

## **La interpretación del artículo 68 inciso 3 del Código Penal: ¿una potestad discrecional o una potestad obligatoria?**

**Comentario de sentencia**

Dafna González Paredes

**Partes:** Martínez Fernández, Isabel c/ Caro Jaramillo, Erick | Rebaja discrecional de la pena

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Santiago

**Fecha:** 16-nov-2016

**Cita:** MJCH\_MJJ47276 | ROL:3416-16, MJJ47276

**Producto:** Microjuris

El sentido natural y obvio de la expresión «podrá» del inciso tercero del artículo 68 del Código Penal significa que, en el caso de concurrir dos o más atenuantes, el tribunal se encuentra dotado de potestades discrecionales para optar por rebajar o no la pena, y en caso de optar por rebajar, en cuántos grados.

Santiago, 16 de noviembre de 2016

Vistos:

Que en estos autos [...] se condenó a Eric José Caro Jaramillo a la pena de un año de reclusión menor en su grado mínimo, a las penas accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo que dure la condena, en su carácter de autor del cuasidelito de lesiones graves gravísimas, previsto y sancionado en el artículo 490 N°1 en relación con los artículos 492 y 397 N°1, todos del Código Penal, y artículos 87 N°2 y N°5, 108 y 167 de la Ley N°18.290, en grado de consumado, hecho acaecido en la comuna de Las Condes de esta ciudad el día 28 de mayo de 2015. Se le condenó, además, a la suspensión de su licencia, permiso o carnet de conducir por el lapso de un año. Reuniéndose los requisitos respectivos, se le concedió la pena sustitutiva de remisión condicional por igual tiempo.

El defensor penal público Nicolás Orellana Solari, en representación del sentenciado, en tiempo y forma, dedujo recurso de nulidad fundado en la causal de la letra b) del artículo 373, del Código Procesal Penal, solicitando que se anule la sentencia y se dicte sentencia de reemplazo, en los términos que prescribe el artículo 385 del Código Procesal Penal,

imponiendo en definitiva a su defendido la pena de 41 días de prisión en su grado máximo y la suspensión de su licencia de conducir por un plazo no superior a 6 meses.

El recurso interpuesto se funda, sustancialmente, en la incorrecta aplicación, a juicio de la defensa, del artículo 68 inciso 3, en relación con los artículos 11 N°6, 11 N°9, 397 N°1, 490 N°1 y 492 inciso 2°, todos del Código Penal.

En opinión de la defensa, la determinación de la pena se encuentra incorrectamente aplicada por la sentenciadora, ya que habiéndose establecido que concurren dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante y que la pena establecida para el cuasidelito de lesiones graves gravísimas está compuesta de dos grados, reclusión menor en su grado mínimo a medio, el tribunal debía rebajar al menos un grado conforme a lo dispuesto en el artículo 68 inciso 3 del Código Penal, siendo obligatoria dicha rebaja, solo resultando facultativo para el tribunal decidir, fundadamente, la cantidad de grados a rebajar [...].

Esgrime en favor de su tesis jurisprudencia nacional que comparte dicha interpretación, argumentando que la exégesis de dicha norma no puede decidirse en función solamente del empleo de la expresión "podrá", pues cita algunas otras disposiciones legales, como el 351 del Código Procesal Penal, en que, pese a que el legislador emplea esa misma palabra, la aplicación de la opción para el juez es obligatoria, en función de cuál de las reglas resulte más favorable para el condenado [...].

[...]

La influencia sustantiva de tal error de derecho en lo dispositivo del fallo se daría porque al aplicar la interpretación que propone, la pena a aplicar sería menor a la que fuere aplicada por la sentenciadora.

Con fecha 4 de noviembre de 2016 se produjo la vista de la causa, alegando letrados en torno a la defensa del recurso y a su rechazo, quedando la lectura de esta sentencia para el día de hoy.

Con lo oído y considerando:

Primero: Que, como ya se ha anunciado, el arbitrio sometido a conocimiento de esta Corte descansa en la existencia de un recurso de nulidad, interpuesto por la defensa [...], esto es, procederá la declaración de la nulidad del juicio y de la sentencia cuando, en su pronunciamiento, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Segundo: Que, la Corte Suprema ha señalado expresamente qué se entiende por error de derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, para los efectos de invalidar una sentencia. Así, en la causa Rol N°2095-2011 ha señalado: "[...] la presente causal de invalidación del juicio oral y de la sentencia, concurre únicamente en los siguientes casos: a) cuando existe una contravención formal del texto de la ley, es decir cuando el juzgador vulnera de manera palmaria y evidente, el texto legal; b) cuando se vulnera el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de una sentencia; y c) cuando existe una falsa aplicación de la ley, situación que se verifica cuando el juzgador deja de aplicar una norma jurídica, cuando resulta realmente pertinente su aplicación. [...]"

[...]

Que, ciertamente, la causal invocada por la defensa se encuentra referida a un conflicto de interpretación de una norma legal, el artículo 68 inciso 3 del Código Penal, en cuanto a si dicho precepto contiene una potestad discrecional del sentenciador, o si en cambio contiene una potestad mixta, en parte obligatoria, la rebaja del marco legal de la pena, y otra discrecional, en cuanto a los grados —uno, dos o tres— en que se autoriza al sentenciador a efectuar la rebaja de pena.

Que, la Corte Suprema ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular, indicando, por ejemplo, en la causa Rol N°5629-2008, en su considerando octavo, "que el inciso tercero del artículo sesenta y ocho del Código Penal [...] es una norma facultativa, de manera que el no ejercicio de la potestad que allí se le otorga no importa un incumplimiento que constituya un error de derecho susceptible de ser anulado por este arbitrio", dictada en el contexto de un recurso de casación en el fondo, pero aplicable a este caso en atención a la causal de impugnación planteada por el recurrente.

[...]

Tercero: Que, el inciso tercero del artículo 68 del Código Penal establece: "Si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias."

Esto es, la situación de hecho que la norma regula resulta clara: se trata de aquellos casos en que concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante.

La consecuencia jurídica frente a dicha situación fáctica es lo debatido.

El tribunal se encuentra dotado de potestades discrecionales para optar por rebajar o no la pena, y en caso de optar por rebajar, en cuántos grados; o el tribunal tiene potestades mixtas: debe rebajar la pena —eso es obligatorio—, pero en cuántos grados rebaja la pena es lo facultativo.

Y la redacción del artículo resulta nítido en cuanto a la atribución que le entrega al tribunal: "el tribunal podrá" y eso no puede interpretarse sino conforme lo señala el inciso primero del artículo 19 del Código Civil, que señala "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu."

Cuarto: Que, así las cosas, no cabe más que concluir que en el caso en cuestión no se configura la causal de nulidad impetrada, por lo que se hace forzoso rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa.

Por estas consideraciones y visto, además lo dispuesto en el artículo 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por el defensor penal público don Nicolás Orellana Solari en los autos RIT O-10144-2015 del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 1500524171-2, en contra de la sentencia de fecha veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis.

Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante, quien estuvo por acoger el recurso y decretar la nulidad de la sentencia, dictando sentencia de reemplazo, por las siguientes consideraciones:

1° Efectivamente este es un conflicto de interpretación y en ella el principio *pro homini* se ve reforzado tratándose de una persona que ha sido condenada por una sentencia penal, de modo que resulta un imperativo para el intérprete optar por la alternativa que resulte más favorable al condenado.

2° Y es nítido que de las dos interpretaciones posibles resulta más favorable aquella que visualiza en el inciso tercero del artículo 68 del Código Penal una atribución de potestades mixtas, en el sentido que establece una regla a aplicar por el juez que comprende: 1) rebaja de penas obligatoria y 2) determinación discrecional respecto al grado de la rebaja: uno, dos o tres.

[...]

## **1. Breve descripción de la sentencia**

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago previamente presentada expone los argumentos para rechazar el recurso de nulidad interpuesto por el defensor penal público don Nicolás Orellana Solari, en representación de Erick José Caro Jaramillo. La defensa funda la interposición del recurso de nulidad sobre la errónea interpretación, a su juicio, del inciso tercero del artículo 68 del Código Penal. Esta norma autoriza al juez para rebajar la pena asignada a un delito “en uno, dos o tres grados al mínimo señalado por la ley”, en el caso de que la pena en cuestión conste de dos o más grados. Esta rebaja de la pena solo se puede realizar en caso de existir dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante.

