

La ambigua clase de “penas facultativas” en la doctrina chilena y de “penas compuestas” en la doctrina española

Ambiguous class of "optional sanctions" in the chilean doctrine and "composite sanctions" in the spanish doctrine

EDISON CARRASCO JIMÉNEZ¹
Universidad de Concepción, Chile.

RECEPCIÓN: 04/11/2015 • ACEPTACIÓN: 20/04/2016

RESUMEN El presente artículo tiene por objetivo demostrar lo ambiguo de la clase de “penas facultativas” creada por la doctrina chilena, y de la clase de “penas compuestas” creada por la doctrina española. Ello habría de ser así, porque dichas clases de penas no responden a una clase diversa de las llamadas “penas conjuntas” o “copulativas” y las “penas alternativas”, y que en conjunto integran la clasificatoria de “penas plurales” o “pluralidad de penas”, puesto que corresponden a la clase de “penas alternativas”. Tal forma de clasificación se funda en la configuración lógica de las penas, y jurídico-penalmente en el poder discrecional del juez como elemento de distinción en la pluralidad de penas. La importancia del problema radica en que mientras las “penas conjuntas” o “copulativas” pueden producir determinadas consecuencias jurídicas diferenciadas de aquéllas propias de las “penas alternativas”, las penas “facultativas” y “compuestas” ni producen una consecuencia jurídica diferente de las “alternativas”, ni sugiere valoraciones diferentes. Con lo que la clase de penas “facultativas” y “compuestas” se presta más a confusión que a claridad.

PALABRAS CLAVES “Penas facultativas” – “penas compuestas” – Pluralidad de penas.

¹ Abogado de la Universidad de Concepción. Doctor Derecho Penal en la Universidad de Salamanca, España. Correo: ecarrasj@hotmail.com

ABSTRACT This article aims to demonstrate the ambiguity of the class of "optional sanction" created by the Chilean criminal doctrine, and the kind of "integrated sanction" created by the Spanish criminal doctrine. This would be because these types of penalties do not respond to a different class of calls "copulative sanction" or "joint sanction" and the call "alternative sanctions", and they together make up the qualifying "plurality penalties", as it would respond to the kind of "alternative sanctions". Such qualification is based on the logical configuration of penalties and legal-criminally in the discretion of the judge as an element of distinction in the plurality of sanctions. The importance of the problem is that while the "copulative sanctions" can produce certain legal consequences distinct from those of the characteristics of the "alternative penalties", the "optional sanction" and "integrated sanction" do not produce a different legal consequence of the "alternative sanctions", nor produced a different assessment. For that reason, it is that the types of "optional sanction" and the "integrated sanction", produce more confusion than clarity.

KEYWORDS "Optional sanctions" – "integrated sanction" – Plurality of sanctions

1. Planteamiento del problema e hipótesis

Tanto la doctrina chilena, como la doctrina española, reconocen una clase de penas dentro de la clasificación de la pluralidad de penas², que reconoce una misma razón y criterio de clasificación, como lo son las denominadas "penas facultativas" y "penas compuestas" respectivamente. La clasificación habría de constituir la las llamadas penas "copulativas" o "conjuntas" y las penas "alternativas", a las que añaden la mencionada "facultativa" y "compuesta", como una tercera clase.

Sin embargo, dicha clase no solo no añade nada diferente desde el punto de vista de la configuración de las relaciones lógicas que es posible inferir del marco penal y reducir a un enunciado jurídico³ para el caso de la pluralidad, sino que tampoco lo hace desde las valoraciones que importan observaciones y consecuencias jurídico-penales distintas a las de las penas "copulativas" o "conjuntas" y las penas "alternativas". Esto es así, porque las llamadas "penas

² Entendemos que el rótulo "pluralidad de penas", solo ha de aplicarse en puridad a estos casos de penas plurales, puesto que en otros casos, la existencia de más de una pena se produce normalmente como consecuencia de una pluralidad de delitos, por lo que es ésta categoría la que acude para definir el fenómeno, y no el de pluralidad de penas. Ello, porque para la señalada pluralidad de penas se toma en consideración a las penas por sí mismas en su carácter de plurales, y no como efecto de una pluralidad de delitos.

³ KLUG hacer referencias a estos "enunciados jurídicos" (*juristischer aussagen*). KLUG (1966), p. 40.

facultativas” y “penas compuestas”, no son más que “penas alternativas”, como se demostrará.

Esto implicaría que dicha clase solo introduce ambigüedad en el sistema dogmático.

2. Desarrollo del problema

2.1. “Penas facultativas” (doctrina chilena)

La doctrina chilena establece una clasificación de penas según su unidad o pluralidad. Ello se basa en principio, en la misma clasificación que se puede inferir del propio Código Penal chileno y según las nomenclaturas usadas por éste. En específico, es el artículo 61 del Código Penal chileno el cual las contiene.

