

## 6. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Conducción en estado de ebriedad causando daños. Determinación de la pena. I. En caso de remisión condicional de la pena, la accesoria prevista en el art. 30 del Código Penal se mantiene. II. Voto disidente: Improcedencia de imponer como accesoria a la sustitución de remisión condicional impuesta

### HECHOS

*Defensa del sentenciado recurre de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada por Tribunal de Garantía, que lo condenó como autor del delito consumado de conducción en estado de ebriedad causando daños. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso de nulidad interpuesto, con voto en contra.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Concepción.*

ROL: *1096-2019, de 17 de enero de 2020.*

PARTES: *Ministerio Público con Adolfo Vera Valdés.*

MINISTROS: *Sr. Hadolff Ascencio M., Sr. Reynaldo Eduardo Oliva L. y Abogado Integrante Sr. Waldo Sergio Ortega J.*

### DOCTRINA

- I. *En la especie, habiéndose impuesto una pena privativa de libertad, la accesoria que corresponde es la prevista en el artículo 30 del Código Penal. Conforme a todo lo dicho, lo que se sustituye es la pena privativa de libertad impuesta, no la accesoria, conforme a las mismas normas citadas por el recurrente, pues la Ley N° 18.216, después de la modificación introducida por la Ley N° 20.603, siempre habla de sustituir la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta. La jueza a quo al imponer la pena privativa de libertad, para luego sustituirla por la pena de remisión condicional de la pena, manteniendo la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, ha obrado de acuerdo a la ley, no incurriendo en las infracciones mencionadas por el recurrente. En efecto, la pena accesoria impuesta por la jueza del grado es la que corresponde conforme al artículo 30 del Código Penal para la privativa de libertad aplicada al sentenciado, está señalada con anterioridad a la perpetración del delito. Otra cosa, es que*

*la privativa de libertad haya sido sustituida por la de remisión condicional. Es necesario reiterar, que la pena accesoria fue impuesta por la privativa de libertad que correspondía aplicar al acusado no fue impuesta como accesoria a la pena sustitutiva (considerandos 4° y 5° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

- II. (Voto disidente) *No es posible soslayar, que la revisión de la Ley N° 18.216 en su texto actual, establece para la remisión condicional, un plazo de observación en que de acuerdo al artículo 5° letra b) exige el ejercicio de una actividad remunerada, la reclusión parcial exige para su concesión, de acuerdo al artículo 8° letra c) antecedentes laborales que justificaren la pena; caso similar ocurre a propósito de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, del artículo 11 letra b). Para el otorgamiento de la libertad vigilada, el artículo 15 N° 2 se refiere a los antecedentes sociales favorables, entre los cuales lo laboral es importante para su concesión, al igual que en el artículo 15 bis para la concesión de la libertad vigilada intensiva. Por otra parte, el artículo 30 del Código Penal establece claramente: “Las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena”, por lo que siendo la pena accesoria propia de la de presidio inicialmente impuesta en la sentencia impugnada, no procede su imposición como accesoria de la sustitución de remisión condicional impuesta, que es única y goza de su propia entidad, en su calidad de equivalente funcional (Corte de Apelaciones de Valparaíso, roles N°s. 1279-2015 y 1483-2015) (considerandos 2° y 3° de la disidencia sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CL/JUR/42049/2020*

**NORMATIVA RELEVANTE CITADA:** *Artículos 30 Código Penal; 5, 15 de la Ley N° 18.216; 110, 111, 196 de la Ley N° 18.290.*

## PENAS SUSTITUTIVAS Y PENAS ACCESORIAS

ISABEL YÁÑEZ MORALES

*Universidad de Chile*

La Corte de Apelaciones de Concepción, en la sentencia del 17 de enero de 2020, dictada en la causa rol N° 1096-2020, rechazó el recurso de nulidad penal presentado por la defensa en contra de la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Talcahuano, que condenó al acusado como autor del delito consumado de conducción en estado de ebriedad causando daños a “la pena de remisión condicional en sustitución de la corporal de 41 días de prisión en su grado máximo y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena”.

