreas protegidas por el Estado) y una de las actuales penas sustitutivas de la Ley 18.216 (la libertad vigilada) son tratadas como medidas de seguridad, aplicables también a sujetos imputables en sustitución de la pena respectiva (así, la libertad vigilada), o conjuntamente con ella (así, las prohibiciones).

Por último, una de las actuales penas sustitutivas (remisión condicional) pasa a tratarse como una de los mecanismos de renuncia, sustitución o flexibilización de la ejecución de la pena principal, a saber, como una suspensión de la ejecución de la pena a prueba, que se une a otros mecanismos,

como la suspensión de la condena, la sustitución de condenas, la dispensa de pena, y la libertad vigilada impuesta a un imputable en sustitución de una pena de reclusión o prisión.

**Propongo seguir, en lo fundamental, el modelo del ACP 2013.** Un listado acotado de penas principales, privativas y no privativas de libertad, permite calibrar en las conminaciones de la Parte Especial las decisiones de merecimiento y necesidad de pena asociadas a la gravedad relativa del delito cometido, reservando para el momento de la decisión judicial, tras la determinación de la naturaleza y cuantía de la pena con criterios mixtos (A. 74), las consideraciones de prevención especial, indemnidad, sensibilidad a la pena que el tribunal puede tener en cuenta para modular la ejecución, sea mediante la imposición de una pena sustitutiva (el trabajo en beneficio de la comunidad), sea mediante la adopción de mecanismos que relajen la ejecución.

Entre las penas, y también siguiendo en esto al ACP 2013, no creo conveniente mantener las actuales penas restrictivas de libertad, por su obsolescencia o su falta de justificación para conseguir los diversos fines de la pena. Por su parte, las así denominadas “penas privativas de derechos”, considerando su finalidad más bien preventivo-especial, me parecen bien tratadas como medidas de seguridad, aplicables a imputables o inimputables. Algo parecido puede decirse de algunas de las inhabilidades –no tiene sentido tratarlas como penas-, que también son aplicables como medidas de seguridad (por ejemplo, la inhabilitación para conducir vehículos motorizados).

## **2. Posibilidad de imposición de la reclusión en diversas modalidades (diaria, nocturna y de fin de semana)**

Esta posibilidad, considerada por el ACP 2013 (A. 54), ofrece un espacio razonable al tribunal (salvo cuando el legislador decida que la pena sólo pueda imponerse en alguna de esas modalidades) para individualizar la pena, considerando la gravedad del delito y, sobre todo, el impacto de las diversas modalidades en la vida futura del condenado (conforme al A. 74). La posibilidad de cumplir la reclusión en la morada del condenado permite modular aun más esta pena a consideraciones de prevención especial, indemnidad y sensibilidad a la pena, con el límite de que no se haya impuesto por la ley esta pena como alternativa a la prisión (y con la contra-excepción de que concurra una atenuante muy calificada).

**Se propone adoptar, en general, esta posibilidad propuesta por el ACP 2013.**

## **3. Adopción del sistema de días-multa**

El sistema de días-multa viene que siendo propuesto desde hace tiempo, de *lege ferenda*, resuelve razonablemente la necesidad de asociar la imposición judicial de la multa a una magnitud simbólicamente expresiva de la gravedad del injusto y la culpabilidad, pero atendiendo, al mismo tiempo, a la diversa sensibilidad a la pena pecuniaria que los condenados tienen, atendida su

también diversa capacidad económica. EL ACP 2013 (A. 55, 75 y 76) recoge este sistema, midiendo la capacidad económica del condenado por su nivel de ingreso o, cuando la ley (en la Parte Especial) así lo establezca, por su patrimonio. La posibilidad de sustituir la multa por trabajo en beneficio de la comunidad, si el condenado no tiene bienes para satisfacerla, es razonable. También lo es la posibilidad de imponer reclusión (y no prisión) a quien no acepte esa pena sustitutiva. Por último, también se justifica a ejecución forzada (A. 111), en primer lugar, mediante el embargo de los bienes del condenado y, en segundo lugar, mediante arresto, como mediad de apremio (considerando que no se aplicaría a quienes no tienen bienes, que pueden acceder a penas sustitutivas, menos severas que el apremio).