Así y para referirse a la designación de penas, señala dos grupos:

- “Penas alternativas”: “si se designan para un delito *penas alternativas*, sea que se hallen comprendidas en la misma escala o en dos o más distintas, no estará obligado el tribunal a imponer a todos los responsables las de la misma naturaleza” [el resaltado es nuestro] (artículo 61 N° 3).
- Penas copulativas: “cuando se señalan al delito *copulativamente penas* comprendidas en distintas escalas o se agrega la multa las de la misma escala, se aplicarán unas y otras...” [el resaltado es nuestro] (artículo 61 N° 4).

En cuanto a la pena señalada en singular, su obvia composición hace que por exclusión se entienda por tal, aunque el mismo artículo respecto de ésta la refiere como “la pena” o “una” (artículo 61 N° 1 y 2)⁴.

Igualmente el rótulo de “penas copulativas”, lo señala expresamente la legislación penal fuera del Código Penal, como lo hace el art. 196F inciso 2° de la Ley N° 18.290⁵.

Según la doctrina chilena, ellas responden a un criterio de clasificación conforme a las posibilidades de aplicación⁶, o la forma en que pueden ser impuestas⁷, o puestas a disposición del tribunal⁸, cuestión que designan finalmente

⁴ El N° 1 del artículo 66 del Código Penal Español de 1850, del cual se adoptó en parte por esta norma -Sesión 19, 20 de julio de 1870, Comisión Redactora del Código Penal Chileno (1873) p. 279- es más explícito al señalar pena “sola”.

⁵ “Para los efectos de la aplicación del artículo 395 del Código Procesal Penal, el juez deberá informar al imputado todas las *penas copulativas* y accesorias que de acuerdo a la ley pudieren imponérsele, cualquiera sea su naturaleza”.

⁶ GARRIDO MONTT (1997) p. 264.

⁷ BULLEMORE (2005) p. 140.

⁸ CURY (2005) p. 704.

como penas “alternativas” y “copulativas”⁹, aunque en algunos casos con diferencia mínima en la nomenclatura¹⁰.

Así las *penas copulativas* son entendidas, en todos los casos expuestos por la doctrina chilena, por su aplicación conjunta; y las *penas alternativas*, están fundadas en el arbitrio del juzgador, y el que elegida una de las penas dentro del marco penal, la otra no procede aplicar¹¹.

Básicamente ésta sería una clasificación y nomenclatura dogmática, ya que el texto mismo de la ley entrega las denominaciones en uno y otro caso. No obstante lo anterior, aún se agrega por un sector mayoritario de la doctrina chilena, una tercera categoría: las *penas facultativas*.

Como dicha categoría no se encuentra figurando en la ley, ni como clasificación ni terminológicamente, sería una denominación y clasificación eminentemente doctrinaria, puesto que ella no arranca del artículo en comento – artículo 61-, sino que más bien es una apreciación que la doctrina hace de ciertos artículos del Código Penal chileno, en especial de los artículos 197, 249 y 298¹².

Así, Garrido Montt se refiere a la “pena facultativa” como “cuando siendo dos o más las asignadas al delito se faculta al juez para que imponga necesariamente una, y la otra sólo si a su juicio corresponde además aplicarla”¹³. En este mismo sentido también Balmaceda¹⁴. Bullemore, por su parte, la define como “aquellas cuya imposición queda entregada al arbitrio del juez. Se trata de penas accesorias respecto de las cuales el juez tiene la facultad de agregar o no a otra pena principal y de imposición obligatoria”¹⁵. Por otro lado, Cury, las define como son las que la ley autoriza al juez para imponer o no a su arbitrio¹⁶,

⁹ Por todos, GARRIDO MONTT (1997), p. 265; BULLEMORE (2005), p. 140; CURY (2005), p. 704; BALMACEDA (2014), p. 323. Igualmente aunque sin mayor desarrollo, en NÁQUIRA et al (2008), 44. Excepto MATUS, tratando la multa además de conjunta como facultativa, en el sentido de alternativa, ver MATUS (2002) p. 40, y no según la clasificación que suele hacer la doctrina. Aunque consciente en la nomenclatura de “alternativas” y “copulativas”, ver MATUS y WEEZEL (2002) p. 345.

¹⁰ Como WEEZEL, quien denomina a las “copulativas” como “pena conjunta”, ver WEEZEL (2000) p. 56.

¹¹ GARRIDO MONTT (1997) p. 265; BULLEMORE (2005) p. 140; CURY (2005) p. 704; NOVOA (2005) p. 285; ETCHEBERRY (1998) p. 141; YUSEFF (1995) pp. 117-118.

¹² Usando el mismo término de “facultativas” lo señala el Mensaje 196-359 del Proyecto de Ley del 27 de septiembre, de 2011, conocida como “ley antitomas”, la cual pretendía eliminar la multa como sanción, que se encuentra actualmente en el artículo 269 como disyuntiva junto a la privativa de libertad, ver Proyecto de Ley del 27 de septiembre, de 2011, III, B, p. 12.

¹³ GARRIDO MONTT (1997) p. 265.

¹⁴ BALMACEDA (2014) p. 322.

¹⁵ BULLEMORE (2005) p. 140.

