

En Rubén Méndez, *Reflexiones jurídicas, Vol. V*. Quito (Ecuador): Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad.

Los problemas de las penas accesorias en la Legislación chilena.

Carrasco-Jiménez, Edison.

Cita:

Carrasco-Jiménez, Edison (2019). *Los problemas de las penas accesorias en la Legislación chilena*. En Rubén Méndez *Reflexiones jurídicas, Vol. V*. Quito (Ecuador): Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/edisoncarrascojimenez/50>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pmAO/u6b>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.



REFLEXIONES JURÍDICAS VOL V

.....
Facultad de Jurisprudencia

REFLEXIONES JURÍDICAS
Volumen V

Obra colectiva de la
Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

© 2019 Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Quito,
Ecuador
www.edipuce.edu.ec

Supervisión técnica: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Agradecimientos: Dr. Efrén Guerrero Salgado (Decano) y equipo de investigación y publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Colección: Textos Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Título: REFLEXIONES JURÍDICAS (Vol. V)

Obras incluidas en esta Colección

LA DESCAPITALIZACIÓN DEL FONDO DE PENSIONES DEL IESS VS EL DERECHO DE LOS AFILIADOS

EL DERECHO INTERNACIONAL MODERNO EN AMÉRICA

JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO (2018)

LA REFORMA JUDICIAL ECUATORIANA COMO MECANISMO DE CONTROL

EL CONCEBIDO ANTE EL DERECHO

LA PLUSVALÍA EN EL SISTEMA TRIBUTARIO ECUATORIANO

CHINA EN LA AMAZONÍA

JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO

REFLEXIONES JURÍDICAS (Vol. I, II, III y IV)

EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

APUNTES DE DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA

ESSAYS ON INSTITUTIONS, COORDINATION AND LEGAL THEORY

DERECHO, ENFOQUES Y MÉTODOS: UNA RETROSPECTIVA

DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE COMPAÑÍAS DE COMERCIO EN ECUADOR

DERECHO & ECONOMÍA: UNA REVISIÓN DE LA LITERATURA HISPANOAMERICANA

Editores: Rubén Méndez Reátegui (PUCE) y Daniel Monroy Cely (Universidad Externado de Colombia)
Presentación: Efrén Guerrero Salgado
Supervisión técnica: Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Este libro se inscribe dentro de las actividades jurídico-investigativas realizadas por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Revisión de estilo: Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado

Diseño y diagramación: Amparo Álvarez Meythaler y Mariana Lozada

ISBN Serie: 978-9978-77-333-8

ISBN: 978-9978-77-412-0

Todos los derechos reservados. El contenido de esta obra se encuentra protegido por la Ley. Cualquier requerimiento deberá ser realizado al Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Quito, Ecuador, 2019
IMPRESO EN ECUADOR - PRINTED IN ECUADOR

REFLEXIONES JURÍDICAS

Volumen V

Rubén Méndez Reátegui
Daniel Monroy Cely
Editores



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador

Índice

| | |
|---|-----------|
| Presentación | 19 |
| CAPÍTULO I: TEORÍA DEL DERECHO | 23 |
| LA IMPORTANCIA DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DE LA NORMA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO | 25 |
| 1. Introducción | 25 |
| 2. Métodos de Interpretación | 26 |
| 3. Conclusiones | 43 |
| CAPÍTULO II: DERECHO PROCESAL | 45 |
| LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA EN EL COGEP: PARTE II..... | 47 |
| 1. Introducción | 47 |
| 2. Principios fundamentales de la prueba judicial aplicables para su admisión | 48 |
| 2.1. El principio de la necesidad de la prueba | 50 |
| 2.2. El principio de eficacia jurídica y legal de la prueba .. | 51 |
| 2.3. El principio de unidad y comunidad de la prueba | 52 |
| 2.4. El principio de igualdad en la prueba | 53 |
| 2.5. El principio de publicidad de la prueba | 53 |
| 2.6. El principio de contradicción | 54 |
| 2.7. El principio de buena fe y lealtad procesal | 54 |
| 2.8. El principio de formalidad | 55 |
| 2.9. El principio de legitimación de la prueba | 55 |
| 2.10. El principio de preclusión de la prueba..... | 56 |
| 2.11. El principio de intermediación..... | 57 |
| 3. Requisitos intrínsecos de la prueba aplicables para su admisión | 58 |