El sentenciado fue encontrado culpable por el cuasidelito de lesiones graves gravísimas, previsto y sancionado en el artículo 490 N°1 en relación con los artículos 492 y 397 N°1, todos del Código Penal. A través de los artículos recién citados, y en especial a través del artículo 492, podemos conocer que el cuasidelito cometido por Erick José Caro Jaramillo fue ejecutado por medio de un vehículo a tracción mecánica (y no animal, lo que se deduce de la suspensión de su licencia de conducir), y que este hecho en particular corresponde ser sancionado con las penas indicadas en el artículo 490, es decir, con la pena de “reclusión o relegación menor en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen”. El artículo 492 también establece la sanción de suspensión del carné de conducir

Asimismo, fue condenado por las acciones prohibidas en los artículos 87 N°2 y N°5, 108 y 167, todos de la Ley de Tránsito (ley N°18.290), los cuales se refieren al transporte público de pasajeros y de los pasajeros de vehículos de locomoción colectiva, a la conducción y a la responsabilidad por los accidentes de tránsito.

Las conductas prohibidas por las cuales se condena a Erick José Caro Jaramillo, según el artículo 87 N°2 y N°5 de la Ley de Tránsito, son “llevar pasajeros en las pisaderas y no mantener cerradas las puertas del vehículo cuando se encuentre en movimiento” y poner el vehículo “en movimiento o no detenerlo completamente cuando hayan pasajeros que deseen subir o bajar del vehículo”. Por otro lado, las conductas que se establecen en los artículos 108 y 167 de la misma ley antes mencionada obligan al conductor, en este caso, al sentenciado, a mantener el control del vehículo durante la circulación, y conducirlo conforme a las normas

de seguridad que en dicha ley se establecen, además de cumplir con las 19 disposiciones que constituyen presunción de responsabilidad del conductor en los accidentes de tránsito.

Por todo lo anteriormente mencionado acerca de los hechos y la ley, se condenó a Erick José Caro Jaramillo a 1 año de reclusión menor en su grado mínimo y a la suspensión de su cargo u oficio público durante el tiempo que dure esta condena. Además, el sentenciado fue condenado a la suspensión de su licencia de conducir por el mismo lapso de tiempo, es decir, 1 año.

Así las cosas, el recurso de nulidad interpuesto por la defensa pretende la anulación de la sentencia definitiva dictada por el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, y la dictación de una sentencia de reemplazo. Esta causal de nulidad invocada por el representante del sentenciado se encuentra referida al conflicto de interpretación de una norma legal, el ya mencionado artículo 68 inciso tercero del Código Penal.

Dicho conflicto recién mencionado se refiere a si la potestad conferida por este precepto está integrada en el ámbito de discrecionalidad que posee el juez o no. Así, entonces, la pregunta que se discute en esta sentencia sobre la rebaja de la pena, en uno o más grados, es si la potestad conferida por el artículo 68, inciso tercero del Código Penal es una potestad discrecional o es una potestad mixta del juez. Si fuese una potestad discrecional, sería una facultad para el juez y, por tanto, podría aplicarla o no, y su no aplicación no constituiría error de derecho. En cambio, si fuese una potestad mixta, implicaría que el juez estaría obligado a rebajar la pena al sentenciado, siendo discrecional solo la cantidad de grados que se rebajaría la pena (uno, dos o tres). Si la interpretación fuese esta última, la que entiende el inciso tercero del artículo 68 de Código Penal como una potestad mixta, se debería haber acogido el recurso de nulidad.

Como ya sabemos, la Corte de Apelaciones de Santiago se alineó con la primera interpretación, que entiende tal precepto como una potestad discrecional, por lo que rechazó dicho recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, teniendo como resultado no rebajar la pena del sentenciado en ningún grado.

## **2. Desarrollo**

### **2.1. Motivación**

La motivación entrega el marco de actuación del sentenciador y consiste, fundamentalmente, en el deber judicial de sujeción del juez a la ley al aplicar normas jurídicas proporcionadas por los órganos que poseen la función legislativa. Esto se traduce en una correcta fundamentación de una decisión judicial dictada por el sentenciador o juez. La idea de la “correcta fundamentación”, para Francisco Javier Ezquiaga, hace referencia a ciertos puntos que debería cumplir dicha sentencia para considerarse correctamente motivada, como los que presentaré a continuación<sup>1</sup>.

Primero, la sentencia debe contener alguna disposición normativa procedente de una fuente del derecho autorizada<sup>2</sup> que justifique o avale la resolución que se determina en dicha sentencia. En otras palabras, debe fundar su decisión en una norma prescriptiva válida. En concreto, la sentencia debe contener uno, varios o partes de artículos en los que se funde la decisión judicial. Esto, explica Ezquiaga, debido a que la costumbre se considera cada vez más una fuente marginal de derecho. Como la sentencia que comento cumple con el requisito anterior, se puede considerar válida materialmente, porque su contenido es deducible de la norma que el juez aplica.

Segundo, la motivación de la sentencia justificada con la mera presencia de un artículo a veces es insuficiente<sup>3</sup>. Esto se puede dar cuando hay un artículo de difícil o controvertida interpretación, donde se requiere necesariamente que el juez argumente el procedimiento de razonamiento lógico llevado a cabo para pasar de la disposición normativa a la norma jurídica, es decir, que el juez explique en la decisión cómo dota de contenido dicha disposición y cuál es el significado otorgado a la disposición utilizada. En este último caso, la justificación y argumentación de las normas jurídicas utilizadas para resolver la situación en cuestión son necesarias para poder afirmar que la sentencia se encuentra correctamente motivada.

Por otro lado, y, en tercer lugar, cuando existen lagunas en el derecho, el deber del juez de sujeción a la ley se ve dificultoso de cumplir, puesto que no hay ley a la cual atenerse<sup>4</sup>. Una posible solución sería que los jueces utilicen la literatura jurídica producida por autoridades normativas reconocidas en el sistema de derecho, para así poder obtener normas

---

<sup>1</sup> EZQUIAGA, 2003, pp. 39-55.

<sup>2</sup> EZQUIAGA, 2003, p.41

<sup>3</sup> EZQUIAGA, 2003, p. 44

<sup>4</sup> EZQUIAGA, 2003, p. 45

que le permitan justificar desde la perspectiva jurídica su decisión. Aun así, es difícil poder afirmar que realmente la sentencia estaría motivada conforme a la ley, ya que los textos se escriben y producen con base en la ley, pero no son la ley.

En cuarto lugar, otros puntos importantes respecto a la motivación tienen que ver con la presunción del conocimiento de la ley por parte del juez y la prohibición de rechazar la aplicación de una ley<sup>5</sup>. Respecto al primer punto, es esencial que el juez tenga conocimiento de la ley para que pueda fundar y motivar su sentencia conforme a esta, de lo contrario, la motivación se basaría en su propio criterio, lo que sería ampliamente arbitrario y carecería de seguridad jurídica para los justiciables. Acerca del segundo punto, de la prohibición de rechazar la aplicación de una ley, este no solo se refiere a estrictamente a la ley, sino también a la Constitución en los casos en que sea pertinente<sup>6</sup>. Por otra parte, pero dentro del mismo punto, es importante señalar que la motivación de una decisión judicial no puede estar fundada en una norma no aplicable<sup>7</sup>. La motivación de la sentencia debe tener como base una norma que sea aplicable, entendiendo la aplicabilidad como la obligación que prescribe una norma de aplicar otra norma.

En definitiva, la sentencia se entiende como correctamente fundada cuando el juez cumple con el principio de sujeción a la ley para justificar su decisión judicial. Cumplir con este principio implica tener en cuenta, además de señalar uno o más artículos, una serie de características que le den peso a la justificación. Entre estas encontramos el exponer su razonamiento lógico cuando fuese necesario; utilizar la literatura jurídica y jurisprudencia en caso de no tener ley a la cual atenerse; conocer el derecho y la ley; y fundar la motivación en normas aplicables, ya sean de orden legal o supralegal, es decir, constitucional.