La defensa, mediante el recurso de nulidad, solicitó anular la sentencia dictada en procedimiento simplificado por considerar que, en los términos del artículo 385 del Código Procesal Penal, la sentencia habría aplicado una pena que no correspondía aplicar, pues al haberse sustituido la pena de 41 días de prisión por la de remisión condicional, no debió haberse aplicado la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público que el artículo 30 del Código Penal prevé como accesoria a la pena de prisión, lo que constituiría una errónea aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

La Corte estimó que el fallo recurrido no adolecía del vicio de nulidad alegado, pues “la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena, no excluye el cumplimiento de la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena”. Lo anterior, pues “la pena sustitutiva de remisión condicional es una forma de cumplimiento de la pena principal”, de modo que la pena privativa de libertad fue impuesta por el Juzgado de Garantía de Talcahuano, en conjunto con la cual procede aplicar la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena. De este modo, que la pena privativa de libertad impuesta haya sido sustituida por la de remisión condicional no afecta la pena accesoria.

Por su parte, el voto disidente consideró que sí debía entenderse remitida condicionalmente también la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público, fundamentalmente por dos consideraciones distintas. En primer lugar, dada la naturaleza accesoria de la pena contemplada en el artículo 30 del Código Penal, “su aplicación está condicionada por la principal, teniendo un carácter dependiente”. Por lo mismo, si se remite condicionalmente la pena principal, la misma suerte debiera correr la accesoria. Por otra parte, aplicar dicha pena atenta contra la finalidad misma de las penas sustitutivas establecidas en la Ley N° 18.216 (modificada por la Ley N° 20.603), cual es la promoción de la reinser-

ción social del condenado, en la medida en que “proyecta un carácter aflictivo y excluyente del cuerpo social”. Además, siendo que uno de los requisitos para sustituir la pena privativa de libertad por la de remisión condicional es que el condenado ejerza una actividad remunerada, sería contradictorio que se le aplique una pena accesoria que precisamente lo aparta de dicha actividad.

Para analizar el razonamiento de la Corte y del voto disidente, es necesario dar cuenta, por una parte, de la naturaleza de la remisión condicional en tanto pena sustitutiva de la pena privativa de libertad y, por otra, de la naturaleza accesoria de la pena de suspensión de cargo u oficio público. Pero antes de ello, resulta conveniente poner atención a la idea afirmada por la Corte según la cual en este caso se habría impuesto una pena privativa de libertad, la que luego habría sido sustituida en su ejecución por la remisión condicional, y que por lo tanto, en la medida en que la pena privativa de libertad habría sido impuesta –aunque no ejecutada–, debía aplicarse también la pena de suspensión de cargo u oficio público, que el artículo 30 del Código Penal contempla como accesoria a la pena privativa de libertad.

Al caracterizar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, tradicionalmente suelen diferenciarse tres momentos distintos: la conminación, la imposición y la ejecución de la pena<sup>1</sup>. La conminación sería un acto del poder legislativo, pues es la ley la que, en virtud del principio de legalidad, debe establecer qué conductas serán constitutivas de delito y cuál será la pena asociada a su perpetración. Por su parte, la imposición de la pena tendría lugar en la dictación de la sentencia condenatoria<sup>2</sup>, por lo que se trataría de un acto propiamente jurisdiccional. Finalmente, la ejecución de la pena consistiría en la irrogación al condenado del mal que la pena supone y quedaría entregada a la autoridad administrativa.

Es claro que podemos identificar la conminación legal de la pena, en tanto puesta en vigor de una determinada norma de sanción penal, como una cuestión distinta de la imposición particular de la pena a un sujeto determinado por la infracción culpable de una norma de comportamiento. De hecho, la legitimidad

---

<sup>1</sup> Véase ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (Madrid, 1997), pp. 95 y ss. Las teorías unificadoras de la justificación de la pena suelen recurrir también a esta tripartición del proceso de aplicación del derecho penal en tres momentos para distinguir los criterios que legitimarían la intervención estatal en cada uno de ellos. En este sentido, se afirma que la conminación legal se legitimaría por criterios de prevención general, la imposición de la pena en la sentencia condenatoria obedecería a una ponderación de criterios de prevención general y de prevención especial, y finalmente la ejecución de la pena se regiría únicamente por criterios de prevención especial.