¹⁶ CURY (2005) p. 704.

dirigiéndose en un mismo sentido Etcheberry¹⁷. Ortiz Quiroga y Arévalo no solo las señalan, sino que además habrían de explicitar las diferencias con las penas alternativas. En efecto¹⁸, definen las penas facultativas como “las que el juez puede agregar a otra que señale la ley con carácter obligatorio”¹⁹. El argumento de diferenciación que los autores utilizan respecto de las alternativas, es que existiría un mayor grado de “discrecionalidad con respecto a la regulación ordinaria del Código [penal], particularmente en las hipótesis de penas facultativas y alternativas”²⁰, y el que “la pena que se agrega debe encontrarse prescrita en la ley para el respectivo delito, no pudiendo el juez escoger cualquier pena para establecerla con carácter facultativo”²¹.

2.2. “Penas compuestas” (doctrina española)

La legislación penal española no hace referencia directa a una clasificación de pena según su pluralidad, sino que más bien es la doctrina española quien se ha referido a ellas. Dentro de dicha taxonomía, aquélla reconoce la llamada “pena compuesta”.

Es así como, los autores RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, señalan al respecto:

“La pena abstracta que señala la ley puede formarse con una de las penas de la escala general, en toda o en parte de su extensión, o con dos o más de las que la escala general contiene, que pasan así a formar «una» pena compuesta. También se establece en ocasiones acumulando varias penas, a veces con carácter alternativo o facultativo”²².

Los autores establecerían tres órdenes aparentemente distintos:

- Pena compuesta: formada por dos o más penas, es decir, más de una pena.
- Penas acumulativas o “cumulativas”²³: formada por más de una pena en conjunción
- Penas alternativas: formada por más de una pena en alternatividad.

Por los ejemplos dados a continuación de esta clasificación por los autores, parece apuntar que la llamada “cumulación” o “acumulación”, se refiere a lo que en la dogmática chilena serían las “penas copulativas”²⁴.

¹⁷ ETCHEBERRY (1998) p. 142.

¹⁸ ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 113.

¹⁹ ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 113.

²⁰ ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 113.

²¹ ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 113.

²² RODRÍGUEZ y SERRANO (1994) p. 934.

²³ RODRÍGUEZ y SERRANO (1994) p. 934.

Según lo expresado por los autores, existirían las “penas cumulativas”, las “penas alternativas” y las “penas compuestas”. Las dos primeras están formadas por más de una pena, formuladas en el enunciado del marco penal en conjunción o disyunción, y la “pena compuesta”, por más de una pena. Esto puede mostrar de inmediato, desde esta perspectiva, lo superfluo del rótulo de “penas compuestas”, ya que, de partida, implicaría redundar en el concepto.

Ésta clasificación es seguida igualmente por Gracia Martín, con algunas variaciones.

En efecto, el autor mantiene el rótulo anterior de “pena cumulativa”, siendo en el fondo una pena copulativa (“acumulación de dos o más penas de distinta naturaleza que deberán aplicarse conjuntamente”²⁵). Señala a propósito de éstas: “En estos casos no puede hablarse de una pluralidad de penas sino que, como dicen Rodríguez y Serrano, lo que existe realmente es *una* pena compuesta”²⁶ [resaltado del autor].

Gracia Martín, además, ejemplifica con el art. 322.1 del Código Penal español, la existencia de una “pena compuesta” que resultaría “de la acumulación de una pena alternativa a otra pena determinada”²⁷.

3. Demostración de la hipótesis

3.1. Configuración lógica²⁸ de las penas plurales

En la *pluralidad de penas*, existe un marco penal en abstracto del cual es posible inferir un enunciado jurídico el que expresa un comportamiento del

²⁴ “Ejemplos: Art. 407 (reclusión menor, impuesta en toda su extensión); art. 302 (prisión mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, dos penas de distinta naturaleza impuestas cumulativamente); art. 368 (arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas, cumulativamente); art. 459, párrafo primero (arresto mayor o destierro, y en todo caso multa de 100.000 a 500.000 pesetas, la multa es siempre cumulativa con las dos primeras, que son alternativas)” (RODRÍGUEZ y SERRANO (1994) p. 934).

²⁵ GRACIA y BOLDOVA (2004) pp. 47-48.

²⁶ GRACIA y BOLDOVA (2004) p. 48.

²⁷ GRACIA y BOLDOVA (2004) p. 48.

²⁸ Utilización del término “configuración” en la lógica por Wittgenstein, y para la lógica de las conectivas, señalando a la configuración de éstas como variables según la utilización del functor (anotación 2.0271) y según la configuración forma el hecho atómico (anotación 2.0272), Wittgenstein (2003) p. 18. Para la lógica del lenguaje PADILLA (2001) pp. 197-217. Bustos utiliza el término de “configuración” para el caso de la tipicidad como configuración en la realidad de una descripción típica, BUSTOS (1994) p. 274. En España se señala: “La *configuración legal* de estas penas las hace inherentes a la pena de prisión impuesta al condenado, como una consecuencia necesaria de la misma” [el resaltado es nuestro], LASCURAÍN *et al* (2004) p. 455, en relación a la STS 1273/2000, 14-7 y STS 1442/1999, 18-10).

sistema de penas²⁹, y en el que se expresa más de una pena, como términos dentro de una relación lingüística a la que es posible efectuar “silogismos hipotéticos”³⁰ justamente por dicha configuración.