| | |
|--|-----------|
| 3.1. La contundencia..... | 59 |
| 3.2. La pertinencia..... | 64 |
| 3.3. La utilidad de la prueba..... | 66 |
| 3.4. Ausencia de prohibición legal para investigar el hecho | 69 |
| 4. La licitud de la prueba..... | 69 |
| 5. Admisibilidad de la prueba..... | 71 |
| 5.1. Noción de la admisión de la prueba..... | 71 |
| 5.2. Impugnación y contradicción a la prueba enunciada . | 71 |
| 5.3. Momento procesal para el pronunciamiento judicial mo- tivado sobre la admisión de la prueba..... | 72 |
| 5.4. Recursos a la resolución judicial de admisibilidad o inad- misibilidad de la prueba..... | 73 |
| 6. Conclusiones..... | 74 |
| | |
| CAPÍTULO III: DERECHO DE MEDIACIÓN..... | 79 |
| MEDIACIÓN CON ENFOQUE DE GÉNERO..... | 81 |
| 1. Introducción..... | 81 |
| 2. Enfoque de Género y su transversalización en la media- ción..... | 83 |
| 3. Aplicación en casos de mediación..... | 86 |
| 4. El enfoque de género y la formación en la mediación... | 90 |
| 5. Conclusiones..... | 95 |
| | |
| CAPÍTULO IV: DERECHO PENAL..... | 97 |
| LOS PROBLEMAS DE LAS PENAS ACCESORIAS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA..... | 99 |
| 1. Introducción..... | 99 |
| 2. Penas consideradas expresamente como accesorias en el Código Penal..... | 103 |

| | |
|---|-----|
| 3. Los problemas para determinar características generales en las penas accesorias..... | 105 |
| 4. Consecuencias de lo expresado..... | 111 |
| 5. Conclusiones | 114 |

CAPÍTULO V: DERECHO LABORAL 117

| | |
|--|-----|
| RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL ESPECIAL PARA LOS PROFESORES E INVESTIGADORES DEL SISTEMA DE EDUCACIÓN SUPERIOR | 119 |
| 1. Introducción | 119 |
| 2. Jornadas de trabajo | 121 |
| 3. Vinculación del personal académico y modificación de tiempos de dedicación laboral | 122 |
| 4. Período de Prueba | 123 |
| 5. Reemplazos del personal académico | 124 |
| 6. Terminación causal de las relaciones laborales | 127 |
| 7. Conclusiones..... | 131 |

CAPÍTULO VI: GÉNERO Y DERECHO133

| | |
|---|-----|
| CALIFICACIÓN DE TERRITORIOS PARA VINCULACIÓN CON BASE EN “SERVICIO APRENDIZAJE” Y LA “TRANSVERSALIZACIÓN DE GÉNERO” | 135 |
| 1. Introducción | 135 |
| 2. La conceptualización de la vinculación por la caracterización de la metodología de SA | 136 |
| 2.1. Caracterización de la vinculación universitaria | 136 |
| 3. Caracterización de la transversalización de género | 145 |
| 4. Análisis de los planes de ordenamiento territorial | 154 |
| 4.1. Las Golondrinas: pertenencia territorial, en controversia entre las provincias de Imbabura y Esmeraldas y la comunidad de la Isla Santa Rosa | 154 |

| | |
|--|-----|
| 5. Comunidad de la isla Santa Rosa de los épera de la parroquia de Borbón del Cantón Eloy Alfaro de la Provincia de Esmeraldas | 159 |
| 6. Comparación | 160 |
| 7. Conclusiones | 160 |

CAPÍTULO VII: DERECHO DE FAMILIA.....163

| | |
|---|-----|
| PERSPECTIVA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE FAMILIAS DIVERSAS EN ECUADOR..... | 165 |
| 1. Introducción | 165 |
| 2. Definiciones sobre familia | 166 |
| 3. Diversidad familiar | 168 |
| 4. Marco Jurídico que acoge la diversidad familiar | 171 |
| 5. Tipologías de la familia | 173 |
| 6. Conclusiones..... | 184 |

CAPÍTULO VIII: DERECHO ADMINISTRATIVO 185

| | |
|--|-----|
| EL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL | 187 |
| 1. Introducción | 187 |
| 2. Los actos administrativos contractuales en la doctrina comparada | 190 |
| 3. Los actos administrativos contractuales en la doctrina del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE. Evolución | 199 |
| 4. Nuestra posición sobre los actos administrativos contractuales en el marco de la normativa peruana | 203 |
| 4.1. La función administrativa regulada por la Ley del Procedimiento Administrativo General y el bloque de legalidad de los Contratos del Estado | 204 |
| 4.2. Actos administrativos contractuales | 207 |
| 4.3. Efectos graves de negar la calidad de actos administrati- | |

| | |
|--|-----|
| vos a las decisiones de la Administración en el marco de un contrato | 210 |
| 5. Conclusiones | 211 |