En la sentencia expuesta, la Corte de Apelaciones cita solo un artículo para fundar su decisión, o más bien, su postura respecto a la interpretación del artículo 68, inciso tercero del Código Penal (norma legal a la cual refiere la causal de nulidad invocada por la defensa). Este artículo citado por la Corte de Apelaciones es el 19 del Código Civil, que señala que «cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu». Si bien no cita más artículos que fortalezcan su postura respecto del artículo 68 ya mencionado, la Corte de Apelaciones cita jurisprudencia emanada de la Corte Suprema,

---

<sup>5</sup> EZQUIAGA, 2003, p. 45

<sup>6</sup> EZQUIAGA, 2003, p. 45

<sup>7</sup> EZQUIAGA, 2003, p. 46.



apoyando dicha interpretación del artículo antes señalado. Con todos estos fundamentos, y en conformidad con el artículo 384 del Código Procesal Penal, la Corte de Apelaciones argumenta y señala explícitamente que el inciso tercero del artículo 68 del Código Penal no necesita mayor interpretación que la ya dada en la ley, porque su sentido es claro y no admite otro.

Lo cierto es que cuando se interpreta una norma jurídica, se hace desde un punto subjetivo, en este caso, de la percepción que más razonable le parezca al juez, por lo que, a mi juicio, no debería considerarse la interpretación del artículo 68 inciso tercero del Código Penal como una sola unívoca y tajante interpretación que no admita otra. Mientras sea conforme a la ley, este artículo podría admitir otra interpretación como la dada por el abogado integrante de la Corte de Apelaciones al momento de la dictación de esta sentencia, el señor Mauricio Decap.

Tal interpretación «alternativa» del inciso tercero del artículo 68 del Código Penal se basa en el principio *pro hominem*, en virtud del cual siempre se debe estar a favor de la persona. Este implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

Bajo la anterior interpretación, en virtud del principio *pro hominem*, se debería acoger el recurso de nulidad y, por tanto, rebajar la pena al condenado, lo que aseguraría adoptar la posición que esté más a favor del imputado. Si bien existe mayor jurisprudencia y doctrina que niega esta interpretación, personalmente considero que no es una interpretación equívoca, ya que, si solamente fuera una facultad del juez, una potestad discrecional, y esta se pudiese aplicar en los casos que el juez estime pertinente, aun cuando hubiere dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, los justiciables carecerían de seguridad jurídica. Además de lo anterior, no tendría mayor sentido establecer una potestad que el juez podría aplicar cuando quisiese, dejando un grado amplio de subjetividad, ya que afectaría los derechos de quienes se someten a la justicia. Si dos sujetos cumplen con los requisitos de tener dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, y solo a uno de ellos se le otorga la rebaja de la pena, ¿cuál es el sentido de justicia? El juez podría negarse a la rebaja por motivos no vinculantes a la ley, solo justificándose en que la rebaja de la pena sería un ámbito discrecional, sin admitir más fundamentos.

Por el contrario, si se utiliza el principio *pro hominem* como una regla para establecer la rebaja de la pena, la situación sería más justa. Dos sujetos en igualdad de condiciones, con dos atenuantes y ninguna agravante podrían optar ambos a la rebaja de la pena en virtud de dicho principio. De este modo, el actuar del juez favorecería la igualdad de ambos sujetos, que, por cierto, es un derecho fundamental, y mantendría la seguridad jurídica para los imputados.

## **2.2. Jurisprudencia**

### **2.2.1. ¿Qué es la jurisprudencia?**

Se conoce como jurisprudencia a una pluralidad de decisiones judiciales relativas a un conjunto de casos concretos que han sido utilizadas para fundamentar o justificar otras decisiones judiciales posteriores a las usadas como jurisprudencia. Entregan una visión de cómo se entiende a nivel nacional una determinada cuestión, cómo es tratada y cómo se problematiza.

Según Squella, la jurisprudencia designa generalmente a un conjunto de decisiones concordantes que están fundadas en un mismo criterio acerca de lo que es el derecho aplicable, y su interpretación. Tales decisiones son dictadas en asuntos similares por cualquier tribunal y especialmente, por los tribunales superiores de justicia<sup>8</sup>.

Las sentencias utilizadas como jurisprudencia anteriormente mencionadas no son copias textuales para dar fundamento a una nueva sentencia, sino que son decisiones que se van perfeccionando. Se les añaden nuevos razonamientos y argumentos y se les restan otros, y a su vez, estas sentencias perfeccionadas se utilizan en nuevas justificaciones de decisiones que otra vez las perfeccionan para sus determinados usos. En concreto, la jurisprudencia hace referencia a una gran cantidad de decisiones, en ocasiones centenas de decisiones, o más. Son estas acciones en cadena y la grandísima extensión de la jurisprudencia las que dificultan establecer cuál es real y verdaderamente la decisión relevante (en caso de existir alguna), o bien, el decidir cuántas sentencias o decisiones son las necesarias para establecer que existe jurisprudencia respecto de una determinada norma jurídica.

En este punto se torna necesario distinguir entre lo que es la jurisprudencia y lo que se conoce como precedente.

---

<sup>8</sup> SQUELLA, 2002, p. 563.

### **2.2.2. Diferencia entre precedente y jurisprudencia**

Para Taruffo, «la jurisprudencia (...) es un factor esencial y decisivo en clave de interpretación y de aplicación del derecho»<sup>9</sup>. En cambio, el precedente «es siempre una decisión relativa a un caso particular, de manera tal que el significado de la regla jurídica usada como criterio de decisión viene a “concretizarlo” para referirlo a la solución del caso particular»<sup>10</sup>. Taruffo señala que el precedente constituiría una regla susceptible de universalización que podía ser aplicada como un criterio de decisión en un caso sucesivo, en relación con la identidad de ambos casos o comparando las similitudes de los hechos del primer caso con los del segundo caso<sup>11</sup>. En definitiva, el precedente haría referencia a una decisión relativa a un caso particular, no a un conjunto o una serie de casos, como ocurre en la jurisprudencia.

Como el precedente se establece en el caso posterior al del propio precedente, se puede afirmar que es el juez quien crea el precedente, porque es aquel quien determina si dicha sentencia o dicha decisión constituye precedente para su decisión o no. Lo anterior, el hecho de que una sentencia o decisión pueda constituir o no precedente, se determina analizando los hechos de ambos casos. Si ese análisis justifica que el razonamiento lógico aplicado al primer caso se aplique también al segundo, entonces el precedente será eficaz y podría determinar la decisión del segundo caso de la misma forma en que determinó la decisión del primero. En contraste con la jurisprudencia, el precedente no sufre cambios ni perfeccionamientos, porque se utiliza en el segundo caso tal cual como fue utilizado en el primer caso. Siendo así, es suficiente el uso de un solo precedente para justificar la decisión del caso que le sucede.

Un elemento que diferencia el empleo de la jurisprudencia del empleo del precedente radica en que, en la jurisprudencia, no se realiza un análisis acerca de los hechos como se realiza en la determinación del precedente. La jurisprudencia carece de este análisis porque su enfoque o su centro radica en las decisiones que la Corte Suprema, en el caso chileno, ha fallado<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> TARUFFO, 2007, p. 86.

<sup>10</sup> TARUFFO, 2007, p. 86.

<sup>11</sup> TARUFFO, 2007, p. 88

<sup>12</sup> TARUFFO, 2007, p. 88

### **2.2.3. Jurisprudencia nacional respecto a la interpretación del inciso tercero del artículo 68 del Código Penal**

Respecto a la interpretación del inciso tercero del artículo 68 del Código Penal hay bastante jurisprudencia nacional. En su mayoría, esta se inclina por la interpretación que concibe el inciso tercero del artículo 68 como un precepto que establece una potestad discrecional del juez, o sea, una facultad. Por otra parte, se sostiene también la tesis contraria acerca de dicha interpretación, pero de una forma tan minoritaria que no se podría considerar como jurisprudencia. A pesar de esto, presentaré ambas tesis, tanto la mayoritaria como la minoritaria. Por lo demás, aún cuando esta última no ha tenido mayor cabida en la jurisprudencia, ha sido un razonamiento lógico para justificar y fundamentar la decisión del juez en determinadas circunstancias.

#### *a) Jurisprudencia mayoritaria: el inciso tercero del artículo 68 del Código Penal faculta al juez a rebajar o no la pena*

La jurisprudencia y la doctrina nacional defienden esta interpretación, la que atribuye al inciso tercero del artículo 68 del Código Penal el carácter de una facultad para el juez, en todo sentido. Para profundizar en esta interpretación, es necesario retomar algunos puntos mencionados anteriormente. Comenzaré citando el inciso tercero del artículo en discusión, a partir del cual se comienza la controversia de su interpretación.

«Si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias».