Tales términos tienen un sentido determinado en la relación lingüística, en función de la conectiva utilizada. Dicho sentido, es coincidente con la inferencia lógica que se obtiene de tal uso de las conectivas, por lo que la relación lingüística coincide con la relación lógica. Por ende, entre los términos del enunciado en que se expresan lingüísticamente “penas”, es posible efectuar iguales operaciones lógicas que entre los términos de cualquier enunciado, en razón de la función que adquiera la conectiva y según la “lógica de las conectivas”³¹.

Así, a nivel de la gramática expresada por el enunciado del marco penal y según la relación lógica, es el uso del “conector” el que determina dos posibles y únicos estados lógicos a encontrarse el enunciado en el que se expresan gramaticalmente las penas en pluralidad, como lo son en alternatividad o conjunción (“y”, “o”)³², y de ahí su única y precisa relación como penas en alternatividad a otra pena, y penas en conjunción a otra pena³³.

Solo en la expresión gramatical del enunciado del marco penal tiene sentido la configuración lógica en estos estados, ya que el conector utilizado en dicho enunciado es el que determina finalmente la relación lógica específica entre los términos que son “penas”, como de igual modo lo determina en la relación lógica de disyunción o conjunción para la lógica. Por lo que dicha determinación legal obliga al Juez a imponer las penas en estos estados, tanto por construirse tal determinación sobre una infraestructura lógica que obliga a operar según las reglas de la lógica³⁴, como por representar ‘tipo penal/marco penal’ una *norma*

²⁹ El cual no es diferente al de puertas lógicas, KLUG (1966) 157-172.

³⁰ LUKASIEWICZ (1974) p. 19.

³¹ LUKASIEWICZ (1975); FREGE (1974).

³² Como en los casos ejemplificativos de los marcos penales del art. 114 del Código Penal: “presidio mayor en su grado mínimo, y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales” para las penas copulativas; y para las penas alternativas, el art. 143: “reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

³³ También en el caso de otra clase de pluralidad de penas, como las penas accesorias, las que no se diferencian de las copulativas en cuanto a su configuración, ver la opinión de ETCHEBERRY (1998) p. 141. Lo mismo en Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 2.a 19-1-06 en relación al art. 57 del Código Penal español, quien se refiere a las penas accesorias como “anudada a otras”.

³⁴ KLUG (1966) p. 9. El mismo autor señala como los tribunales –“la Corte Suprema de la zona inglesa en Alemania”- reconoció que toda falta de lógica en una sentencia es motivo suficiente para que se plantee una revisión del derecho material, ya sea porque tal falta contra la lógica se encuentre en las conclusiones o porque se aceptan hechos interpretados de forma contradictoria.

secundaria, por ende, de las dirigidas al Juez para imponer la pena y en el sentido en que la configuración lógica declara.

Se debe sí hacer una salvedad. En el enunciado del marco penal, los conectores clásicos o usuales para la disyunción o conjunción, como los son “o” e “y”, pueden ser reemplazados por “equivalentes semánticos”, ya que existe una misma relación lógico-semántica³⁵.

Es así como para las llamadas “penas conjuntas” o “penas copulativas”, “e” se utiliza como conjunción sustitutiva de “y” -normal en los casos donde no sea posible su utilización, por ejemplo en “e inhabilitación”-, como también pueden ser usadas otras formas lingüísticas, tal y como el adverbio “además”³⁶, “también”³⁷, “igualmente”³⁸, y que pueden reconocerse en la sintaxis normativa de las descripciones legales.

En cambio para las llamadas “penas alternativas”, la sintaxis normativa en los enunciados del marco penal, se utilizan también formas lingüísticas como “podrá”³⁹ u otras formas verbales que indiquen la facultad de elección del juez, y por ende, alternatividad⁴⁰.

3.2. Análisis de las “Penas Facultativas”

En el problema en particular, esto es, en las llamadas “penas facultativas”, se mencionaron por la doctrina como se pudo comprobar, clases tales como la de los arts. 197, 249 y 298, a la que se añade igualmente el marco penal del art. 246. Veamos esto en detalle.

A la descripción típica del artículo 197 N° 1 del Código Penal chileno, se asocia y se expresa como marco penal, lo siguiente:

³⁵ PADILLA (2001) p. 201.

³⁶ Caso del artículo 371 N° 1, inciso 2° y 446 N° 1, segunda parte del Código Penal español; artículo 119, artículo 153 Código Penal inciso 1° del chileno.

³⁷ Artículo 270 N° 2 del Código Penal español; artículo 240 bis inciso 1° Código Penal chileno.

³⁸ Artículo 274 N° 1, segunda parte del Código Penal español; artículo 443 inciso 2° Código Penal chileno.