<sup>2</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, tomo II (Santiago, 1998), p. 131.

del ejercicio de la potestad punitiva estatal en contra de un sujeto determinado supone la habilitación legislativa previa: en virtud del principio de legalidad, solo puede imponerse una pena que haya estado establecida en la ley con anterioridad a la conducta sancionada<sup>3</sup>.

Sin embargo, la distinción entre imposición de la pena, por una parte, y ejecución de la pena, por otra, es al menos problemática. Quienes sostienen esta distinción entienden que ya en la imposición de la pena, que tendría lugar en el acto mismo de la sentencia condenatoria, habría un ejercicio de la potestad punitiva del Estado, llegando incluso a entender la condena como una sanción primaria, que expresaría propiamente el juicio de reproche por la conducta delictiva realizada, y a la que luego se añadiría la pena en tanto irrogación de un mal como sanción secundaria<sup>4</sup>.

Tal comprensión no se encuentra exenta de críticas. Efectivamente, la expresión de reproche y la irrogación de un mal a quien la sufre son dos dimensiones constitutivas de la idea misma de pena, en la medida en que esta sea entendida precisamente como “la irrogación de un mal como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso”<sup>5</sup>. En este sentido, la pena supone la irrogación de un mal a la persona condenada y supone también que a dicha persona se le reprocha haber perpetrado un delito. Sin embargo, estos elementos no son independientes el uno del otro. Analíticamente, es posible diferenciar ambos elementos –el elemento expresivo de reproche y el elemento de irrogación de un mal–, de modo que resulta posible conceptualmente concebir formas de expresión de reproche o desaprobación que no conlleven la irrogación de un mal y es posible también en términos conceptuales la irrogación de un mal que no sea expresiva de reproche o desaprobación. Pero pragmáticamente es la irrogación misma del mal la que desempeña la función de expresar reproche y desaprobación<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> En este sentido, el artículo 19 N° 3, en su inciso 8°, establece que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”.

<sup>4</sup> Para esta distinción entre sanción primaria y sanción secundaria, véase CONTESSÉ SINGH, Javier, “Consideraciones acerca de la relación entre reproche penal y pena: el caso del ‘*shaming punishment*’ en la práctica punitiva norteamericana”, en *Revista de Estudios de la Justicia* 9 (2007), pp. 268 y ss.

<sup>5</sup> KINDHÄUSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimidad y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”, en *Derecho y Humanidades* 16, vol. 1 (2010), p. 31.

<sup>6</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La pena como retribución”, en *Revista de Estudios Públicos* 108 (2007), pp. 136 y ss., 161 y ss. Como bien afirma Mañalich, este argumento no excluye la posibilidad de que la declaración de culpabilidad pudiera en ciertos casos ser expresión adecuada de reproche. Pero para que ello sea así, la declaración de culpabilidad tendría que contar en esos casos ya como la irrogación de un mal.

La pena entonces, en tanto “respuesta retributiva merecida en la cual se materializa el reproche de culpabilidad”<sup>7</sup>, no es una expresión de reproche a la que se acompaña un mal sensible –típicamente, pero no exclusivamente, la privación de libertad por un lapso más o menos extenso de tiempo–, sino que lo que expresa el reproche por la conducta delictiva realizada es la irrogación de un mal, de modo que la pena no puede ser otra cosa que la pena ejecutada<sup>8</sup>. De este modo, el momento en el que efectivamente se actualiza el ejercicio de la potestad punitiva del Estado es el de la ejecución de la pena, no el del pronunciamiento de la sentencia condenatoria<sup>9</sup>.

Por lo mismo, no sería correcto identificar la sentencia condenatoria como un momento del ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Esta se corresponde más bien con un acto de adjudicación por el cual se establece que se han satisfecho las condiciones de las que depende la afirmación del derecho subjetivo punitivo que tiene el Estado en contra del condenado<sup>10</sup>. De este modo, la sentencia condenatoria fija la consecuencia jurídica que el condenado deberá soportar a modo de pena y, por lo tanto, el Estado queda habilitado para imponer –esto es, ejecutar– dicha pena. Así, la imposición de la pena y su ejecución son una y la misma cosa.