CAPÍTULO IX: DERECHO AMBIENTAL 213

| | |
|---|-----|
| LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA: HACIA UN NECESARIO Y URGENTE CAMBIO DE PARADIGMA | 215 |
| 1. Introducción | 215 |
| 2. El Origen Común en el Tiempo y Sustancia | 216 |
| 2.1. La separación y la supremacía humana | 218 |
| 3. Los Espejismos de los Derechos Humanos y de los Desc | 223 |
| 4. El Ser Humano y la Naturaleza: La Crisis Ecológica | 233 |
| 5. Los Derechos Sociales y Los Derechos de la Naturaleza | 237 |
| 6. Conclusiones | 239 |

CAPÍTULO X: DERECHO DE COMPETENCIA DESLEAL 243

| | |
|---|-----|
| LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO | 245 |
| 1. Introducción | 245 |
| 2. Concepto de competencia desleal | 245 |
| 3. Tipificación de los actos considerados de competencia desleal | 249 |
| 3.1. Tipificación en normas internacionales vigentes en Ecuador | 250 |
| 3.1.1. Convenio de París | 250 |
| 3.1.2. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio | 272 |
| 3.1.3. Normativa Andina | 274 |

| | |
|--|-----|
| 4. Tipificación en normas nacionales | 276 |
| 4.1. Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación | 276 |
| 4.2. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor..... | 277 |
| 4.3. Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado..... | 278 |
| 4.4. Código Orgánico Integral Penal – COIP | 279 |
| 5. Conclusiones | 283 |

CAPÍTULO XI: PROPIEDAD INTELECTUAL 287

PROPIEDAD INTELECTUAL: UN RECORRIDO HISTÓ- RICO DESDE UNA PERSPECTIVA INSTITUCIONAL ..289

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 289 |
| 2. Generalidades: Historia y Evolución | 291 |
| 3. Propiedad Intelectual y Marco Institucional..... | 293 |
| 4. Propiedad Intelectual y Reglas de Juego | 295 |
| 5. Categorías de Propiedad Intelectual | 303 |
| 6. Derechos de Autor y Derechos Conexos | 304 |
| 7. Propiedad Industrial | 305 |
| 8. Obtenciones Vegetales..... | 307 |
| 9. La Propiedad Intelectual y Libre Mercado | 308 |
| 10. Marco Institucional de la Comunidad Andina de Naciones sobre Propiedad Intelectual | 314 |
| 11. Delitos en la Propiedad Intelectual y el Comercio | 322 |
| 12. Conclusiones | 329 |

PROPIEDAD INTELECTUAL, DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO SOSTENIBLE: UN ANÁLISIS EN EL MARCO DEL ACUERDO COMERCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA, COLOMBIA, PERÚ Y ECUADOR

| | |
|---|-----|
| | 331 |
| 1. Introducción | 331 |
| 2. Propiedad intelectual: Una aproximación conceptual | 333 |
| 2.1. Antecedentes | 333 |
| 2.2. La Propiedad intelectual con enfoque de derechos humanos | 335 |
| 2.3. Protección de recursos genéticos: ¿oportunidad de desarrollo o mercantilización de la vida? | 337 |
| 3. Ecuador, Colombia y Perú: biodiversidad y conocimientos ancestrales | 340 |
| 3.1. ¿Qué se entiende por biodiversidad y conocimientos ances- trales? | 340 |
| 3.2. Vínculo entre diversidad biológica y conocimientos ances- trales | 341 |
| 3.3. Protección jurídica de la biodiversidad y los conocimientos ancestrales en Ecuador, Colombia y Perú | 342 |
| 3.3.1. En Ecuador | 343 |
| 3.3.2. En Colombia | 345 |
| 3.3.1. En Perú | 346 |
| 4. Acuerdo con la UE, derechos humanos y desarrollo sostenible | 348 |
| 4.1. Pueblos indígenas en Ecuador, Colombia y Perú y la negociación del Acuerdo con la UE | 348 |
| 4.2. Derechos humanos de los pueblos indígenas: del enunciado del Acuerdo a la realidad | 350 |
| 4.2.1. ¿Bioprospección o Biopiratería?: el saber indígena como base de la biotecnología | 351 |
| 4.2.1.1. Explotación natural y desarrollo sostenible | 354 |
| 4.2.1.2. Explotación natural y desarrollo sostenible | 356 |
| 5. Conclusiones | 358 |

CAPÍTULO XII: PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES 359

INTIMIDAD, PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES E INFORMACIÓN, EL CASO ECUATORIANO 361

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 361 |
| 2. Derecho a la Intimidad | 363 |
| 2.1. Derecho constitucional a la intimidad | 363 |
| 2.2. Protección legal | 367 |
| 3. Derecho a la protección de Datos Personales..... | 372 |
| 4. Derecho a la Información y acceso a las Tecnologías | 378 |
| 4.1. Derecho constitucional a la información | 378 |
| 5. Derecho a la Intimidad versus Derecho a la Información . | 382 |
| 5.1. De la oposición a la complementariedad | 382 |
| 5.2. La responsabilidad convertida en información | 385 |
| 6. Conclusiones | 387 |