³⁹ Artículo 214 del Código Penal español; artículo 240 bis inciso 3° del Código Penal chileno.

⁴⁰ Por ejemplo, la curiosidad que planteaba el Código Penal español de 1850, donde en su artículo 164, respecto de las injurias al rey y en su inciso 3°, prescribía: “las injurias cometidas en cualquier otra forma serán penadas con la prisión menor, si fueren graves, y con la correccional si fueren graves”, cuestión que indica que la conectiva, desde un punto de vista gramatical significa conjunción, pero que en el contexto, su significación semántica es una disyuntiva.

“*presidio* menor en cualquiera de sus grados y *multa* de once a quince unidades tributarias mensuales, o *sólo la primera* de ellas según las circunstancias” [el resaltado es nuestro].

Y en el inciso N° 2, el marco penal establece:

“*presidio* menor en su grado máximo y *multa* de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, o *sólo con la primera* de estas penas atendidas las circunstancias” [el resaltado es nuestro].

Si simplificamos el enunciado del marco penal del art. 197 N° 1 inc. 1°, lo descomponemos en unidades simples, y los describimos según notación lógica⁴¹, tendremos:

Dos penas únicas:

- una privativa de libertad, como es el *presidio* (p).
- una multa (m).
- y dos conectivas.
 - y (.),
 - o (v)⁴².

La expresión “sólo con la primera”, indica la referencia a la pena de *presidio*. De ahí que tenemos dos estructuras lingüísticas diferenciadas en el enunciado del marco penal:

- una, formada por dos penas únicas, prisión y multa, cuya relación es copulativa: (p.m).
- otra, que contiene una pena única: (p).

Ambas estructuras forman una más compleja, cuya relación es disyuntiva, por el uso de la disyunción gramatical “o” (v). Por ende, la forma de composición es la siguiente:

(p.m) v p

Esto implica una *pluralidad de penas*, pero que por su complejidad no deja de ser una disyunción, y por tanto, una pena alternativa, ya que, y en virtud de comportarse el marco penal (en conjunto con el tipo penal), como una *norma secundaria*, aplicarse por el juez el *presidio* copulativamente con la multa, o bien, y de forma alternativa, sólo el *presidio*.

El inciso 2° del artículo 197, es idéntico en su composición.

En los demás casos del Código Penal chileno, existe igual razón, según como se expresa en el siguiente cuadro:

⁴¹ Utilizaremos la notación lógica *Peano-Russell*.

⁴² Para la conjunción, utilizaremos como símbolo lógico, entonces “.”, y para la disyunción “v”.

Artículo	Marco Penal	Penas	Notación
249	“pena de inhabilitación absoluta, temporal o perpetua, para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triplo del provecho solicitado o aceptado”.	<ul style="list-style-type: none"> • inhabilitación absoluta temporal (iat) • inhabilitación absoluta perpetua (iap) • multa (m) 	(iat.m) v (iap.m) ó m(iat v iap)
298	“En los casos de los dos artículos precedentes [caso del artículo 296 y 297, ambos con penas privativas de libertad] se podrá condenar <i>además</i> al amenazador a dar caución de no ofender al amenazado, y <i>en su defecto</i> a la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad”.	<ul style="list-style-type: none"> • privación de libertad (p) • caución (c) • sujeción a la vigilancia (sv) 	(p.c) v (p.sv) ó p (c v sv)
246	“suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, o bien en ambas conjuntamente”.	<ul style="list-style-type: none"> • suspensión (s) • multa (m) 	(s v m) v (s.m)

En todos los casos se puede comprobar, según como ha sido expresada en la notación del cuadro anterior, que siempre esta clase de penas, son finalmente, penas alternativas.

Para el caso de la “pena compuesta” según la doctrina española, no es muy diferente la situación. Revisemos el ejemplo que se dio a propósito de ella, esto es, el art. 322.1 del Código Penal español.

El art. 322.1 citado dispone lo siguiente:

“La Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses”.

Por su parte, el art. 404 prescribe:

“A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”.

El art. 404, como se ve, impone pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público (i) en conjunto a la de ejercicio del derecho de sufragio pasivo (es).

El marco penal en el art. 322.1, dispondría así de cuatro penas:

- La inhabilitación más la inhabilitación del derecho a sufragio del art. 404 y que ordena imponer siempre el art. 322.1 (i.es).
- Prisión (p)
- Multa (m)

El art. 322.1 impone la pena de prisión en alternatividad a la multa:

p v m

Como el art. 322.1 impone la pena de inhabilitación siempre y en todo caso, significa que, sea que se imponga prisión o sea que fuere la multa, debe imponerse la inhabilitación, lo cual implica que se estaría imponiendo copulativamente a cualquiera de las penas en alternativa, esto es:

(i.es.p) v (i.es.m)

O si se quiere:

i.es (p v m)

Conforme a lo aquí examinado, si por “pena compuesta” se ha de entender aquella formada por “copulativas” y “alternativas”, no deja entonces de ser una *pena alternativa*.