Lo que no queda claro es por qué se habla de “días”-multa, si no hay conversión de los mismos en “días” de prisión o de otra pena. Y el apremio no es, ciertamente, una pena sustituta, ni se determina su duración en atención a los días-multa fijados en la sentencia, sino que tiene límites absolutos, en dos tramos, según el monto de la multa, no según la cantidad de días-multa

Una alternativa para dar más coherencia a la denominación es hablar de horas-multa, atendiendo a que en sustitución de la multa imposible de ser pagada justamente procede una determinada cantidad proporcional de horas de trabajo en beneficio de la comunidad (A. 122).

Por último, y aún reconociendo que no corresponde buscar proporcionalidad estricta entre a duración del arresto y la cantidad de horas-multa determinada, pues no se trata de una pena sustitutiva sino de un apremio, del que se espera fuerce el pago de la multa (completa, sin descuento de una parte proporcional a los días de apremio cumplido), los dos límites absolutos de duración del arresto considerados por el ACP 2013 (A. 111, n° 2°), de 6 y 12 meses, respectivamente, razonablemente deberían relacionarse, no con la cuantía de la multa fijada, sino con la cantidad de horas-multa impuestas (por una multa de hasta 480 horas-multa, apremio de hasta seis meses de arresto; por una mayor, apremio de hasta 12 meses de arresto). Pues el mayor interés público en obtener el pago de la multa no debe depender del monto que será recaudado, sino de la gravedad del delito que esa multa quería compensar, justamente asociada a la cantidad de horas-multa.

**Se propone adoptar, en general, el sistema de días-multa propuesto por el ACP 2013, denominándolo de “horas-multa”, y fijando, de todos modos, los límites máximos del apremio, en relación con la superación o no de una determinada cantidad de horas-multa.**

#### **4. Supresión de escalas y grados penales, a favor de mínimos y máximos de pena.**

El ACP 2013 se aparta en esta materia de la regulación del CP vigente y de la propuesta por el ACP 2005. **Propongo seguir, en lo fundamental, el modelo del ACP 2013**, pues permite singularizar de mejor manera en las decisiones de Parte Especial, el merecimiento y necesidad de pena de cada conducta, sin sujeción a marcos generales que rigidizan esa determinación. También dan mayor visibilidad al marco definido, incluso para los destinatarios de las conminaciones penales asociadas

a las normas de conducta. Por último, también hace más visible el efecto de las reglas que permiten acotar o modificar el marco penal, volviendo más inteligibles y controlables las decisiones judiciales de individualización de la pena.

#### **5. Establecimiento o no de reglas concursales que moderen el efecto de la acumulación de penas, en caso de existencia de una relación más o menos estrecha entre dos o más delitos cometidos por un mismo sujeto.**

ACP 2013, no lo hace, apartándose de la regulación del CP vigente. El ACP 2005 también prescindía del reconocimiento de tales reglas, pero limitaba la pena por el conjunto de los delitos objeto de la condena, a una que no excediere en dos grados a la que correspondiere al delito más grave. La propuesta de J.A. Acosta a la Comisión ACP 2013 reconoció, en cambio, el concurso ideal y medial, con un sistema de absorción de pena agravada (se aplica la mitad superior de la pena del delito más grave), siguiendo una tradición que, al menos en parte, también recogen los CP de España y Alemania (éste, sólo para el concurso ideal); pero incorporó una cláusula de asperación para el concurso ideal o medial de delitos de homicidios dolosos o imprudentes.

**Mi propuesta es regular especialmente el concurso ideal y medial, con régimen de absorción de pena agravado.** En el primer caso, la unidad de acción (de “hecho” en nuestra tradición) tienden a unificar valorativamente las diversas decisiones contrarias al deber, disminuyendo la culpabilidad del autor. En el segundo caso, ocurre lo propio, más bien por la estrecha vinculación que, desde un punto de vista criminológico y motivacional, se produce entre la decisión contraria al deber constitutiva del delito “medio” y la constitutiva del delito “fin”. La asperación para el caso de pluralidad de muertes, en principio, parece un correctivo razonable por razonable, justificado por la especial culpabilidad asociada a conductas que de forma dolosa (o con culpa consciente) se deciden por la muerte de dos o más personas.