CAPÍTULO XIII: TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN EL DERECHO 391

LAS TIC EN LA JUSTICIA ECUATORIANA 393

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción..... | 393 |
| 2. E-Justicia | 393 |
| 3. Las Nuevas Tecnologías como Herramienta de Mejoramiento en Calidad de Información producido en audiencias y para facilitar el fallo de la causa | 397 |
| 4. La Reforma de la Administración de Justicia: una Cuestión Inaplazable | 398 |
| 5. Beneficios del Uso de las TIC | 398 |
| 6. Las Experiencias Peruanas: Expediente Judicial Digital (EJD) y Expediente Judicial Electrónico (EJE) | 400 |
| 7. La Experiencia ecuatoriana | 402 |

| | |
|---|-----|
| 8. Conclusiones | 405 |
| 9. Bibliografía de la obra | 407 |
| 10. Editores | 457 |
| 11. Semblanza de los investigadores | 459 |

LOS PROBLEMAS DE LAS PENAS ACCESORIAS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Edison Carrasco Jiménez

1. Introducción

Desde tiempos pretéritos han tenido lugar las penas accesorias, de hecho, ya en la época Romana existían la pena de azotes⁴⁵ y la tonsura que tenían un sentido de ignominia a quien se imponían accesoriamente. En el caso de la tonsura muy visible, por el aspecto público y socialmente visible que importaba el rapado. Lo ignominioso del delito equivalía a lo ignominioso de la pena, y era así simbólicamente representado. Lo mismo para el caso de los azotes, infamante en cuanto a exposición pública (García Garrido, 1968, pp. 144-145), expiatoria por el dolor.

Con posterioridad a la Constitución del Emperador León, para el delito de raptó se aplicaba conjuntamente a los cómplices las penas de azotes⁴⁶, tonsura y multa (Pino Abad, 1999, pp. 68-69), dirigidas como pena al cuerpo y sustitutiva a la confiscación, a la degradación moral que implicaba la pena, y la multa por el dispendio al erario por el juicio. Para el favorecimiento de prostitución de vírgenes y viudas en la época posterior a Augusto, la pena era de relegación y de azotes, ésta última en sustitución por la confiscación para quienes no tuviesen bienes (Pino Abad, 1999, p. 71).

En Chile se habían propuesto como penas accesorias para el Código Penal de 1874 la pena de azotes, degradación, ca-

45 Pese a sus variaciones y diferenciaciones según a quien hubiese de ser ejecutada. (Zambrana Moral, 2005, p. 229)

46 En la época de la República, como accesoria (Moral, Z. 2005, pp 197).

dena o grillete, celda solitaria, incomunicación con personas “extrañas” [sic] al establecimiento penal, caución, sujeción a la vigilancia a la autoridad (Comisión Redactora del Código Penal Chileno, 1873, p. 269), quedando finalmente en el Código Penal de 1874 solo la pena de cadena o grillete, la celda solitaria, y la incomunicación con personas “extrañas” [sic] al establecimiento penal, sobreviviendo sola esta última en el actual Código Penal, ya que la pena de celda o grillete se eliminó del texto en 1970 por la Ley N°17.155.

El cuadro general de penas accesorias quedó sentado tanto para el Código Penal, como para las legislaciones relacionadas, según Tabla siguiente.

Tabla 1: Cuadro general de penas accesorias en la legislación chilena

| Articulado | Texto legal | Fecha incorporación legal |
|---------------------|---|--|
| <i>Código penal</i> | | |
| 21 | Incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, en conformidad al Reglamento carcelario. | 1874 |
| 21 | Penas sustitutivas por vía de conversión de la multa. | Ley N°20.587, 2012. |
| 21 | Prestación de servicios en beneficio de la comunidad. | Ley N°20.587, 2012. |
| 22 | Suspensión para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares. | Ley N°19.047, 1991. |

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| 22 | Inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares. | Ley N°19.047, 1991. |
| 23 | Caución | 1874 |
| 23 | Sujeción a la vigilancia de la autoridad. | 1874 |
| 24 | Costas, daños y perjuicios. | 1874 |
| 31 | Pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito. | 1874 |
| 294 bis inc. 2 | Consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica | Ley N°20.393, 2009. |
| 448 ter inc. 2° | Se aplicará, además, la accesoria de multa de setenta y cinco a cien unidades tributarias mensuales. | Ley N°20.596, 2012. |
| <i>Ley N°20.000</i> | | |
| 50 inc. 3° | Suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados por un plazo máximo de seis meses. En caso de reincidencia, la suspensión será de hasta un año y, de reincidir nuevamente, podrá extenderse hasta por dos años. | Ley N°20.502, 2011. |
| <i>Ley N°18.314</i> | | |

| | | |
|--|---|------------------------|
| 5° (art. 9 Constitución Política de la República) | Inhabilidad por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley. | Ley N°20.502, 2011. |
|--|---|------------------------|