Esto no es distinto al rótulo de “pena facultativa” que usa la doctrina chilena, con la diferencia que al menos se expresa un criterio para la distinción, a diferencia de la doctrina española sobre el punto que, aparentemente, no señala criterio alguno.

3.3. Función de la “clase” en la pluralidad de penas y sus efectos jurídico-penales

Ya pudo notarse cómo la “elección” (judicial) es el elemento central en la caracterización de la “pena alternativa”.

Pero mayor importancia tiene a nivel jurídico-penal, ya que supone el que la elección judicial aquí implica el poder discrecional del Juez en la elección de la pena, que diferencia la pena “alternativa” de la pena “conjunta” o “copulativa”, por lo que éste es el elemento jurídico-penal que cumple la función de diferenciar una clase de pluralidad de penas de otra. Esto es que frente a diversas clases de penas

plurales, el poder discrecional del Juez es el elemento diferenciador entre dichas clases.

Esto nos lleva a igualmente diferenciarlas en su valoración jurídico-penal.

Las “penas conjuntas” o “copulativas” no importan grandes diferencias jurídico-penales con las penas únicas, a la hora de ser testeadas en su satisfacción con el principio de proporcionalidad. En efecto, el juicio al que podrían estar sujetas las penas “conjuntas” o “copulativas” es la ponderación sobre el peso de las penas, en su proporcionalidad con el desvalor de la relación social. Por ende, sus efectos-jurídico-penales habrán de ser evaluadas desde dicha proporcionalidad, con la finalidad de detectar los problemas que podrían producir las mismas en el sistema legal, tales como por ejemplo, un sobrepeso punitivo.

Pero igualmente pueden ser testeadas en las relaciones específicas de cada pena copulada, con algún elemento del delito que justifique o no su conjunción.

Por su parte, en la pena “alternativa” se han observado problemas en relación a los efectos jurídicos que produciría, en razón de la configuración lógica del enunciado del marco penal al que pertenecen.

Por ejemplo, Ferrajoli cuestiona su naturaleza, por ser contraria a principios constitucionales de igualdad y de legalidad, ya que desplazaría la decisión de la pena a aplicar, en el Juez⁴³. Crítica las penas “alternativas” entre multa y pena privativa de libertad, las que son penas incomparablemente diferentes, y el que la elección de las penas alternativas, dejaría sin aplicación disposiciones como el art. 162 y 162 bis del Código Penal italiano⁴⁴.

Cachón y Cid en España igualmente critican las penas “alternativas”, señalando que si una pena puede ser sancionada alternativa a una pena de multa, significa que también puede ser sancionada solo con la pena de multa, por lo que aconsejan suprimir las penas alternativas de multa y penarlas solo con multa, ya que de lo contrario se estaría discriminando para aquellos que se encuentren en peor situación económica⁴⁵.

Por su parte Corcoy en España, señala que en los casos de pena “alternativa” de multa y privativa de libertad, se tendía a aplicar la primera con mayor recurrencia que la segunda, ya que por lo general no se contaban con criterios objetivos que permitan establecer el por qué de la aplicación de una pena privativa, sobre todo si se trata de penas de lesividad diferente⁴⁶.

Contrariamente a los autores citados, Novoa en Chile estima cierta utilidad y una razón que justifica su existencia en el sistema. Es así como señala que “para

⁴³ FERRAJOLI (2004) p. 404.

⁴⁴ Sobre el caso de eximir al condenado en penas de multa alternativa a cualquier pena menos arresto, de la tercera parte (art. 162), o la mitad en las alternativas de multa y arresto (162 bis).

⁴⁵ CACHÓN y CID (1997) p. 50; SANZ (2003) p. 8

⁴⁶ CORCOY (2006) p. 400.

ciertos delitos que presentan gran *variedad en sus formas de ejecución o en su gravedad o en su significación social*" el legislador permite por estas penas que el juez elija entre dos o más penas "que parezca *más apropiada a las características particulares del caso concreto*"⁴⁷. "La finalidad de la penas alternativas –continúa el jurista chileno- es la de obtener una *mejor individualización de la pena de cada reo*, atendiendo a las particularidades propias de la *intervención punible concreta* que se juzga"⁴⁸ [el resaltado es nuestro].

¿Cuáles son los efectos jurídico-penales?

¿Cuál es la valoración y los efectos jurídico-penales de una "pena facultativa" y de una "pena compuesta" que fueren diferenciados de las penas copulativas y alternativas?

En un primer momento, es una incógnita. Se puede establecer una crítica sobre los efectos-jurídicos de la "pena copulativa" y de la "pena alternativa", porque su relación lógica es clara. No es el caso de una "pena facultativa" o "compuesta".

En la llamada "pena facultativa" y la denominada "pena compuesta", no puede discernirse sus efectos jurídicos, y solo con dificultad y con un procedimiento analítico llegar a determinar su alternatividad, cuando previamente se establece su relación lógica de base.

Solo entonces se llegaría a determinar, como se ha hecho aquí, que no existen diferencias sustanciales, con las penas "alternativas", por presentar, al simplificar los términos, idéntica relación lógica y/o configuración lógica en el enunciado, acerca de las penas del marco penal.