El artículo 19 del Código Civil establece que «cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu». En función de este artículo, la jurisprudencia considera que la expresión «podrá» no requiere de otra interpretación más que la literal que establece el artículo, ya que su sentido claramente establecido carecería de controversias. Siendo así, el juez tendría la facultad de rebajar o no la pena. En caso de no hacerlo, esto no constituiría un error de derecho, sino simplemente el ejercicio, o más bien dicho, el no ejercicio de una potestad discrecional del sentenciador. Como consecuencia, interponer un recurso de nulidad en su contra, o sea, en contra de la

negativa o del rechazo del juez de rebajar la pena, sería un recurso inadecuado para este caso, ya que la nulidad de una sentencia solo se justifica cuando un error de derecho influye sustantivamente en lo dispositivo del fallo.

Según la jurisprudencia, un error de derecho que influye sustantivamente en lo dispositivo del fallo se puede dar cuando un juez vulnera el texto legal o el sentido y el alcance que posee la norma que se utiliza como fundamento para dictar una sentencia, y cuando el sentenciador deja de aplicar una norma jurídica.

El razonamiento lógico recién expuesto es la tesis que más se defiende y se sostiene dentro de la jurisprudencia nacional, y la podemos encontrar en diversas sentencias de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema. Así, por ejemplo, el argumento de la plena claridad del sentido de la ley en el artículo 68, inciso tercero del Código Penal, lo encontramos en la causa Rol N°444-2011<sup>13</sup>, donde se señala que «el artículo en referencia [68 del Código Penal] en su inciso tercero precisamente alude, para el caso de ser "dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante", luego del signo de puntuación coma (,) que "el tribunal podrá imponer la pena inferior". En aquel tenor cobra plena vigencia entonces el aforismo que emana del artículo 19 del Código Civil, en orden a que cuando el legislador no distingue no es lícito al intérprete hacerlo, respetándose el claro sentido sin ambigüedad de la norma, esto es la situación de isomorfia o claridad a que alude la doctrina».

Por otra parte, en la causa Rol N°4389-2016<sup>14</sup>, se dice, respecto del error de derecho que influya sustantivamente en lo dispositivo de la sentencia, que «la causal de nulidad que se alega, como señala el propio texto de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, requiere para su configuración que la errónea aplicación del derecho haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo». Bajo esta interpretación jurisprudencial, el no ejercer la facultad de rebaja de la pena no constituye error de derecho, y, por tanto, no podría influir sustantivamente en lo dispositivo de la sentencia.

Esta tesis es la aceptada por la jurisprudencia casi en su totalidad, por esto es mayoritaria, y se entiende así desde hace muchísimo tiempo, como se evidencia en la anterior causal Rol N°444-2011<sup>15</sup>, en su considerando sexto:

---

<sup>13</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, 09.05.2011.

<sup>14</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 26.01.2016, Rol N°4389-2016

<sup>15</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, 09.05.2011, Rol N°444-2011

«El profesor Carlos Kunsemuller ya en el año 1977 llegó a esta misma conclusión cuando comenta el fallo de la Corte Suprema de 18 de mayo de ese año, que en su fundamento tercero establecía "que el artículo 68 inciso tercero del Código Penal otorga una facultad a los sentenciadores para rebajar o no la pena asignada al delito". Señala el profesor Kunsemuller: "la moderna doctrina nacional es prácticamente unánime en torno al carácter meramente facultativo de la rebaja tantas veces mencionada. Fuera del poderoso argumento que en tal sentido otorga el claro tenor literal del precepto en cuestión, al emplear la expresión "podrá", en oposición a otras claramente imperativas ("aplicará", "no aplicará", "se observará")" (Revista de Ciencias Penales, de enero a junio de 1977, Tomo XXXVI, páginas 94 a 102).».

Si bien no se puede negar esta interpretación, porque es la que los tribunales de justicia constantemente utilizan como justificación a sus decisiones judiciales, constituiría un buen ejercicio argumentar la interpretación contraria, sostenida por el abogado integrante de la sentencia expuesta inicialmente. Tal ejercicio se realizará en el siguiente apartado.

*b) Interpretación minoritaria: el inciso tercero del artículo 68 del Código Penal le entrega una potestad mixta al juez*

He denominado este apartado como "interpretación minoritaria" y no como jurisprudencia minoritaria debido a que no es común que los jueces fundamenten un fallo alineándose con esta postura interpretativa. Por lo demás, he considerado que sostienen elementos y argumentos importantes de mencionar y señalar en esta materia. En lo que sigue, desarrollaré brevemente esta orientación interpretativa del artículo en cuestión.

La presente interpretación del inciso tercero del artículo 68 del Código Penal lo considera como un precepto que atribuye al sentenciador o juez una potestad mixta. Esta se dividiría en dos partes. Por un lado, estaría compuesta por una parte obligatoria, que sería la de rebajar la pena cuando se cumpliera el requisito de tener dos atenuantes y ninguna agravante. Por el otro lado, una parte facultativa o discrecional para el sentenciador, que sería cuántos grados se rebaja la pena, uno, dos o tres grados.

La justificación para afirmar que este inciso confiere una potestad mixta se basa principalmente en que la posibilidad de rebajar o no la pena no es una cuestión de discrecionalidad del juez, porque es un asunto que el legislador ya resolvió, y lo hizo fijando previamente la hipótesis ante la cual el juez debería actuar. Esta hipótesis hace referencia al requisito de tener dos atenuantes y ninguna agravante para que se aplique la rebaja de la pena. En consecuencia, sería imperativo para el juez rebajar la pena si se cumple el requisito fijado por el legislador, y sería facultativo lo que atiende a la cantidad de grados de la rebaja de la pena, ya sea «en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley». En estos términos se plantea en la causa Rol N°2869-2015<sup>16</sup>, de la Corte de Apelaciones de Santiago, donde en su considerando séptimo señala:

«Séptimo: En general, las normas que otorgan atribuciones a un juez raramente propician dejarle en condiciones de hacer o no hacer algo según su libre entender, porque la facultad concedida suele ser funcional a una finalidad normativa, de manera que, cumpliéndose los supuestos legales o, que es lo mismo, si se está en presencia de un caso contemplado en la previsión legal respectiva, no debiera encontrarse una excusa atendible para actuar ante un "podrá", porque —si se dan los requisitos—, esa forma verbal termina siendo equivalente a un "deberá". Es precisamente el caso del artículo 68 inciso tercero del Código Penal. En efecto, la hipótesis que determina la rebaja es el hecho de concurrir dos atenuantes y ninguna agravante. Por lo tanto, la "discrecionalidad" no tiene que ver con la posibilidad de rebajar o no rebajar la pena —dado que ello ya fue resuelto por el legislador—, sino que atañe la cuantía o entidad de la rebaja ("en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley"), para cuyo efecto esa misma ley también señala parámetros dirigidos a guiar la actuación del juzgador. Asumido de ese modo, cobra mayor sentido el enunciado legal y se explica de mejor manera que, acto seguido, se agregue que la graduación correlativa debe atender al "número y entidad de dichas circunstancias"».

Otra cuestión que se plantea al respecto de esta interpretación es la observación que se ha hecho en la doctrina y la jurisprudencia acerca de la inconsistencia sistémica que generaría

---

<sup>16</sup>Corte de Apelaciones de Santiago., 03. 11. 2015, Rol N°2869-2015

no considerar el inciso tercero del artículo 68 como un imperativo, en comparación al inciso segundo del mismo artículo. El inciso segundo del recién citado artículo establece que «habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, no aplicará en el primer caso el grado máximo ni en el segundo el mínimo.» El contrasentido se provocaría porque, cuando existe solo una atenuante, la obligación del juez sería excluir un grado de la pena, sin embargo, cuando concurrieren dos circunstancias atenuantes, no se provocaría ningún efecto de importancia. Este punto también lo trata la causa Rol N°2869-2015<sup>17</sup> de la Corte de Apelaciones de Santiago, que en su considerando noveno reafirma esta conclusión en los siguientes términos:

«Noveno: Reafirma la conclusión esbozada tomar en cuenta un argumento sistemático que han observado la doctrina y la jurisprudencia citada en el recurso: la asimetría a que da lugar la inteligencia que el fallo recurrido asigna al inciso tercero del artículo 68 del Código Penal. En los casos regulados por los artículos 66 y 67 y por el propio artículo 68 del Código del Ramo, en sus correspondientes inciso segundo, el derrotero que marca la sentencia impugnada conduce al contrasentido que un acusado al que favoreciera una sola circunstancia atenuante obtendría comparativamente un tratamiento privilegiado, puesto que esa sola minorante sería capaz de provocar un efecto mayor —la exclusión obligatoria del marco superior de la pena— que el asociado a dos o más atenuantes en la situación que contempla el inciso tercero del señalado artículo 68 del Código Penal. De ahí que sea dable sostener, además, que al desatenderse el mandato legal la pena impuesta deviene en inequitativa y desproporcionada».