Ley N°20.000

| | | |
|-------------------|---|------------------------|
| 50 inc. 3° | Suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados por un plazo máximo de seis meses. En caso de reincidencia, la suspensión será de hasta un año y, de reincidir nuevamente, podrá extenderse hasta por dos años. | Ley N°20.502, 2011. |
|-------------------|---|------------------------|

Ley N°20.393

13

1) Publicación de un extracto de la sentencia. El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutive de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional.

La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.

2) Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos de este serán decomisados.

3) En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

2. Penas consideradas expresamente como accesorias en el Código Penal

El art. 21 del Código Penal señala entre las penas accesorias, la *Incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, en conformidad al Reglamento carcelario*. Ésta última

mención supone que sería dicho Reglamento quien regule y determine los requisitos de dicha pena, sin ser la ley misma, cuestión que la doctrina acertadamente ha criticado por ser contraria al principio de legalidad del art. 19 N°3 de la Constitución Política de la República, representando un “único caso de «ley penal en blanco al revés»” (Lifschitz, P. & Acuña, M., 2002, p. 274).

El art. 22 del Código Penal establece que “son penas accesorias las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares”.

El art. 23 del Código Penal señala que “la caución y la sujeción a la vigilancia de la autoridad podrán imponerse como penas accesorias”.

El art. 31 del mismo cuerpo legal, contempla que “toda la pena que se imponga por un crimen o un simple delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”.

El art. 294 bis inc. 2 del Código penal, señala como “consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica”.

El art. 448 ter inc. 2° se señala que para el delito cometido “se aplicará, además, la *accesoria de multa* de setenta y cinco a cien unidades tributarias mensuales”.

En resumen, de forma expresa serían consideradas penas accesorias:

- a) Incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, en conformidad al Reglamento carcelario.
- b) Inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares.
- c) Suspensión para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares.
- d) Sujeción a la vigilancia de la autoridad.
- e) Caución.
- f) Comiso.
- g) Disolución o cancelación de la personalidad jurídica.
- h) Multa.

3. Los problemas para determinar características generales en las penas accesorias

La doctrina penal nacional, expone ciertas características de la pena accesoria, en algunos casos, estableciendo diferencias entre penas principales y accesorias.

Así, y según la doctrina, las penas accesorias tendrían las siguientes características:

a) La pena accesoria no es determinada expresamente por la ley para cada delito, a diferencia de la pena principal que sí tiene esta característica (Ortiz Quiroga & Arévalo Cunich, 2013, p. 113). Esta característica se relaciona con otra señalada por la doctrina, esto es, el que La pena accesoria es señalada por “disposición genérica de la ley” (Ortiz Quiroga & Arévalo Cunich, 2013, p. 113). Podríamos llamar a esta característica como de la *indeterminación* expresa de la pena accesoria.

b) La pena accesoria depende de la aplicación de otra pena, a diferencia de la pena principal que no es dependiente (Couso, Hernández, Cillero Bruñol, & Mera Figueroa, 2011, p. 457; Cury Urzúa, 2005, p. 703; Garrido Montt, 1997, p. 270; Ortiz Quiroga & Arévalo Cunich, 2013, p. 113). Llamaremos a esta característica de la *dependencia* de la pena principal, que no es sino aplicación del principio en derecho de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal».

c) La pena accesoria se complementaría a una principal (Garrido Montt, 1997, p. 264), esto es, que sus efectos estarían al servicio de los efectos de la primera, como por ejemplo, las inhabilitaciones del ejercicio de funciones públicas en el caso de alcaldes culpables de malversación de fondos. Por lo cual se podría denominar a esta característica como *complementariedad*.

d) Que las penas accesorias producen ciertos efectos relacionados con el indulto (Etcheberry, 1998, p. 141). Esto es lo que señala el art. 43 del Código Penal, esto es, “cuando la inhabilitación para cargos y oficios públicos y

profesionales titulares es pena accesoria, no la comprende el indulto de la pena principal, a menos que expresamente se haga extensivo a ella”.

e) Se ha también caracterizado a las penas accesorias como una adición punitiva, tal y como lo expresa la doctrina española, porque son justamente una adición respecto de otra pena que es la principal.

Sin embargo, el problema central a la hora de establecer características generales entre las diversas penas accesorias es el que no es posible determinar criterios que sean totalmente generales a las penas accesorias.