Clarificado lo anterior, corresponde analizar el impacto que produce que, en la sentencia condenatoria, se sustituya la pena privativa de libertad por la remisión condicional. Si en la sentencia condenatoria no hay imposición de la pena privativa de libertad, sino un acto de adjudicación del que depende que el Estado se encuentre legitimado para ello, entonces la remisión condicional lo que hace es suspender la imposición de esa pena privativa de libertad. En la medida en que la pena privativa de libertad es remitida condicionalmente, su imposición tendrá lugar solo si, en los términos de los artículos 25 N° 1 y 27 de la Ley N° 18.216, se revoca la remisión condicional, ya sea por el quebrantamiento de las condiciones impuestas al condenado o por la condena por sentencia firme por la comisión de un nuevo crimen o simple delito. De este modo, al mismo tiempo que la sentencia condenatoria afirma la titularidad del Estado del derecho subjetivo a imponer una pena privativa de libertad determinada judicialmente al condenado por el delito que ha cometido, suspende

---

<sup>7</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”, en *Revista de Criminología e Ciencias Penitenciarias* 1, N° 2 (2011), p. 15.

<sup>8</sup> MAÑALICH RAFFO, “El derecho penitenciario”, ob. cit., p. 15.

<sup>9</sup> MAÑALICH RAFFO, “El derecho penitenciario”, ob. cit., p. 16.

<sup>10</sup> MAÑALICH RAFFO, “El derecho penitenciario”, ob. cit., p. 16.

el ejercicio de ese derecho, quedando condicionado al evento de la revocación de la remisión condicional<sup>11</sup>.

Por lo tanto, en este caso no se ha impuesto la pena privativa de libertad de 41 días de prisión, por lo que tenía razón la defensa al afirmar, en el recurso de nulidad, que el fallo del Juzgado de Garantía de Talcahuano aplicó una pena que no correspondía aplicar: en la medida en que no se ha impuesto una pena de prisión, aplicar la pena de suspensión de cargo u oficio público, que el artículo 30 del Código Penal contempla como accesoria a la pena de prisión, constituye una errónea aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Esto se sigue precisamente de la naturaleza accesoria de la pena de suspensión de cargo u oficio público en los términos del artículo 30 del Código Penal, accesoriadad que se expresa en la idea de que es la pena privativa de libertad —en este caso, la pena de prisión— la que “lleva consigo” la de suspensión de cargo u oficio público. De este modo, la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público necesita de una pena principal a la que acceder<sup>12</sup>.

En definitiva, solamente en el caso en que se revocara la remisión condicional y se impusiera la pena de prisión, correspondería entonces la imposición de la pena de suspensión del cargo u oficio público por la duración de la condena. Dado que el artículo 76 del Código Penal exige que el tribunal condene expresamente al acusado a las penas accesorias que la pena privativa de libertad lleva consigo, entonces lo que debería haber hecho la sentencia del Juzgado de Garantía de Talcahuano es haber condenado al acusado tanto a la pena de 41 días de prisión como a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público del artículo 30 del Código Penal, y haber establecido que la remisión condicional suspendía la imposición de ambas penas, de la pena privativa de libertad como

---

<sup>11</sup> Esto explicaría también que, en caso de revocación de la remisión condicional, el condenado deba cumplir íntegramente la pena privativa de libertad cuya imposición fue suspendida. La caracterización de la remisión condicional como una pena propiamente tal dependerá, en línea con lo ya expuesto en este comentario, de que las condiciones a las que tiene que someterse el condenado, sobre todo la de sujeción al control administrativo de Gendarmería de Chile, puedan ser entendidas como “la irrogación de un mal como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso”. A favor de esta caracterización, véase ARAYA ÁVILA, Luis Miguel, *Régimen de penas sustitutivas. Revisión a la Ley N° 18.216, Ley N° 20.587 y Decreto Ley N° 321* (Santiago (2017), pp. 25 y ss.

<sup>12</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno. Parte General*, tomo II (Santiago, 1960), p. 284; GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal* (Montevideo, Buenos Aires, 2009), pp. 117 y ss.; CILLERO BRUÑOL, Miguel, “Comentario al artículo 21”, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dir.), *Código Penal comentado* (Santiago, 2011), pp. 457 y ss.; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (Santiago, 2001), p. 264; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (Santiago, 2004), p. 472.

pena principal y de la suspensión de cargo u oficio público como pena accesoria a la primera.