De este modo, considerando todo lo anteriormente expuesto en este apartado y, además, los argumentos que presenta el autor del voto disidente de la sentencia que se comenta, creo que hay motivos y razones más que suficientes para prestarle atención a esta interpretación minoritaria y así desarrollar nuevas concepciones del mismo artículo, examinando en profundidad su sentido y alcance.

---

<sup>17</sup> Corte de Apelaciones de Santiago., 03. 11. 2015, Rol N°2869-2015



#### **2.2.4. Breves alcances sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia, según Ferreres<sup>18</sup>**

Otro punto importante de destacar sobre la jurisprudencia de esta sentencia radica en la existencia o inexistencia de un carácter vinculante, es decir, si los tribunales inferiores están obligados a seguir las decisiones de los tribunales superiores o no, las cuales componen la jurisprudencia. Llevando este punto al caso particular de la sentencia que estoy comentando, la pregunta sería si la Corte de Apelaciones está obligada a decidir conforme a las sentencias anteriores que ha dictado la Corte Suprema en dicha materia.

Para realizar este análisis, me remitiré al texto de Víctor Ferreres, «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», el cual puede brindar una luz para esclarecer este aspecto en el caso específico ya presentado anteriormente.

Ferreres comienza identificando un problema en el que, según dice, existe acuerdo entre los juristas. Este consiste en que, en muchas ocasiones, no se posee una solución clara dentro del ordenamiento jurídico para un determinado caso con el que se encuentren los tribunales en la práctica judicial. Para solucionar este problema se han creado mecanismos que buscan reducir a solo una las distintas soluciones que puede poseer un caso específico. Dicha solución consiste en que los tribunales superiores de justicia determinen una única respuesta como la correcta para aquellos casos controvertidos. De esta forma, los tribunales inferiores podrán decidir conforme a dicha solución ya creada.

Tal tarea de unificación de las decisiones judiciales busca preservar dos valores importantes como lo son la seguridad jurídica y la igualdad. Es esencial que, para casos controversiales, exista una solución única. Así, los sujetos pueden tener conocimiento de las consecuencias de sus actos y, a la vez, todos pueden ser tratados igualmente. Dicha igualdad también se encuentra en la acción del tribunal superior que decide la solución al caso controversial, en el sentido de que, al tener la jurisprudencia un carácter vinculante, se obliga al tribunal a adoptar la solución que estime como correcta pensando en un sujeto abstracto que será objeto de esa solución. Esto solo se cumplirá si el tribunal está en conocimiento de que sus decisiones serán vinculantes, señala Ferreres.

---

<sup>18</sup> FERRERES, V y XIOL, J. A., 2009, pp. 43-80.

De acuerdo con este primer conjunto de ideas, la sentencia que he presentado cumple con ciertos rasgos que caracterizan la vinculatoriedad de la jurisprudencia, aun cuando en nuestro ordenamiento jurídico no existe un precedente o jurisprudencia vinculante.

Respecto a la interpretación del artículo 68 inc. 3° del Código Penal, artículo en conflicto en mi sentencia, existe una línea jurisprudencial en sentido horizontal, ya que las distintas Cortes de Apelaciones han adoptado una misma posición interpretativa para responder a las controversias de dicho artículo, lo que actúa, como mencionaba anteriormente, como jurisprudencia vinculante. En este sentido, se han mantenido los valores de seguridad jurídica e igualdad. De este modo, si un sujeto presenta un recurso de nulidad fundado en la incorrecta aplicación del artículo 68 inciso 3° del Código Penal, se sabe que hay una gran probabilidad de que la Corte falle de forma negativa, rechazando dicho recurso. Esto debido a que la interpretación que ha dominado esta controversia es aquella que entiende el artículo 68, inciso 3° como una facultad del juez, donde la no aplicación de la norma no constituye error de derecho. Siendo esto así, se podría decir que se favorece la seguridad jurídica; los individuos conocen las decisiones anteriores de las Cortes de Apelaciones, las que, tradicionalmente, han seguido una línea jurisprudencial, basada en el artículo 19 del Código Civil, que los obliga a interpretar de forma literal una norma cuando no hay duda de su sentido o espíritu. Así también se favorece la igualdad, porque en cada causa se adopta la posición interpretativa mayoritaria (con algunas mínimas excepciones como las presentadas anteriormente), fallando de forma similar en cada caso.

Por otra parte, pasando a otro aspecto de la vinculatoriedad de la jurisprudencia, Ferreres menciona la distinción que se suele hacer entre la jurisprudencia del *common law*, —donde nadie cuestiona que los precedentes son vinculantes—, y la jurisprudencia del *civil law*, —donde históricamente se ha rechazado la fuerza vinculante—. Actualmente, tal distinción no tiene mayor sentido, porque entre ambas culturas se han retroalimentado y han mezclado ciertos aspectos que antiguamente eran característicos de cada una en particular. Además, en ambas culturas también, es inevitable que la legislación no ofrezca respuestas o soluciones claras a ciertos casos.

Ahora, yendo mucho más allá de la distinción entre *common law* y *civil law*, Ferreres nos lleva a analizar ciertos principios de rango constitucional que frecuentemente se oponen a la tesis que le otorga valor normativo a la jurisprudencia, como lo son (1) la exclusiva sumisión del juez al imperio de la ley, (2) la independencia judicial y (3) el principio democrático.

El primero es un argumento débil, ya que asume la imposibilidad de la jurisprudencia de ser vinculante solo con base en el concepto de “sujeción al imperio de la ley”; más bien, en el término “ley”, creyendo que este excluiría a la jurisprudencia. Esto es erróneo, porque el término “ley” se puede entender de distintas maneras. Y, por otra parte, si el juez se tiene que apegar a la ley, entonces no tiene sentido hablar de precedente vinculante o de jurisprudencia vinculante, porque no podría tomar como fundamento las decisiones de tribunales superiores que antecedieron al caso que se está resolviendo.

En el caso concreto de mi sentencia, el juez no solo se apega a la ley, sino que también a la jurisprudencia y a la doctrina. Se encuentra un germen de jurisprudencia vinculante, ya que se utiliza el razonamiento de la Corte Suprema para fundamentar su decisión. Tal tribunal superior ha seguido una línea consecuente horizontalmente, lo que facilita la aplicación de dicha decisión a casos posteriores y concretos. Si el juez solo se apegara a la ley en este caso particular, el único fundamento para interpretar el artículo 68 inciso 3° como una potestad discrecional y no como una potestad obligatoria, como plantea la interpretación minoritaria, sería el artículo 19 del Código Civil, lo que le quitaría peso o completitud a la argumentación, ya que sería demasiado acotado el rango de fuentes para fundar la decisión judicial.

El segundo principio, acerca de la independencia judicial, hace referencia a dos puntos, principalmente a que cada juez debe tener la independencia para fallar. Este argumento igual sería debatible ya que, para que haya independencia judicial para fallar, es necesario que se cumplan con una serie de condiciones, entre ellas, que los jueces sean inamovibles en su cargo. Esto se cumple en la mayoría de los tribunales, pero no en todos. Por ejemplo, no se cumple en los tribunales ambientales, donde los jueces duran un determinado tiempo en su cargo y son reemplazados constantemente. En lo que respecta a mi sentencia, no hay mayores observaciones que añadir, ya que los ministros de la Corte de Apelaciones poseen independencia judicial para fallar y dictar sus sentencias.

El tercero, el principio democrático, está enfocado en la ilegitimidad (en un sistema democrático) de que los tribunales creen derecho, en comparación con la ley, que proviene del parlamento democrático. Ferreres considera que es más democrático que la jurisprudencia del tribunal supremo fije un criterio uniforme y vinculante para los tribunales inferiores, permitiendo una mejor interacción entre Parlamento y poder judicial.

En lo personal, comparto el planteamiento de Ferreres al decir que es más democrático fijar un criterio jurisprudencial uniforme. Esto porque, como se mencionó antes, una línea horizontal consecuente y clara que sirva como guía a los tribunales inferiores asegurará la igualdad y la seguridad jurídica, principios que son evidentemente democráticos.