En primer lugar, con respecto a la característica de la *indeterminación expresa*, no se entiende bajo esta premisa disposiciones tales como la de los arts. 294 bis inc. 2° (“consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica”), 448 ter inc. 2° (“accesoria de multa de setenta y cinco a cien unidades tributarias mensuales”), 464 inc. 1° (“sanción accesoria de inhabilidad especial perpetua para ejercer el cargo”) y 464 bis (“pena accesoria de inhabilidad especial perpetua para ejercer el cargo”) del Código Penal, los cuales determinan expresamente ciertas penas como accesorias a otras directamente señaladas como principales.

En segundo lugar, y tratándose de la característica de la *dependencia*, dichas penas accesorias no son dependientes de las principales en cuanto a su magnitud, ya que mientras las penas accesorias que se señalan en los arts. 27 a 31 hacen depender su magnitud de las penas que las llevan consigo, la magnitud en los casos expuestos anteriormente es independiente de la magnitud de las penas que pudieran considerarse

como principales. Una explicación de historia legislativa sobre este bache, se debe a que las penas accesorias que tienen determinación expresa pertenecen a un grupo de disposiciones que habiendo sido introducidas recientemente (arts. 294 bis inc. 2º, Ley N°20.393, 2009; 448 ter inc. 2º, Ley N°20.596, 2012; 464 inc. 1º y 464 bis, Ley N°20.720, 2014), no se ajustan al tramado original de las penas accesorias en el sistema del Código Penal.

Además, el que el indulto no produzca efectos tratándose de las penas accesorias (excepción⁴⁷), a menos que se haga extensivo a ellas (contra excepción⁴⁸), hace que no exista un criterio racional ni general para que tengan la característica de ser dependientes de las penas principales.

Ahora bien, en cuanto a la *complementariedad*, debiera decir relación con un efecto jurídico del delito que, siendo indeseable, se quiere contrarrestar. Así, para el caso de las inhabilitaciones y/o suspensiones para cargos públicos, la *complementariedad* está relacionada con el cargo que se desempeña en cuanto a desactivar al sujeto de una función cuya mantención post-condena, puede producir paradojas absurdas, como las que plantea la jurisprudencia española para esta accesoria, esto es y como ejemplo, el alcalde que se sancione con prisión por tráfico de estupefacientes, pero que pueda seguir gobernando los destinos edilicios desde prisión⁴⁹, sin perjuicio del

47 Así es percibido por la doctrina, como excepción (Couso et al., 2011, p. 457).

48 De ahí que recurran nuevamente a la doctrina reclamar aún otra característica diferenciadora distinta a la dependencia (Couso et al., 2011, p. 457).

49 Sentencia del Tribunal Supremo español, 1309/1999, 25-9. Además, la misma citada en las Sentencias del mismo tribunal, 2068/2000, 21-7 y en Consulta 2/2000.

efecto que se pueda producir por consecuencia y repercusión de delito en la reglamentación administrativa. Lo mismo para el caso del comiso como pena accesoria.

Tratándose de penas accesorias expresamente impuestas como el art. 294 bis inc. 2°, 464 inc. 1° y 464 bis del Código Penal chileno, es posible visualizar esta *complementariedad* en términos de encontrarse las penas accesorias en una relación con los efectos perjudiciales y derivados del delito. Pero esto no es posible advertirlo en el caso del art. 448 ter inc. 2°, porque, en estricto rigor, no es una pena accesoria, sino más bien una pena copulativa.

Tampoco es posible advertirlo en la sujeción a la vigilancia a la autoridad, que por lo demás tiene funciones post-ejecución a la privación de libertad como ya se expresó, ni tampoco en la caución, que más bien es una medida de aseguramiento.

Lo mismo para los casos de inhabilitación para el derecho político de votar, donde y como accesoria, no se determina el fundamento que pueda complementar la pena principal. Por lo demás, y de *lege ferenda*, debiera suprimirse, ya que el condenado solo lo es por la privación del bien jurídico o derecho específico, pero no se debería privar del derecho a votar. Por ende, esta característica, de *lege lata*, no es generalizable, pero sí de *lege ferenda* debiera ser generalizable para toda pena accesoria, ya que, a nuestro juicio, ésta es la efectiva función de la pena accesoria.

Tratándose del carácter *aditivo* de la pena accesoria, y así como Etcheberry señala, no existiría diferencia algunas de las penas accesorias en relación con las penas copulativas, aparte de las terminológicas. La indiferencia entre pena copulativa y accesoria se comprueba en los casos en que se impone directa-

mente ciertas penas como el comiso, la caución, la sujeción a la vigilancia de la autoridad, las suspensiones e inhabilitaciones, y aun en la imposición de ellas en forma general, se requiere de un pronunciamiento expreso en la sentencia para imponerlas en conjunto según el art. 76 del Código Penal.