#### **6. Eliminación del presidio perpetuo y límites máximos a la pena de prisión (20-30 años).**

Por las razones explicadas por F. Maldonado en su propuesta a la respectiva Comisión, **propongo seguir las opciones adoptadas por el ACP 2013**, en el sentido de eliminar el presidio perpetuo y limitar la pena de prisión en 20 años, por regla general, salvo cuando una agravante muy calificada exija alcanzar una magnitud mayor, que debería llegar a 24 años, y con el límite máximo a la pena global, para el caso de concursos de delitos, fijado en 30 años. Un antecedente adicional es que esa propuesta de la Comisión ACP 2013 fue recogida, en lo fundamental, en el Proyecto de Ley 2014 (salvo por la posibilidad que éste establece, para casos de laboratorio, de llegar a una pena de prisión perpetua), lo que constituye una señal de viabilidad política, tratándose de un proyecto de una coalición de gobierno de signo más conservador que la actual. Si bien 30 años es un límite muy alto, que hacen muy dudosa la posibilidad de una reinserción social del condenado tras el cumplimiento íntegro de la pena, la posibilidad, favorecida por el ACP 2013, de una sustitución de

la pena, al cumplirse la mitad del tiempo fijado por el tribunal, hace algo más viable la reinserción social del condenado.

**7. Sistema de determinación de penas que tienda a individualizarlas dentro del marco legal o en un punto próximo a ese marco. Necesidad de hacer una excepción en caso de fuerte disminución de la culpabilidad.**

El ACP 2013 opta por un sistema de determinación de penas que busca asegurar que las penas señaladas a cada delito en la Parte Especial serán, en principio, las penas efectivamente impuestas. Ello se logra limitando, por regla general, el efecto de las circunstancias modificatorias a una mera especificación de la pena concreta dentro del marco señalado por la ley (o del que resulte de la, por lo demás, moderada rebaja concedida al cómplice o a la tentativa). Ese efecto parece ser condición de una moderación de la inflación punitiva esperable en la definición de las conminaciones de pena de la Parte Especial (exacerbada, justamente, por la suspicacia que despierta la individualización judicial de las penas). Por ello parece razonable, en general, preservarlo.

Sin embargo, una circunstancia atenuante merece, en mi opinión, una consideración especial: la eximente incompleta que, de presentarse de forma completa, consistiría en una causal de falta de responsabilidad o de exención de la responsabilidad penal. El principio de fijación de la pena según la medida la culpabilidad exige dar mayor espacio al tribunal para una rebaja más significativa que la propuesta por el ACP 2013 (A. 67), cuando la rebaja en la culpabilidad es muy significativa. Si se considera a la culpabilidad como una magnitud variable, es imaginable que, en determinados casos, puede llegar a disminuir muy significativamente. En la actualidad el Art. 73 del CP permite reconocer ese efecto a las atenuantes de eximentes incompletas. Ello sería más adecuado que forzar al tribunal, ya sea a imponer una pena superior a la que parece adecuada a la medida de la culpabilidad, ya sea a decidir una exculpación más allá del marco razonablemente permitido por la ley. Si acaso lo propio habría que hacer con las justificante incompletas merece mayor reflexión. La exculpante de exceso en la legítima defensa puede cubrir los casos más relevantes; otros podrían constituir estado de necesidad de necesidad exculpante.

Por último, el listado de atenuantes muy calificadas debería ser complementado con una causal de atenuación, con similar efecto, para los “casos menos graves”, a la que se remitan, luego, determinados preceptos de la Parte Especial, como lo hace el Código Penal alemán. Ello es más coherente con un catálogo restringido de atenuantes.