Finalmente, a modo de cerrar el análisis respectivo a la vinculatoriedad de la jurisprudencia, es importante mencionar que en nuestro ordenamiento jurídico y en la tradición jurídica chilena hay variados obstáculos e impedimentos para poder poner en práctica o aplicar una jurisprudencia vinculante. Se requiere una transformación cultural de fondo en todo sentido, incluso en cómo los jueces redactan las sentencias.

Con tales argumentos presentados por Ferreres, considero que sí hay buenas razones para otorgar a la jurisprudencia un carácter vinculante. En primer lugar, existiría un orden judicial, al tener menos vacíos y zonas de penumbra sobre la decisión de ciertos casos controversiales. En segundo lugar, los tribunales tendrían una forma de decisión similar que favorecería la igualdad y la seguridad jurídica, manteniendo un sentido democrático de jurisprudencia vinculante. En tercer lugar, se podrían mejorar aspectos de forma en la tradición judicial, ya que, para adaptarse a la tradición jurisprudencial vinculante, se requieren transformaciones sustanciales, como, por ejemplo, al definir el alcance de la jurisprudencia. Si esta es más o menos flexible. Una buena alternativa presentada por Ferreres es la que considera una tradición jurisprudencial más flexible para poder ir adaptando la línea jurisprudencial a los nuevos tiempos y a las nuevas necesidades.

En definitiva, a modo de resumen, el comportamiento de los jueces y tribunales que han conocido de causas similares a la que he presentado ha sido lineal. Han seguido una misma línea jurisprudencial, fallando casi en su totalidad, de forma que, podría pensarse, responde a un precedente vinculante pero que aún no existe en nuestra tradición. Esto ha favorecido a los justiciables, al recibir un trato similar a otros individuos que llevan

pretensiones parecidas a conocimiento del Tribunal, inclusive, permitiéndoles deducir una posible solución de parte del tribunal a dicha causa.

### **2.3. El error judicial<sup>19</sup>**

La existencia del error judicial se funda en el hecho de que quienes aplican la justicia, es decir, que los jueces son personas al igual que quienes recurren a los tribunales, son seres humanos, y como tales, tienen la posibilidad de equivocarse. Este parece ser un hecho aceptado en los sistemas jurídicos modernos, por lo que los sistemas tienden a prever formas para subsanar el riesgo de que se cometan errores.

Malem tratar de dilucidar el tema del error judicial y de entregar algunas herramientas para calificar o clasificar los tipos de errores tanto en las cuestiones de hecho, como en las de derecho, así como también en la aplicación del derecho y el fallo mismo de una sentencia. Con base en esto, para que exista un error judicial, Malem señala que (1) deben existir más de una respuesta correcta respecto de un caso y, (2) la decisión judicial que se califica como errónea no ha de poder subsumirse en ninguna de dichas posibles respuestas correctas<sup>20</sup>. Esta definición o delimitación de concepto de error judicial será de utilidad para lo que desarrollaré más adelante.

En lo que sigue de este apartado, aplicaré la tipología señalada por Malem acerca de las cuestiones de derecho, entendiendo que son los criterios que más se aplican a la sentencia que he expuesto, y que podrían determinar si el juez, a pesar de seguir la jurisprudencia mayoritaria y ampliamente extendida en esta materia, ha fallado conforme al derecho o ha cometido un error judicial.

#### **2.3.1. Errores en los fundamentos de hecho**

Según Malem, los errores en los fundamentos de derecho «se vinculan a su justificación normativa y pueden afectar tanto a la interpretación como a la aplicación del derecho»<sup>21</sup>. La controversia que se genera en la sentencia presentada, a partir del artículo 68 inciso 3° del Código Penal, tiene evidentemente carácter interpretativo. Al no existir una respuesta única y clara, como podría existir en la jurisprudencia vinculante, la interpretación del sentido de

---

<sup>19</sup> MALEM SEÑA, J, 2008, pp. 11-42.

<sup>20</sup> MALEM SEÑA, J, 2008, p. 12.

<sup>21</sup> MALEM SEÑA, J, 2008, p. 12.

dicho artículo, específicamente de la palabra «podrá», se presta para varias respuestas que se podrían considerar como correctas.

La respuesta mayoritaria considerada como correcta por los tribunales y jueces es la que entiende el inciso 3° del artículo en cuestión como una facultad, una potestad discrecional del juez. Pero, como mencioné también en el apartado de jurisprudencia, existe otra posible respuesta que se puede calificar como correcta y que es ignorada casi en su totalidad por parte de la jurisprudencia. Es más, es prácticamente considerada como incorrecta. Al contrario de lo que piensan y fallan los jueces, dicha parte —minoritaria— tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, considera al inciso 3° del artículo 68 del Código Penal como una obligación de rebajar la pena al imputado. Este punto lo desarrollaré brevemente más adelante.

Respecto a los errores en los fundamentos de derecho, el autor señala que pueden ser de distintos tipos. Uno de ellos guarda relación con la sistematización realizada por el juez, —en este caso, por los ministros de la Corte de Apelaciones—, tanto en el procedimiento de búsqueda de normas que permitan identificar qué está permitido, obligado y prohibido, como en el resultado obtenido por medio de tal proceso. Un error en la sistematización sería muy influyente en el desarrollo de la decisión judicial, claramente de forma negativa, ya que, si el juez se equivoca en escoger o determinar la norma aplicable, su decisión final será errónea también, dictará un fallo incorrecto.

Este último punto sobre la sistematización no se corresponde con el caso de la sentencia que he expuesto, sino todo lo contrario. No existe error judicial en la sistematización realizada por la Corte de Apelaciones, ya que esta comprende los artículos 490 N°1, 492 y 397 N°1, todos del Código Penal; y algunos artículos de la Ley N°18.290, conocida como «La ley de tránsito». Todos estos preceptos tienen directa relación con el cuasidelito cometido y con las demás infracciones a la ley. Las penas asignadas a dichas acciones se condicen, además, con lo expuesto en el fallo.

Por otro lado, si bien existen dos posibles soluciones para la interpretación de la potestad que otorga el inciso 3° del art. 68 del Código Penal chileno, según Malem, para que exista un error de derecho respecto de la interpretación de las disposiciones jurídicas se tiene que dar el caso de que la decisión del juez no sea subsumible en ninguna de estas dos posibles respuestas a la controversia interpretativa. Según este parámetro, entonces, la sentencia de la Corte de Apelaciones contra don Erick Caro Jaramillo, no incurriría en un error de

derecho, ya que es subsumible en la amplia y mayoritaria respuesta jurisprudencial y doctrinaria que asume que el artículo 68, inc. 3° entrega una potestad discrecional al juez para rebajar o no la pena del acusado y en cuántos grados.

Tampoco es el caso de que se utilice algún criterio interpretativo prohibido por el derecho, o un criterio que no vaya acorde al contexto de la sentencia. El ministro de la Corte de Apelaciones aplica los fundamentos de derecho pertinentes y sienta las bases de su decisión no solo en la jurisprudencia y en la ley, sino también en algunos artículos doctrinales que avalan su postura al dictar el fallo.

Sobre el resto de las tipologías presentadas por Malem —el operar con principios en las decisiones judiciales o la aplicación del derecho propiamente tal—, no haré comentario alguno ya que considero que no existe error judicial en ninguna de las dos categorías mencionadas simplemente porque no coinciden con el caso expuesto, su redacción y la fundamentación de la sentencia.

### **2.3.2. Algunas consideraciones respecto a la doctrina y los fundamentos de hecho**

Como ya adelantaba, existe una doctrina minoritaria que se refiere a una «nueva» interpretación del precepto en cuestión (el inciso 3° del art. 68 del Código Penal) o, mejor dicho, a una interpretación alternativa. Esta orientación doctrinal minoritaria esgrime argumentos contra la doctrina mayoritaria, los que puedo calificar como sólidos, y que están basados no solo en la interpretación, sino también en la ley, en otras normas que tienen una aplicación diferente, más claramente, una aplicación obligatoria. Lo anterior aun a pesar de que dichas normas contienen la misma expresión «podrá» entre sus líneas, y que tanta controversia causa en el artículo 68 inc. 3° del Código Penal.