De cierto que adherimos a la opinión de Etcheberry, ya que básicamente no existen diferencias con la pena copulativa, y ello es así, ya que la pena accesoria verdaderamente ha de imponerse de forma conjuntiva a otra pena. En este punto solo la terminología haría la diferencia, y su forma de configuración en el sistema es idéntica a la pena copulativa.

Esto es tan así, que en los casos en que la ley señala para un delito una cláusula general de las ‘penas accesorias que correspondan’ (arts. 150, 150 A inc. 1° y 3°, 150 B inc. Final; Código Penal), ellas remiten a los art. 27 a 31 del Código sobre penas llevan consigo a otras, con lo que dicha conjuntividad se encuentra determinada legalmente para las penas que habrían de imponerse de modo copulativo.

Por ende, las penas accesorias no representan, dentro de las relaciones simultáneas, otro estado diferente al representado por las penas alternativas y copulativas, en específico, al estado de las penas copulativas como relaciones conjuntivas.

En efecto, y como un cuadro general de las penas accesorias, podríamos expresar tres grupos:

- a) Las disposiciones que responden al epígrafe “Penas que llevan consigo otras accesorias”, arts. 27 a 31 del Código Penal, corresponden a un primer grupo en las que se infiere un estatuto o norma general de aplicación de las penas accesorias allí

señaladas (cierta inhabilitación y suspensión, comiso) y para acceder a otras penas que se determinan expresamente. A tal estatuto es posible caracterizarlos con la no determinación de la ley al delito, la dependencia a una principal y la aplicación de la accesoria por una disposición genérica de la ley.

b) Un segundo grupo, como la sujeción a la vigilancia y la caución (art. 23), la que operan de un modo no distinto a cualquier pena principal, pero impuesta copulativamente. Por ende, de las características anteriores no sería aplicable solo la de su dependencia.

c) Un tercer grupo, que son aquellas introducidas recientemente y que no responden a ninguna de las características anteriores.

Bajo este presupuesto, no existen características que puedan ser generalizables a las llamadas penas accesorias, ocurriendo, o bien de forma particular, o bien de forma parcial. Por lo cual, como solo de forma contingente sus características coinciden, no existe uno o más principios racionales y lógicos que subsuman (abstraigan) características específicas de ellas.

4. Consecuencias de lo expresado

a) Carácter “materialmente reglamentario” de las penas accesorias.

El hecho que no puedan establecerse características que sean generales a las penas accesorias, y, por el contrario, que siendo completamente contingente su utilización dentro del sistema y en muchos casos arbitraria, es índice de una cuestión un poco más profunda sobre una particularidad de la legis-

lación que ha sido soslayada, y es que, no todo el contenido material de una ley, es efectivamente “materia” de ley, sino más bien “materia” de un reglamento.

En efecto, toda cuestión que se encuentre relacionada con principios jurídicos, esto es, los que se construyen bajo una lógica específica que responde con sentido del por qué una regulación se encuentra así determinada, correspondería al contenido material de una ley, independientemente de si, dichas normas, se contienen en una forma de ley. Por el contrario, existen cuestiones que no responden a este carácter y que pertenecerían a una materialidad de tipo reglamentaria, de modo independiente de la forma de ley en la que se contenga. Por ejemplo y en general, los trámites y actuaciones que establecen plazos son todas normas reglamentarias, porque no tienen un fundamento racional para que se determine un plazo u otro. Que sean 24 horas, 15, 16 o 17 días de plazo, dichos términos no tienen, para su establecimiento, ningún sustento lógico. Si son uno o dos días de diferencia, no hay un sentido que dé respuesta a esa diferencia. Todo esto sería materia reglamentaria. Distinto es el caso, como en materia procesal penal, que lo que se pretenda es elevar legalmente ciertas cuestiones que formarían parte de derechos y garantías, como los plazos, pero teniendo como objetivo impedir su modificación por vía administrativa. Pero esto, ya pasa por otro argumento, esto es, el de establecer normas que, según el criterio del legislador, servirían de flaqueo a otras que establecen garantías, pero no por disponer ellas mismas de características que sean generales, generalizables y objetivas, que sería lo que daría lugar a su consagración legal.

Dicho esto, y conforme a lo ya expresado anteriormente, hoy básicamente la legislación penal chilena indica que el estatuto de penas accesorias, al no regirse por ningún principio o regla racional que determine características generales y ge-

neralizables, y que no se vislumbre el ser normas de flaqueo, las normas que las regulan y determinan serían más reglamentarias que legales, con independencia al que pertenezcan a un cuerpo de ley.

b) Carácter funcional y relativo de la pena accesoria

Consecuencia de lo anterior es que podría razonarse que las penas accesorias en el sistema chileno son meramente funcionales, esto es, que las penas son accesorias por la función que cumplen en el sistema legal, y no por otra cosa. Porque el sistema les asigna la función (fx) a penas que igualmente son penas principales, tales como la multa (accesoria: art. 448 ter inc. 2°), disolución o cancelación de la personalidad jurídica (accesoria: art. 294 bis inc. 2 del Código penal; principal: art. 8.1, Ley N°20.393), inhabilitación (principal: art. 134; accesoria: art. 21, at. 251 inc. 2°). Y en muchos casos, ni siquiera se tiene certeza de si son accesorias o penas copulativas (art. 241 bis inc. 1°).