Lo que hace la denominación de "pena facultativa" y "pena compuesta", al considerarla no como una especie dentro del género "pena alternativa", sino como un tercer género, es encubrir la problemática que puede presentar esta clase hipercompleja de pena (por sus relaciones de configuración), como "pena alternativa", y con ello los posibles efectos-jurídicos en el sistema legal y sus valoraciones, por lo que la denominación produce distorsión. No desambigua, sino que produce ambigüedad; no aclara nada, lejos de ello, echa un manto de oscuridad para una real decodificación de sus efectos en el sistema.

4. Comentarios

En cuanto a las "penas facultativas", si bien los artículos 197 inc. 1°, 249 y 298, y 246 del Código Penal chileno, contienen ya una facultad del Juez para la imposición de la pena, dicha facultad se desprende de las posibilidades de elección de penas a las que el legislador las ha reducido previamente. En cuanto posibilidad de elección, entonces, determinación de alternativas. Esto, no es diferente con las

⁴⁷ NOVOA (2005) p. 285

⁴⁸ NOVOA (2005) p. 286.

“penas alternativas”, donde por su propia naturaleza son facultativas⁴⁹, teniendo un mismo contenido significativo⁵⁰, en cuanto permiten la facultad de elección entre una pena o grupo de penas para su imposición.

La argumentación de Ortiz y Arévalo para sostener tales “penas facultativas”, de acuerdo a lo ya expresado, se funda en sus diferencias con las alternativas, las cuales serían, el que las facultativas tendrían un mayor grado de discrecionalidad que las alternativas, y el que en las alternativas no se habilita al juez para escoger la pena que estime conveniente, sino solo aquella de las que se contenga en el respectivo delito.

Sin embargo, como fue posible ya revisar del artículo 197 inc. 1° y de los arts. 246, 249 y 298 del Código Penal chileno, tales penas que se encuentran a elección del juzgador, en ningún caso dejan de ser aquellas que se corresponden al respectivo delito, ya que el delito mismo prescribe dichas penas en alternatividad. Dicho de otro modo, la ley le entrega opciones al juez, pero opciones cerradas, lo cual no es diferente a las opciones cerradas que se entrega en las penas alternativas.

Además, no se ve cuál es el grado mayor de discrecionalidad. Si por mayor grado de discrecionalidad entendemos más opciones cerradas que la ley otorgue a la elección, entonces ello no es fundamento como forma de establecer una distinción cualitativa. Esto es que no porque cuantitativamente conceda más opciones, deja de ser cualitativamente otra cosa diferente a una alternativa. Solo se tendrán más términos (penas) a elección para el juzgador.

Bajo este expediente, no se haría necesaria una categoría diversa de aquellas que se desprenden del artículo 61 del Código Penal chileno. Por ende, y para nosotros, el rótulo y clasificación de “facultativas” para las penas, confunde más que dotar de claridad.

5. Conclusiones

Ya fue demostrado como, y basado en la configuración lógica de las penas, tanto las llamadas “penas facultativas” como las “penas compuestas”, no representan más que una especie del género de las denominadas “penas alternativas”.

Si bien el término de “facultativo” se encuentra terminológicamente bien utilizado, no presenta diferencias conceptuales con la “pena alternativa”, por no diferenciarse ni en la configuración lógica de las penas, ni tampoco desde la valoración de ellas, que importen diferentes observaciones y efectos jurídico-penales. Por lo cual, es errónea la forma diferenciada con que se aplica, en cuanto

⁴⁹ Como en Novoa quien así las define en cuanto “facultativas”, NOVOA (2005) p. 285.

⁵⁰ Matus las utiliza como sinónimas, MATUS (2002) p. 40.

supone formular una categoría adicional a las ya existentes de “pena copulativa” y “pena alternativa”.

Lo mismo podría expresarse sobre las “penas compuestas”.

La misma estructura lógica del sistema, dota ya de una solución jurídica al problema, como señala Fiedler⁵¹. Y esta estructura lógica, es la que determina una configuración lógica específica. Basado en esta sola configuración lógica en la que el enunciado del marco penal se encuentra construido en la gramática legal y que da origen a una pluralidad de penas desde la descripción del legislador, son posibles solo dos estados de dicha configuración: en conjunción o en disyunción. Y esto en el sistema dogmático habría de ser “penas conjuntas” o “penas copulativas” y las “penas alternativas”, no debiendo existir, en la sola consideración de dichas relaciones lógicas, una tercera categoría.

Sostener una tercera categoría cuyo término usado ya es ambiguo como el de “facultativo” (el de “compuestas” al menos es más certero para indicar su composición), donde el contenido explicativo para su concepto es difuso (caso de las “facultativas” como de las “compuestas”) porque no presenta elementos claros de diferencia y a la vez de semejanza, por el que la haría pertenecer a una misma clasificación, no dota de claridad a la dogmática, por el contrario, la conduce hacia una oscuridad. Esto porque encubre la problemática que pueden presentar tales penas “facultativas” y “compuestas” en tanto “penas alternativas”, lo cual las aleja de ser objeto de crítica, de presentarse un marco penal de estas características en el sistema legal.