Tal es el caso del informe en derecho solicitado por parte de la Defensoría Penal Pública al dr. Juan Pablo Mañalich, en donde señala los fundamentos que tiene la jurisprudencia para apegarse a la interpretación considerada como mayoritaria, pero a la vez, rebate dichos argumentos con razones fundadas en el derecho más que en la interpretación. En este contexto, señala en primer lugar cómo se entiende en la jurisprudencia y en la doctrina el artículo 68, y otros, del mismo Código Penal, diciendo lo siguiente:

«Es jurisprudencia absolutamente constante de la Corte Suprema (...) que las reglas establecidas en los arts. 65, 66, 67 y 68 del Código Penal, relativas a las consecuencias que la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad tiene para la determinación de la pena, confieren una **facultad** de rebaja de pena, cuyo ejercicio sería **enteramente discrecional**, para el caso en que concurren dos o más circunstancias atenuantes sin que al mismo tiempo concurren agravantes. Un vistazo tanto a las decisiones más remotas como a algunas más recientes que la Corte ha emitido al respecto así lo muestra. Esta línea jurisprudencial es, por lo demás, consistente con la opinión ampliamente mayoritaria en la doctrina nacional.»<sup>22</sup> [Los textos en negrita son intervenciones personales, no figuran en el texto original].

La doctrina minoritaria pretende cambiar esta línea jurisprudencial, actualizarla. Para esto debe partir por echar por tierra los argumentos que le impidan o le sean obstáculo para dar a entender que sí podría constituir un error de derecho fallar interpretando el artículo 68 inc. 3° en tanto que potestad discrecional, o derechamente en tanto que facultad.

La doctrina mayoritaria argumenta su postura centrándose principalmente en la expresión «el tribunal podrá», afirmando que tendría una connotación tal que la correspondiente rebaja de la pena, en uno, dos o tres grados, habría de ser entendida puramente como una facultad. Lo anterior puesto que si el legislador hubiere pretendido imponer la rebaja de la pena al tribunal que sea competente, habría utilizado otro vocablo, una forma lingüística más específica como «el tribunal deberá...», o bien «el tribunal rebajará...». Este es el razonamiento de la dirección jurisprudencial preponderante y de la doctrina absolutamente mayoritaria.

Sobre esto, la Corte de Apelaciones en la sentencia cita una decisión de la Corte Suprema, en la causa Rol N°5629-2008, que en su octavo considerando señala lo que se menciona a continuación:

«Que el inciso tercero del artículo sesenta y ocho del Código Penal permite al juez, en los casos que allí se indica, imponer una pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo señalado por la ley. Es una norma facultativa, de manera

---

<sup>22</sup> MAÑALICH, 2010, p. 16.



que el no ejercicio de la potestad que allí se le otorga no importa un incumplimiento que constituya un error de derecho susceptible de ser anulado por este arbitrio».

A propósito de la expresión «el tribunal podrá» y del carácter facultativo que se le ha otorgado a la norma objeto de este comentario, Mañalich cita una consideración ofrecida por Etcheverry:

«El sistema del Art. 509 del C. de Procedimiento Penal no recibe aplicación si el régimen del Art. 74 [del Código Penal] resulta más favorable al reo (acumulación). Es éste un caso en el cual, no obstante el empleo de la expresión “podrá”, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que se trata de una regla obligatoria: **debe** aplicarse el sistema del Art. 74 si es más favorable al reo que el del Art. 509 del C. de Procedimiento Penal»<sup>23</sup>. [Negritas incluidas en el texto original].

Como demuestra Mañalich citando a Etcheverry, una misma palabra, un mismo término lingüístico se trata de dos formas distintas en dos distintas normas. ¿Por qué en una disposición se puede entender como una obligación y en la otra se puede entender como una facultad? ¿Cuál es el verdadero espíritu de la ley? ¿Cómo saber cuándo entender la expresión «podrá» en forma imperativa y cuándo entenderla en forma facultativa, discrecional? Esto demuestra que, a pesar de que la jurisprudencia falla conforme a una interpretación determinada, no hay razones absolutas y no rebatibles como para no aceptar otro tipo de razonamiento, mientras sea coherente y lógico a lo largo del proceso y de la redacción de la sentencia.

Insisto en que, no por ser una doctrina minoritaria, es errónea. Como mencioné en apartados anteriores, los motivos de la doctrina minoritaria están fundados en cimientos sólidos, congruentes y bastaría profundizar en ellos para comenzar a cambiar la línea jurisprudencial en favor de los justiciables, siempre y cuando mantenga los valores que mencionaba Ferreres, seguridad jurídica e igualdad, y los valores fundamentales de una democracia.

---

<sup>23</sup> ETCHEBERRY, 1999, p. 118;

Así, Mañalich cierra tal sección de su informe en derecho con las siguientes palabras:

«Nada de lo anterior, sin embargo, modifica el hecho de que la mejor interpretación disponible de las disposiciones legales aquí pertinentes se traduce en la tesis de que el hecho mismo de la rebaja, más allá de su quantum, no es discrecional en sentido alguno (...), de modo que la tesis reza: concurriendo a lo menos dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal está en todo caso obligado a rebajar la pena correspondiente, a lo menos en un grado».

He incluido este tipo de consideraciones para dar cuenta que la doctrina, no por ser mayoritaria, posee una única línea interpretativa respecto del problema aquí tratado. De igual modo, estimo conveniente aclarar que no estoy concibiendo a la doctrina mayoritaria, o a la jurisprudencia mayoritaria en los casos correspondientes, como el único parámetro que debe ser utilizado para dictar una sentencia. En nuestro ordenamiento no existe un precedente respecto al cual los tribunales deban apearse y conforme al cual deban obligatoriamente fallar. Por lo mismo, considero que, si un tribunal de justicia tiene las herramientas y razones adecuadas, y los fundamentos válidos y necesarios para argumentar desde una orientación distinta de la mayoritaria, debería hacerlo, ya que, para adaptar la práctica judicial a los tiempos modernos, se necesita partir de una decisión que vaya en dirección divergente a las demás, con miras a actualizar los fundamentos que van quedando obsoletos.

En definitiva, y para cerrar este apartado, si bien la sentencia que he comentado no constituye error judicial, posee varios aspectos cuestionables y debatibles. Estos, al momento de ser llevados a la práctica, quedan en manos de los jueces, como intérpretes de la ley y aplicadores de justicia.

«No cabe duda que la determinación judicial de la pena, en su esencia, se encuentra cohesionada con el ejercicio de la función jurisdiccional, pues, quién “dice” el Derecho, interpretando el supuesto de hecho y aplicando la consecuencia normativa es, en definitiva, el juez»<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> DURÁN, 2009, p. 287.

## 2.4. La discrecionalidad judicial<sup>25</sup>

La discrecionalidad ha sido entendida —a grandes rasgos y sin mayor profundización ni tecnicismos—, como una atribución del juez, la cual le permite utilizar su criterio para resolver ciertos casos donde no existe una respuesta clara por parte del ordenamiento que dé solución al asunto. Así es como, un *semi lego* del mundo jurídico podría describir o definir la discrecionalidad. Pero lo cierto es que es mucho más que lo anteriormente nombrado y constituye un ámbito de la decisión judicial bastante complejo y con muchos matices y distinciones.

Iglesias señala que, de modo generalizado, se utiliza la expresión «discrecionalidad judicial» con el fin de aludir a una gama de problemas jurídicos que enfrentan la función de resolver conflictos mediante el Derecho. Lo cierto es que, dependiendo de la concepción jurídica, puede utilizarse este término en diferentes sentidos. En el texto de Iglesias se distinguen principalmente tres sentidos que suelen utilizarse en el derecho y, además, un sentido central que es bajo el cual aborda su texto.

Un primer sentido, que hace alusión a un conjunto de cualidades o características personas que debe poseer el juez en el desempeño de la función judicial (discernimiento, sensatez y juicio para adoptar el curso de acción jurídicamente previsto). Un segundo sentido, denominado «discreción débil», que se utiliza para dar cuenta de situaciones donde el derecho provee una solución a un caso, pero dicha solución no es obvia, por lo que para llegar a ella se necesita de un trabajo intelectual de nivel alto, debido a su complejidad. En este mismo sentido, se encuentra otro uso del término: “la libertad que goza el órgano de adjudicación en la determinación de los hechos”<sup>26</sup>. Este último uso se encuentra relacionado con las evidencias que permitan afirmar si un evento efectivamente se realizó o no.