Lo anterior, además, es consistente con el fundamento de las penas sustitutivas de las penas privativas de libertad en general y de la remisión condicional en particular. La idea que está detrás de la inclusión de estas penas en la legislación chilena es la consideración de que resultaría inconveniente la imposición de penas privativas de libertad de corta duración. Tal inconveniencia estaría dada por el hecho de que tales penas impiden la enmienda del penado, pues son demasiado cortas como para implementar un programa de intervención y resocialización, excluyen al condenado de su entorno social, laboral y familiar, pueden generar un padecimiento moral grave en quien no se ha visto enfrentado con anterioridad al sistema penal y ponen al condenado en contacto con personas con “carrera delictiva”<sup>13</sup>. Si bien estas consideraciones se referían en un comienzo exclusivamente a las penas privativas de libertad de corta duración –típicamente aquellas inferiores a un año–, hoy podemos afirmar que en realidad tales consecuencias negativas se siguen de toda pena privativa de libertad, no solo de las cortas<sup>14</sup>. Por lo mismo, para evitar las consecuencias negativas que se siguen de imponer penas privativas de libertad, se contemplan las penas sustitutivas de la pena privativa de libertad, las que resultarían más idóneas para la resocialización de los condenados que cumplen ciertos requisitos relacionados con la inexistencia de antecedentes penales y la falta de necesidad de la pena privativa de libertad en atención a criterios de prevención especial.

Aplicar la pena de suspensión de cargo u oficio público habiéndose sustituido la pena privativa de libertad atenta contra dichas consideraciones, pues en general las penas accesorias de suspensión de cargo u oficio público y de inhabilitación para el mismo “conllevan restricciones que alejan al condenado de las posibilidades reales de alcanzar la reinserción social”<sup>15</sup>. Esto es advertido por el voto disidente, que, como ya se expusiera, afirma que la aplicación de tal pena accesoria “proyecta un carácter aflictivo y excluyente del cuerpo social, en cuanto le priva del trabajo que actualmente realiza”, lo que se contradice con el objetivo de las penas sustitutivas, que es precisamente que tal exclusión del cuerpo social no se produzca. Además, la misma ley que establece las penas sustitutivas de las penas privativas de libertad señala en su artículo 5º letra

---

<sup>13</sup> SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián y MORALES PEILLARD, Ana María, “Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 52 (2019), pp. 2 y ss.; NOVOA MONREAL, ob. cit., pp. 321 ss.

<sup>14</sup> CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, 2005), pp. 728 y s., 731.

<sup>15</sup> MALDONADO FUENTES, Francisco, “Penas accesorias en Derecho Penal”, en revista *Ius et Praxis* 23, N° 1 (2017), pp. 333 y s.

c) que el tribunal establecerá como una de las condiciones a ser cumplidas por el condenado durante el periodo de observación de la remisión condicional el “ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado careciere de medios conocidos y honestos de subsistencia y no poseyere la calidad de estudiante”. Aplicar la pena de suspensión del cargo u oficio público dificulta precisamente el cumplimiento de dicha condición, en la medida en que se priva al condenado de su empleo y, por consiguiente, de su fuente de ingresos.

Por último, imponer la pena de suspensión del cargo u oficio público habiéndose remitido la pena privativa de libertad a la que la primera accede llevaría al absurdo de que, en caso de revocarse la remisión condicional y, por lo tanto, tener que cumplirse la pena privativa de libertad, la suspensión del cargo u oficio público no podría imponerse en conjunto con la pena privativa de libertad por encontrarse la primera ya cumplida, siendo que el artículo 30 del Código Penal la establece precisamente como una pena que la pena privativa de libertad “lleva consigo”.

En conclusión, el razonamiento de la Corte tiene dos falencias importantes: por una parte, no logra dar cuenta de la naturaleza de la pena en tanto expresión de reproche por la perpetración de un delito y de cómo esta se organiza procesal e institucionalmente; y, por otra, distorsiona la lógica tanto de la pena de suspensión de cargo u oficio público, en tanto pena accesoria a la pena privativa de libertad, como del fundamento resocializador de las penas sustitutivas.