**Por ello, propongo, mantener en lo fundamental el sistema de determinación de penas propuesto por el ACP 2013, salvo por la necesidad de reconocer un efecto de atenuación de pena superior a la eximentes incompletas basadas en menor culpabilidad, y por la conveniencia de establecer una cláusula de atenuación muy calificada para “casos menos graves”, a la que se remitan determinados preceptos de la PE.**

## **8. Regulación respetuosa de la autonomía individual, tanto para las penas como para las medidas**

Aunque parte de una concepción liberal de la situación del condenado (A. 94, respecto de la ejecución penitenciaria) y se cuida de evitar algunas de las expresiones de paternalismo jurídico injustificado (por ejemplo, la educación, la salud y el trabajo son concebidas como derecho y no como obligación ni condición de acceso a beneficios; A. 102), el **ACP 2013**, tiene algunos resabios de esta forma de paternalismo, por ejemplo, por el gran peso que asigna al seguimiento de un plan individual de cumplimiento de las penas privativas de libertad (y a su participación en la oferta programática de libre acceso en el respectivo recinto) para el efecto de evaluar el comportamiento del condenado y, en base a ello, concederle o no el acceso a mecanismos de relajación de la ejecución propios del régimen de cumplimiento progresivo (A. 101, 108, 109 en relación con el A. 162).

Por su parte, tampoco parece justificada, si bien por otras razones, la imposición de medidas de seguridad por el pronóstico de que el inimputable atentará contra sí mismo (A. 167). Si no hay pronóstico de peligrosidad delictual, no parece proporcionada la imposición de una medida de seguridad de naturaleza punitiva. En tal caso, la decisión de proteger a un sujeto en contra de sí mismo debería quedar sujeta a presupuestos propios de un derecho sanitario respetuoso de la autonomía del paciente, por medios adecuados a una política de salud mental, no los medios de la política criminal.

Por último, también por razones de proporcionalidad (en particular, de necesidad), el contenido obligatorio de las medidas de seguridad sólo debería orientarse a reducir el peligro de que el sujeto vuelva a cometer delitos del tipo de aquéllos que ha cometido y respecto de los cuales hay pronóstico de que probablemente volverá a cometer. Otras formas de asistencia al afectado deben ofrecerse sobre una base voluntaria.

## **9. Medidas de seguridad de libertad vigilada aplicable también a imputables, bajo sistema vicarial.**

El ACP 2013 contempla (A. 50) la posibilidad de imponer las medidas de seguridad no privativas de libertad también a sujetos imputables, de forma conjunta con la pena. Sin embargo, la libertad vigilada, según parece (A. 163), sólo puede imponerse a un imputable de forma sustitutiva a las penas (al momento de la condena –A. 163- o una vez cumplida la mitad de la pena –A. 107-), y no de forma conjunta con ellas. En caso de que la sustitución sea decidida al momento de imponerse la pena, ésta queda suspendida de forma condicional (A. 172), y se remite definitivamente en caso de cumplirse la medida, o bien, si se incumple de forma grave o reiterada, debe ejecutarse efectivamente como si nunca hubiese sido suspendida (A. 180). Con esta regulación se rechazó el sistema vicarial propuesto por F. Maldonado, que permitía abonar a la pena el tiempo de

cumplimiento de la medida, en caso de incumplimiento de ésta. Opino que el cumplimiento parcial de la medida sí debería abonarse a la pena, teniendo por cumplido un día de prisión, o 8 horas de reclusión, por cada 2 días de libertad vigilada.

Por otra parte, si bien las medidas de seguridad privativas de libertad (internamiento hospitalario para atención de salud mental e internamiento en un centro destinado al tratamiento de adicciones) en principio no pueden imponerse a sujetos imputables (A. 158, inc. 2°), sí se permite imponerlas de forma transitoria como condición de la libertad vigilada (A. 179, inc. final), medida que, como se vio, es aplicable a los imputables de forma sustituta a la pena. Esta posibilidad puede estar justificada en el caso de sujetos con imputabilidad disminuida, a causa de anomalías psíquicas o de dependencia relativa de las drogas, pero no debería quedar abierta para otras hipótesis. Además, la posibilidad de que la libertad vigilada, de esta forma, permita privar la libertad del condenado, aun “de forma transitoria” (A. 179, inc. final), refuerza la necesidad de establecer un sistema vicarial, que abone el tiempo de cumplimiento de la medida en la pena que deba ejecutarse por incumplimiento parcial de la primera, en este caso, teniendo por cumplido un día de prisión, o 8 horas de reclusión, por cada día de internamiento.