Un tercer sentido, calificado como «discreción como definitividad» que tiene relación con el carácter de determinadas decisiones judiciales y ciertas atribuciones competenciales. En concreto, indica que una decisión judicial o una resolución es discrecional cuando ha sido dictada por el último órgano de la pirámide jerárquica, por el tribunal de última instancia en una determinada materia, que no está sujeto a control de ningún otro tribunal. Finalmente, Iglesias señala el sentido central del trabajo que expone, que es lo que Dworkin denomina

---

<sup>25</sup> IGLESIAS VILA, 1999, pp. 19-68.

<sup>26</sup> IGLESIAS, 1999, p. 27.

«discreción fuerte» y que hace referencia a la posibilidad de quien toma la decisión judicial de escoger entre diversos cursos de acción, todos válidos de igual forma o admisibles<sup>27</sup>.

Con base en las distinciones presentadas anteriormente, Iglesias comienza a estructurar distintos matices acerca de la discrecionalidad judicial y a comentar diversos aspectos sobre la misma. Uno de dichos aspectos es la posibilidad de elección. Rescato este aspecto y no otro, porque considero que es el que más se aplica con el caso concreto que estoy presentando en este comentario. Para desarrollar este punto y aplicar la construcción teórica de Iglesias, explicaré algunos de sus ideas y argumentos principales y, al mismo tiempo, las relacionaré con los aspectos apropiados de la sentencia que estoy comentando.

A lo largo de todo mi comentario he mencionado la discusión sobre si la potestad que otorga el artículo 68 inciso 3° del Código Penal es una potestad discrecional —es decir, una facultad—, o si bien corresponde a una potestad mixta —un ámbito obligatorio, el de rebaja de la pena; y un ámbito discrecional, el de los grados a rebajar—. En este sentido, Iglesias define el término «elección» como un «acto voluntario que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen distintas posibilidades reales de actuación mutuamente excluyente»<sup>28</sup>. Apegándonos a tal definición estipulativa (en el contexto del texto aludido), el juez que conoce sobre el asunto presentado en la sentencia sí tiene una posibilidad de elección, ya que existen dos posibles interpretaciones del artículo 68 inc. 3° y también argumentos para justificar ambas posiciones. Como ya he reiterado, una es minoritaria, la tesis que propone una potestad mixta, pero esto no ha sido impedimento para que se haya utilizado en alguna sentencia como justificación de una decisión judicial favorable para el imputado correspondiente.

La discrecionalidad como elección se hace necesaria porque el juez posee una obligación de fallar, una vez que conoce de una causa<sup>29</sup>. Este es un deber institucional, consagrado en nuestro ordenamiento en el artículo 76 de la Constitución y en el artículo 1 del Código Orgánico de Tribunales. Bajo este presupuesto de un deber judicial, el juez hace uso de su ámbito de discreción para poder dar cumplimiento a la causa y resolver o gestionar el conflicto que se le presenta.

---

<sup>27</sup> IGLESIAS, 1999, p. 27.p. 28

<sup>28</sup> IGLESIAS, 1999, p. 27., pp. 32-33

<sup>29</sup> IGLESIAS, 1999, p. 33

Esta característica de elección de la discrecionalidad en sentido fuerte va ligada fuertemente a las alternativas de acción que posee el juez. En palabras de K. Hawkins, «toda elección implica la existencia de diferentes alternativas»<sup>30</sup>. A su vez, la existencia de varias alternativas de acción se conecta con la idea de que existe una ausencia de respuesta correcta, por eso el juez puede escoger y actuar dentro de su ámbito de discrecionalidad.

La discrecionalidad en el caso concreto de la sentencia que estoy comentando se puede predicar también de una elección anterior a la teoría a la que suscribirá el juez para resolver el asunto. Me refiero a la decisión que debe tomar el juez respecto de si el error de derecho que se alega por parte de la defensa es pertinente, es decir, si realmente constituye un error o derecho o no, y en caso de que sí constituya error de derecho, si influye o no en lo dispositivo del fallo. Esta es una primera decisión (o elección) que toma el juez, de la cual se desprenden importantes consecuencias, como la adopción de una determinada posición respecto al conflicto, respaldada por jurisprudencia y dogmática.

En el caso particular de mi comentario, el juez considera que no existe tal error de derecho alegado por la defensa, la cual argumenta que se produce por la incorrecta aplicación del «artículo 68, inc. 3° con relación a los artículos 11 N°6, 11 N°9, 397 N°1, 490 N°1 y 492 inc. 2°, todos del Código Penal». Esta primera elección, y ahora hablando en términos generales, oscila entre el deber de fallar y su ámbito de discrecionalidad. Además, da paso a la elección de una postura por parte del juez, que considera una posición como más correcta que la otra, independiente de si es o no la mayoritaria. En este caso, ya he señalado que el juez de la causa que presento se ha alineado con la posición mayoritaria.

Al tomar posición por una postura, ya sea la usada en este caso —que considera la potestad del artículo 68 inc. 3° del Código Penal como una facultad—, o la postura minoritaria —que lo considera como potestad mixta—, se debe hacer una nueva elección. En caso de aceptar la existencia de atenuantes que favorezcan a la rebaja de la pena, no es discutido mayormente que el tribunal tiene la discreción o la facultad de rebajar la cuantía de los grados en cuanto estime conveniente. Como en este caso no se rebaja la pena, el juez no hace uso de su facultad en este orden de cosas, pero eso no quiere decir que no la posea.

En concreto, si bien la discrecionalidad del juez se predica en un espacio de cierta indeterminación del derecho, no está exenta de ser justificada. Esta es una restricción relativa

---

<sup>30</sup> IGLESIAS, 1999, p. 36

a cómo el juez escoge o elige sus alternativas, y es habitualmente incorporada a este concepto de discrecionalidad fuerte. Tiene directa relación con la motivación y la fundamentación de la sentencia y se apoya en dos argumentos que Iglesias describe brevemente. El primero, hace referencia a que toda decisión que involucre y afecte a terceros debe ser justificada. Y el segundo, el carácter institucional del juez conlleva una obligación de motivar todas las sentencias, como un deber primario. En otras palabras, «la obligación de aportar razones en pro del resultado de la elección entre cursos de acción»<sup>31</sup>.

Aplicando todo lo anteriormente expuesto al caso particular, el juez hizo uso de su discrecionalidad correctamente, escogiendo entre las alternativas que en cada etapa de su ejercicio judicial se le presentaban (como expuse anteriormente) y no cayó en el error de la arbitrariedad, al alejarse de sus obligaciones o deberes institucionales propios de su función judicial.

Así, como he expuesto, la discreción judicial no es un ámbito que queda *a la deriva* y solo bajo las consideraciones del juez, sino que también posee matices, distinciones y ámbitos de restricción que no permiten que el juez, con intención de usar su discrecionalidad, termine actuando de forma arbitraria, violando la ley y los derechos de los justiciables.

Finalmente, como una observación, puedo mencionar que este ámbito de discrecionalidad judicial tiene relaciones directas con cada ítem o apartado precedente, ya que vincula distintas áreas del ejercicio judicial, en un esfuerzo de coherencia y completitud de dicha tarea para una toma de decisiones más justa y equitativa.

---

<sup>31</sup> Ibidem, pp. 56, 57

## Bibliografía

- Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia fecha 9 de mayo de 2011, rol N°444-2011
- Corte de. Apelaciones de Santiago, sentencia fecha 26 de enero de 2017, rol N°4389-2016
- Corte de. Apelaciones de Santiago., sentencia fecha 3 de noviembre de 2015, rol N°2869-2015
- DURÁN, M., 2009, “Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional”, *Política criminal*, vol. 4, N°8.
- ETCHEBERRY, A., 1999: “*Derecho Penal. Parte General*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II.
- EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, 2003, “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley” en *Ernesto Garzón Valdés y Jorge F. Malem Seña (dir.), La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona.
- FERRERES, V., XIOL, J. A., 2009: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2<sup>da</sup> edición.
- IGLESIAS VILA, M., 1999: *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MALEM SEÑA, J. F., EZQUIAGA, J., IBÁÑEZ, P., 2008: *El error judicial. La formación de los jueces*, Madrid Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2<sup>da</sup> edición.
- MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO, 2010: ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?, en *Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal 2009*, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, N°7.
- SQUELLA, A., 2002, “Introducción al Derecho”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000. Citado por ACCATINO, D., *Anuario de filosofía jurídico y social. Sobre la cultura jurídica chilena*, EDEVAL, Valparaíso, N°20.
- TARUFFO, MICHELLE, 2007: *Precedente y jurisprudencia*, Cali en Universidad Icesi (edit.), *Precedente (anuario jurídico)*.