#### CORTE DE APELACIONES

Concepción, diecisiete de enero de dos mil veinte.

Visto:

Por sentencia definitiva de 3 de diciembre de dos mil diecinueve, el Tribunal de Garantía de Talcahuano, condenó a don Adolfo Alejandro Vera Valdés, como autor del delito consumado de conducción en estado de ebriedad causando daños, previsto y sancionado en el artículo 196 de la Ley de tránsito, en relación a los artículos 110 y 111 del mismo cuerpo legal, cometido en la comuna Talcahuano, el día 31 de enero 2019 en la comuna de Talcahuano, a sufrir la pena de remisión condicional en sustitución

de la corporal de 41 días de prisión en su grado máximo y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Contra la mencionada resolución, el defensor penal público interpuso recurso de nulidad por la causal señalada en el artículo 399 en relación al 385 del Código Procesal Penal del Código, toda vez que se ha aplicado una pena accesoria del artículo 30 del Código Penal, en circunstancias que no debió haberse aplicado más que la pena de remisión condicional, pidiendo que este recurso sea acogido y se dicte sentencia de reemplazo, sin nueva audiencia, pero separadamente, por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción.

Con fecha 26 de diciembre de 2019, declarado admisible el medio de impugnación, se ordenó pasar los antecedentes al señor Presidente de esta Corte, para que se fijara audiencia de conocimiento del recurso, lo que se dispuso para el día 30 de diciembre de 2019, ocasión en que se escuchó a los intervinientes y quedó en estado de ser resuelta.

Considerando:

*Primero:* Que, en concepto de la defensa, concurre la causal denunciada, porque el tribunal condenó a su representado a la pena de 41 días de prisión máxima, pena que substituyó por la de remisión condicional de la pena. Asimismo, el tribunal, a pesar de haber substituido la pena corporal, decidió aplicar la pena del artículo 30 del Código Penal de suspensión de cargos públicos por el tiempo que dure la condena corporal.

El recurrente consigna que lo anterior constituye una errónea aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que las penas de la Ley N° 18.216 son penas, la remisión condicional es una pena substitutiva de la pena corporal, el artículo 1° de la Ley N° 20.603 habla derechamente de pena substitutiva, si estas penas no fueren substitutivas de las corporales, no sería posible entender dentro de la ley, la posibilidad de un abono de la pena, cuando se revoca la substitución; la decisión afecta el principio de legalidad de las penas y atendido el tenor literal del artículo 30 del Código Penal.

A su juicio existe influencia sustancial en lo dispositivo del fallo porque como consecuencia de esta errónea aplicación del derecho, se impuso una pena a la que en derecho NO correspondía en razón de lo recién expuesto y la sentencia recurrida causa agravio a los derechos de mi representado, en los términos de los artículos 19 número 3 de la Constitución Política de la Republica, artículos 1 y 30 del Código Penal, 1 número 1 de la Ley N° 20.603 y 1 de la Ley N° 18.216 por cuanto se impone una pena (la del artículo 30 del código penal) que no corresponde de acuerdo a la ley y a los razonamientos expuestos. En este caso al incurrir en dicha infracción la sentencia no se ha legitimado y en consecuencia la decisión sin duda causa agravio.

*Segundo:* Que lleva la razón el Tribunal recurrido, por cuanto la pena substitutiva de remisión condicional de la pena, no excluye el cumplimiento de la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

La pena accesoria corresponde a la sanción que se aplicó al condenado y la pena substitutiva de remisión condicional es una forma de cumplimiento de la pena principal, de manera que son dos instituciones que poseen naturaleza distinta.

*Tercero:* Que, efectivamente, una de las modificaciones de la Ley N° 20.603 fue cambiar el nombre de la Ley N° 18.126, por la de “Establece penas que indica como substitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad”. Además, en el nuevo artículo 1° de la

Ley N° 18.216 se consagró: “La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse...”. Es decir, siempre se habla que lo que se sustituye es la pena privativa o restrictiva de libertad, por alguna de las penas mencionadas en el artículo 1° de la mencionada ley.