**Propongo, por ello, recoger en general la regulación de la libertad vigilada, como sustituto de las penas de prisión y reclusión, contemplada en el ACP 2013, pero abonando a la pena, de las formas señaladas el tiempo parcial de cumplimiento de la libertad vigilada o, en su caso, del internamiento.**

## **10. Regulación en el CP de la ejecución de las penas y medidas de seguridad.**

Si bien varias de las materias abordadas en los Títulos VI y VII y en el párrafo 4° del Título IX, del ACP 2013, relativos a la ejecución de las penas y medidas de seguridad, podrían ser materia de otra ley, a lo menos un par de razones hablan a favor de su inclusión en un nuevo CP. En primer lugar, el actual déficit de legalidad de la ejecución de las penas y medidas hace aconsejable que el esfuerzo de reforma legislativa a través de un nuevo CP redunde directa e inmediatamente en una regulación legal coherente con las definiciones del mismo CP, de la ejecución. En segundo lugar, desde el punto de vista de la razonabilidad del diseño legislativo del sistema de penas y medidas de seguridad, es necesario tener en cuenta, de forma sistémica, las posibilidades de que dispondrá el tribunal, en sede de control judicial de la ejecución, para la búsqueda de finalidades que también eran relevantes al momento de la imposición judicial de las mismas. La idoneidad relativa de las penas impuestas por el tribunal para cumplir con fines preventivo-generales o retributivos, y el espacio que tales penas dejen a consideraciones preventivo-especiales, de sensibilidad a la pena o de no indemnidad, depende no sólo de cómo estén configuradas las conminaciones penales y de las reglas de determinación de la pena, sino también de los mecanismos que en sede de ejecución están o no a disposición del tribunal. Así, un diseño legislativo que busque razonabilidad en el sistema de determinación de penas no puede dejar de considerar las consecuencias en el resultado probable en sede de ejecución: qué penas o medidas efectivamente serán susceptibles de ser impuestas.



**Por ello, propongo, regular, como lo hace el ACP 2013, la ejecución de penas y medidas de seguridad, incluso de los mecanismos de relajación de la ejecución, como la suspensión sustitución y dispensa de penas.**

#### **11. Penas y consecuencias adicionales para las personas jurídicas.**

Las penas contempladas por el ACP 2013 para las personas jurídicas son, fundamentalmente, las contempladas por la Ley N° 20.393 (disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica; pérdida de beneficios fiscales y prohibición de recibirlos; multa; publicación de un extracto de la sentencia condenatoria, como pena accesoria), salvo por la prohibición de celebrar actos y contratos con los organismos del estado, que el ACP 2013 denomina “inhabilitación” y trata como una consecuencia adicional a la pena, junto con la de inhabilitación para ejercer una industria o comercio (A. 187, 124) y el comiso, que el ACP 2013 de todas formas impone también como consecuencia adicional a la pena, de acuerdo con las reglas generales (A. 186). El listado parece adecuado a la naturaleza del condenado, incluso la duplicación del monto máximo de multa susceptible de ser impuesto (400 días-multa en lugar de los 200 días a que puede condenarse a una persona natural). Las reglas de determinación de la pena, en términos generales, también son razonables: la distinción entre comisión de crímenes y simples delitos determina un marco penal abstracto distinto; para cada marco la pena de multa es pena autónoma obligada, y la decisión e imponer una pena adicional (pérdida de beneficios fiscales o disolución/cancelación) depende de la concurrencia de factores relevantes, como la existencia o no de un modelo de prevención de delitos (que fue insuficiente para eximir de responsabilidad), el monto de dinero involucrado, entre otros, y la consideración de atenuantes y agravantes (si bien hay un error de referencia en las agravantes –A. 195, n° 1º-, y habría que examinar la pertinencia de cada una, en particular) .