Referencias

- BALMACEDA, Gustavo. (2014): *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (Santiago de Chile : Editorial Librotecnia,), 420 p.
- BULLEMORE, Vivian (2005): *Curso de Derecho Penal. Parte General*. (Santiago de Chile: Lexis-Nexis, Tomo I,), 318 p.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1994): *Manual de derecho penal*. (Barcelona , 4° edición PPU), 614 p.
- CACHÓN CADENAS, Manuel y CID MOLINÉ, José.(1997) "La pena de días-multa como alternativa a la prisión". En CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOAN, Elena (eds.). *Penas alternativas a la prisión*. (Barcelona: BOSCH, 1997. p. 39-57.
- COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. (1873): *Actas de las sesiones de la comisión*. (Santiago de Chile: Imprenta de la República), 571 p.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu.(2006) "Sistema de penas y líneas político-criminales de las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiende el Derecho penal hacia un "Derecho penal de dos velocidades"?. En CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA

⁵¹ FIEDLER (1992) p. 59.

- DIEZ, Carlos (ed.), *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*. (Madrid: Edisofer, Tomo I). p. 383-414.
- CURY URZÚA, Enrique. (2005) *Derecho Penal. Parte General*. 7^o edición. (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile), 812 p.
- ETCHEBERY, Alfredo (1988) *Derecho penal. Parte General*. Tomo II. 3^o ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 269 p.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. (2004) *Teoría del Garantismo penal*. (Madrid, Editorial Trotta), 991 p.
- FIEDLER, Herbert. *Derecho, lógica, matemática*. (Traducción BULIGYN E. y GARZÓN VALDÉZ, E.). (México D.F.: Distribuciones Fontamara, vol. 6). 64 p.
- FREGE, Gotlob (1974): *Escritos lógico-semánticos* (Traducción LUIS, Carlos R. y PEREDA, Carlos). (Madrid: Editorial Tecnos), 199 p.
- GARRIDO MONTT, Mario. (1997): *Derecho Penal. Parte General*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I). 414 p.
- GRACIA MARTÍN, Luís y BOLDOVA Pasamar, Miguel Ángel (eds.) (2004). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3^o edición.(Valencia: Tirant lo Blanche,) 471 p.
- KLUG, Ulrich. (1966) *Juristische logik*. (Berlín/New York: Springer-Verlag), 189 p.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio et al. (2004) *Código Penal*. Madrid: Thomson Civitas, 2871 p.
- ŁUKASIEWICZ, Jan (1975). *Estudios de lógica y filosofía* (Traducción Alfredo Deaño). (Madrid: Revista de Occidente), 139 p.
- ŁUKASIEWICZ, Jan. (1974) *Para una historia de la lógica de los enunciados* (Traducción SANMARTÍN ESPLUGUES, J.),(Departamento de Lógica y filosofía de la Universidad de Valencia, Valencia), 41 p.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre.(2002) "Presente y futuro del sistema de penas chileno". En GÓMEZ URRUTIA, José Antonio *et al*, *Reforma Penal Sustantiva. En el camino hacia un nuevo código penal*. (Santiago de Chile: Instituto de Estudios Judiciales), pp. 30-59.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y WEEZEL, Alex Von (2002): "Artículos 50 a 73". En POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luís (eds.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I), pp. 323-382.
- NÁQUIRA R., Jaime et al. (2008): "Principios y penas en el derecho penal chileno". En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N°10, 2008. p. 1-70. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>>. [Fecha de Consulta: 28 de septiembre de 2015].
- NOVOA MONREAL, Eduardo (2005) *Curso de Derecho Penal Chileno*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo II). 575 p.
- ORITZ QUIROGA, Luís y ARÉVALO CUNICH, Javier. (2013) *Las consecuencias jurídicas del delito*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 607 p.

- PADILLA DE ZERDÁN, Constanza (2001): "Configuraciones lingüística de las relaciones lógico-semánticas y pragmáticas: los conectores argumentativos". En FERRER, H. y PONS, S. (eds.), *La pragmática de los conectores y las partículas*. (Valencia: Universitat de Valencia-Facultat de filología), pp. 197-217.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso (1994) *Derecho Penal Español. Parte General*. 17ª edición. Madrid: Dykinson, pp. 1377.
- SANZ MULAS, Nieves. (2003) "Penas alternativas a la prisión". En *Revista de Ciencias penales. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Octubre. N° 21. 2003. pp. 1-18.
- WEEZEL, Alex Von (2000) "Unificación de las penas". En *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. Junio. N° 207, 2000, pp. 55-58.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. (2002) *Tractatus lógico-philosophicus* (Traducción Vadldéz VILLANUEVA, Luís M.). 2ª edición. (Madrid: Editorial Tecnos), 303 p.
- YUSEFF, Gonzalo (1995) *La prescripción penal*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile), 231 p.