*Cuarto:* Que, en el proceso lógico de aplicación de la pena, primero debe imponerse la pena privativa o restrictiva de libertad que la ley ha señalado para el delito y, luego, si se reúnen los requisitos legales se procederá a sustituirla por alguna de las señaladas en la Ley N° 18.216.

Junto con la pena principal, esto es, la privativa o restrictiva de libertad, el juzgador debe imponer las accesorias que se indican en los artículos 27 al 31 del Código Penal, según sea el caso.

En la especie, habiéndose impuesto una pena privativa de libertad, la accesoria que corresponde es la prevista en el artículo 30 del Código Penal.

Conforme a todo lo dicho, lo que se sustituye es la pena privativa de libertad impuesta, no la accesoria, conforme a las mismas normas citadas por el recurrente, pues la Ley N° 18.216, después de la modificación introducida por la Ley N° 20.603, siempre habla de sustituir la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta.

*Quinto:* Que la jueza *a quo* al imponer la pena privativa de libertad, para luego sustituirla por la pena de remisión condicional de la pena, manteniendo la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, ha obrado de

acuerdo a la ley, no incurriendo en las infracciones mencionadas por el recurrente.

En efecto, la pena accesoria impuesta por la jueza del grado es la que corresponde conforme al artículo 30 del Código Penal para la privativa de libertad aplicada al sentenciado, está señalada con anterioridad a la perpetración del delito. Otra cosa, es que la privativa de libertad haya sido sustituida por la de remisión condicional. Es necesario reiterar, que la pena accesoria fue impuesta por la privativa de libertad que correspondía aplicar al acusado no fue impuesta como accesoria a la pena sustitutiva.

*Sexto:* Que el Ministerio Público, en estrados, sostuvo el rechazo del recurso por encontrarse correctamente aplicado el derecho, ya que el Tribunal *a quo* aplicó correctamente los artículos que la defensa estimó vulnerados.

Por lo razonado, mérito de los antecedentes y lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 18.216, *se rechaza*, sin costas, el recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de tres de diciembre del dos mil diecinueve, pronunciada por la Juez de Garantía de Talcahuano, en la parte que impone a don Juan Adolfo Alejandro Vera Valdés la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, la cual en consecuencia, no es nula.

Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante don Waldo Ortega Jarpa, quien fue de parecer de acoger el recurso, toda vez que la pena accesoria

de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, no es susceptible de cumplimiento inmediato, atendidas las siguientes razones:

1º Que, la Ley N° 18.216, fue modificada por la Ley N° 20.603, la cual establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. La Historia de la Ley, da cuenta que en el mensaje del Ejecutivo, de 31 de marzo de 2008, los antecedentes generales del proyecto, en parte dicen: “Existe claridad en cuanto al doble papel que deben jugar las medidas alternativas en nuestro sistema de penas: servir como una real herramienta en el ámbito preventivo especial, esto es de reinserción, y ser un arma efectiva en el control del delito.

Por lo anterior, y en el marco del acuerdo político legislativo en materia de seguridad pública, se han aunado las fuerzas de todos los sectores políticos en torno a la necesidad de reformar la ley sobre medidas alternativas a las penas privativas, de manera tal que ella logre cumplir los anhelos de reinserción y alternativa a la prisión; pero, simultáneamente, constituir una herramienta real y eficiente para dar respuesta al fenómeno criminal.” (Ver [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/4505/HLD\\_4505\\_749a0d2dec7072ac83d52ebiPf2ff393.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4505/HLD_4505_749a0d2dec7072ac83d52ebiPf2ff393.pdf) ultima consulta 15 de enero de 2020 a las 16:30).

Del párrafo transcrito se desprenden dos ideas: en primer lugar que la reforma tiene por objeto facilitar la re-

inserción de los penados y en segundo lugar que las penas están pensadas en su finalidad preventiva especial.

El concepto de reinserción social, es el proceso orientado a la plena reintegración a la sociedad de una persona que ha sido condenada por infracción a la ley penal, mientras que la función preventiva especial, considera que la pena tiene por fin que el individuo no vuelva a delinquir (Véase Mañalich, Juan Pablo, “La pena como retribución”, Revista *Estudios Públicos* 108, Primavera 2007, p. 127).