Este carácter un tanto ambiguo se demuestra en un sinnúmero de otras penas: penas de inhabilitación (art. 134 a 136, arts. 152.1, 152.2, 154.2, 157 inc. 1°, 220, 223, 224, 231, 232, 235, 240, 241, 241 bis, 249, 250, 251 bis, 252, 253 inc. 2°, 254 inc. 1° y 2°, 258, 259, 269 ter, 299.1, 299.2: Código penal) y la suspensión (arts. 148, 149, 152.3, 154.2, 155, 231, 254 inc. 1°: Código penal), que siendo consideradas como accesorias en disposiciones generales del Código Penal (art. 36), también cumplen una función de pena principal, al sancionarse ciertos delitos de modo directo, y en algunos casos únicamente, con aquéllas.

Es más, el Código Penal considera como penas accesorias, penas que han sido consideradas doctrinariamente como principales, caso del art. 448 ter inc. 2°, donde la pena accesoria es la multa,

aunque en todo caso, no cumple la función de accesoriadad dicha pena, como veremos. Pero ello no quita en que el sistema considere otras penas como accesorias, sin que por ello signifique el estar arropadas de una “naturaleza” que las haga accesorias. Esto es, en algunos casos, penas consideradas accesorias por el sistema se ocupan como principales, y en otros casos, penas consideradas principales, se ocupan como accesorias.

Por ello que cualquier pena puede ser colocada en la relación específica de accesoriadad entre penas, y cumplirá así esa *función*, con lo cual el ser accesoria no parece depender de su naturaleza (multa, comiso, otros), sino de la posición dentro de una relación normativa específica en que es colocada o situada una pena, pero que, en la legislación penal chilena, es, en principio solo nominativamente. Eso definirá también qué pena es principal, que lo sería, por la función que cumple en su relación con la pena puesta por el sistema como pena accesoria.

5. Conclusiones

A nuestro entender, son dos las cuestiones básicas, que debiesen acudir para precisarse desde la política legislativa, con la finalidad de poder determinarse una función específica para las penas accesorias y que dicha función pueda ser generalizable.

La primera, es el merecimiento de pena. Las penas accesorias no debieran estar relacionadas con el merecimiento de pena, puesto que solo las penas principales deben encontrarse en coherencia y en respuestas de aquellas. Solo entonces podrían diferenciarse de las penas copulativas, por ejemplo.

La segunda, y que podría ser el criterio más determinante que establecería una real diferencia, sería lo que en la dogmática

española está referido al art. 56.1.3 del Código Penal español, esto es, “Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código”. Es la cláusula “relación directa con el delito cometido”, nos entregaría una clave. Este requisito no señalaría, que la relación fuere entre delito cometido y pena, como erradamente podría pensarse⁵⁰, sino que la relación directa, y tal como dice el texto legal, es entre la función -empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho- y el delito cometido, cuestión que excluye delitos que no tengan ninguna relación con el desempeño de dichas funciones⁵¹.

Así, la inhabilitación especial aquí indicada, habrá de imponerse si y solo si la *función* está directamente relacionada con el *delito cometido*, con lo cual, el delito ha de estar relacionado con la función del sujeto activo, en razón, ocasión o con aprovechamiento de aquella⁵². Por ende, no está relacionado con el merecimiento de pena, sino que son un complemento que se dirigen sobre aquellas posiciones del sujeto dentro de la relación social que, de desarrollarlas, la pena principal se vería un tanto burlada, o perdería su fundamento retributivo y/o preventivo.

50 En una de sus referencias en destacado por (Durán, C., 2010, p. 253)

51 De quien tiene la patria potestad y mata a su suegro, STS 1378/04, 29-11; funcionarios policiales que actúan fuera de su servicio, STS 479/05, 15-4 (Cfr. (Durán, C., 2010, p. 253).

52 Por lo que la función sirve de eje para la relación delito-pena que se comporta como una relación indirecta en la pena accesoria señalada. Esto último es obvio, ya que sólo podría darse una relación directa si la pena accesoria tuviere las características de una principal y que se señaló en la diferencia v, esto es, porque no tiene por fundamento el merecimiento de la pena para su imposición. De allí que su relación sea indirecta.