Para resolver como se dirá, se ha de considerar que cuando el legislador ha establecido un sistema de penas sustitutivas, mediante la reforma de la Ley N° 20.630, tiene por objeto establecer equivalentes funcionales de la pena, ello ocurre cuando una institución, en este caso la pena sustitutiva, es equivalente funcional de otra institución social o jurídica, la pena efectiva, cuando ambas coinciden en cumplir una determinada finalidad, vale decir la función preventiva especial, evitando los efectos negativos de la prisionización y favoreciendo la reinserción. Silva, Jesús-María: *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Atelier, Barcelona, 2018, p. 117).

2º Que, el alzado solicita la No aplicación, para este caso particular, de la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena. Es necesario despejar si dicha petición es coherente con nuestro sistema de penas. La naturaleza de “accesoria”, que posee aquella parte

de la decisión impugnada, nos lleva a concluir que su aplicación está condicionada por la principal, teniendo un carácter dependiente, por lo cual carece de autonomía. La naturaleza de la pena, ha de tener una proyección en el penado, que le impide continuar desarrollando sus labores de Gendarme, lo cual proyecta un carácter aflictivo y excluyente del cuerpo social, en cuanto le priva del trabajo que actualmente realiza, causándole un conjunto de consecuencias quizá más graves que el cumplimiento efectivo de la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo.

En el cumplimiento del castigo, cualquiera sea su naturaleza, han de considerarse dos cuestiones fundamentales: Por un lado, el reconocimiento de que la ejecución penal produce efectos contraproducentes para la socialización del condenado y, en segundo lugar, la comprensión del tratamiento obligatorio como un gravamen adicional a los contenidos del castigo que, a su vez, atenta contra la autonomía del individuo. (Carnevali, Raúl y Maldonado, Francisco: P. 387. “El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad”, en revista *Ius et Praxis*, Año 19, N° 2, 2013).

No es posible soslayar, que la revisión de la Ley N° 18.216 en su texto actual, establece para la remisión condicional, un plazo de observación en que de acuerdo al artículo 5° letra b) exige el ejercicio de una actividad remunerada, la reclusión parcial

exige para su concesión, de acuerdo al artículo 8° letra c) antecedentes laborales que justificaren la pena; caso similar ocurre a propósito de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, del artículo 11 letra b). Para el otorgamiento de la libertad vigilada, el artículo 15 N° 2 se refiere a los antecedentes sociales favorables, entre los cuales lo laboral es importante para su concesión, al igual que en el artículo 15 bis para la concesión de la libertad vigilada intensiva.

3° Que, por otra parte, el artículo 30 del Código Penal establece claramente: “Las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.”, por lo que siendo la pena accesoria propia de la de presidio inicialmente impuesta en la sentencia impugnada, no procede su imposición como accesoria de la sustitución de remisión condicional impuesta, que es única y goza de su propia entidad, en su calidad de equivalente funcional. (Corte de Apelaciones de Valparaíso, roles N°s. 1279-2015 y 1483-2015).

4° Que, por otra parte, el Juzgador ha de estar atento al mandato del artículo 5° de la Constitución Política de la República, en cuanto le obliga a respetar y promover los derechos contenidos en la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados

por Chile. Entre otros, este principio se encuentra garantizado, tanto en el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 5.2 del Pacto de San José de Costa Rica, como en la Observación General 21 de Naciones Unidas, sobre trato humano de las personas privadas de libertad. Asimismo, el propio Reglamento Carcelario chileno, en sus arts. 1º y 92, así lo determina. Toda la normativa citada orienta cualquier interpretación hacia la que efectivamente permita la

reinserción del penado en la sociedad, todas razones por las cuales el presente recurso debe ser acogido.

Redacción del Abogado Integrante don Waldo Ortega Jarpa.

Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Concepción integrada por Ministro Hadolff Ascencio M., Ministro Interino Reynaldo Eduardo Oliva L. y Abogado Integrante Waldo Sergio Ortega J. Concepción, diecisiete de enero de dos mil veinte.

Rol N° 1096-2019.