

Oficio N° 23-2015

INFORME PROYECTO DE LEY 6-2015 Antecedente:
Boletín N° 9885-07

Santiago, 5 de marzo de 2015

Por Oficio N° 11.710, recibido el 30 de enero de 2015, el señor Presidente de la H. Cámara de Diputados, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley -iniciado en Mensaje- que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejora la persecución penal en dichos delitos (Boletín 9885-07).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día de 3 del presente mes, presidida por el suscrito y con la asistencia de los Ministros señores Milton Juica Arancibia, Hugo Dolmestch Urra, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Goüet, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar, Lamberto Cisternas Rocha y Ricardo Blanco Herrera, señoras Gloria Ana Chevesich Ruiz y Andrea Muñoz Sánchez y señor Carlos Cerda Fernández, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

AL SEÑOR PRESIDENTE
ALDO CORNEJO GONZÁLEZ
H. CÁMARA DE DIPUTADOS
VALPARAISO

"Santiago, cuatro de marzo de dos mil quince.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que por Oficio N° 11.710, recibido el 30 de enero de 2015, el señor Presidente de la H. Cámara de Diputados, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N°18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley —iniciado en Mensaje- que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejora la persecución penal en dichos delitos (Boletín 9885-07);

Segundo: Que según lo consignado en el Mensaje, los fundamentos inspiradores del proyecto y las bases político-criminales inductoras de las reformas que se postulan, se apoyan en el aumento de la actividad criminal y de la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía, medido a través de encuestas de victimización y tasas de denuncia, hacen necesario combatir los delitos de mayor connotación social, sin alterar las bases de nuestro sistema procesal penal acusatorio, recogiendo los avances de la investigación empírica en la materia y las propuestas de mejoramiento para afrontar dicho fenómeno.

"Es sabido —reza el Mensaje— que la criminalidad es el resultado de un conjunto de factores, entre los que se pueden mencionar el número de policías en las calles en tareas operativas y de prevención; el funcionamiento del mercado de las drogas ilegales y la desigualdad económica; entre otros. También es sabido que un pequeño grupo de personas reincidentes son responsables de la mayoría de los delitos de mayor connotación social."

"El control, persecución y sanción de la actividad criminal requiere de una acción sistemática y no de medidas parciales, en las que se involucre el Estado en su conjunto".

"El fenómeno de la delincuencia es difícil de abordar, surgiendo la dicotomía entre control y sanción, junto con el cuestionamiento de cómo el Estado de Derecho protege a todos los intervinientes. Sin duda, hemos reforzado los derechos de todos los chilenos en un sistema plenamente democrático."

Después de poner de manifiesto que la Reforma Procesal Penal chilena ha sido exitosa en el establecimiento y garantía de los estándares que corresponden a los procesos acusatorios propios de un Estado de Derecho y Chile es mirado como un ejemplo en estas materias, el Mensaje señala que "...

tenemos que proteger con mayor precisión a quienes se ven afectados por los delitos. Existe en Chile una sensación de inseguridad, de acuerdo a los últimos estudios; por ello, debemos hacernos cargo de dicha situación. Creemos que ha llegado el momento de aplicar medidas que ataquen directamente al núcleo de los delitos de mayor connotación y que afectan más directamente a nuestra población que son los delitos en contra de la propiedad en todas sus dimensiones."

"Los delitos de mayor ocurrencia y que afectan en mayor medida a la ciudadanía son los delitos contra la propiedad por apropiación, ubicados en los primeros cuatro párrafos del Título IX del Libro II del Código Penal."

Sobre la base de los informes del Plan Nacional de Seguridad Pública y Prevención de la Violencia y el Delito, de la Subsecretaría de Prevención del Delito, que arroja una serie de estadísticas referidas a los "altos niveles de delitos contra la propiedad cometidos en zonas residenciales, espacios públicos y zonas comerciales", el texto precisa que una categoría delictual que incide fuertemente en la percepción de inseguridad corresponde a los robos con violencia o intimidación, por lo que "existe una necesidad ciudadana absolutamente transversal de que esta categoría de delitos debe ser intervenida con medidas que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometen, sujetos a penas privativas de libertad."

"El Gobierno tiene plena conciencia de este problema y, que este se debe enfrentar en el marco de una política pública integral, que aborde todos los factores que inciden en él, de manera coordinada y sistemática."

"En razón de ello, este Gobierno se ha propuesto trabajar y reforzar los ejes que a continuación se señalan y que constituyen el marco contextual en el que se inserta el presente proyecto de ley, en pos de una política criminal acorde con un Estado democrático:

Tercero: Que, además de las modificaciones —en el fondo aumentos indirectos— de las penas privativas de libertad asignadas a ciertos delitos contra la propiedad en la legislación vigente, el proyecto aborda los siguientes otros temas:

- a) Modificaciones al Código Procesal Penal.

- b) Aumento de la dotación policial.
- c) Modificaciones a la ley de Control de Armas (ley recientemente promulgada).
- d) Fortalecimiento del Ministerio Público.
- e) Ley Antiterrorista (modificación integral que se halla en tramitación).
- f) Infraestructura penitenciaria y personal.
- g) Institucionalidad para la reinserción (se ingresará durante el año 2015 una ley que creará la institucionalidad para el trabajo de reinserción y reintegración de los condenados.)
- h) Tribunales de tratamiento de drogas (se impulsará una importante reforma destinada al reforzamiento de esos tribunales).
- i) Defensa de las Víctimas (se impulsa la creación de un Servicio Nacional de Apoyo a Víctimas, que asumirá la dirección de los Centros de Atención de Apoyo a las Víctimas y lidere la Red de Atención a las Víctimas).
- j) Modificaciones a la Ley 18.216 y al Decreto Ley sobre Libertad Condicional;

Cuarto: Que de la relación precedente se desprende que en realidad los únicos tópicos que podrían requerir una opinión de esta Corte Suprema, dentro de los márgenes del artículo 77 de la Constitución Política de la República, son los relativos a:

- a) la reforma que se propone en materia de ciertos ilícitos contra la propiedad, en cuanto a los mecanismos de determinación judicial de las penas, ya que son los tribunales los encargados de aplicar las disposiciones sustantivas correspondientes, de acuerdo a las atribuciones que les entregan la Constitución Política y las leyes.
- b) las modificaciones al Código Procesal Penal.
- c) las modificaciones a la Ley 18.216;

Quinto: Que en cuanto a los objetivos generales declarados del proyecto, en las materias que a esta Corte incumben, la iniciativa expresa: "Los objetivos de este proyecto apuntan a ofrecer propuestas de reforma legal, que sin alterar

las bases fundamentales de un sistema procesal penal que debe garantizar la imposición de condenas sólo tras un debido proceso en que se respeten las garantías consagradas en la Constitución y Tratados Internacionales, intervengan en los factores que la investigación criminológica estima podrían vincular el funcionamiento de los sistemas penales con el aumento o la disminución de la actividad criminal en el espectro delictivo antes mencionado."

A su turno, los objetivos específicos del proyecto son:

1. Modificar el sistema de determinación de penas para los delitos contra la propiedad (robos, hurtos y receptaciones), de modo que los responsables por dichos delitos reciban la pena prevista por la ley para el delito de que se trate.
2. Imponer a los responsables de los delitos de robo con violencia y de robo con fuerza en lugar habitado, que sean primerizos, una pena mínima de un año de privación de libertad, seguida en su ejecución por alguna de las penas sustitutivas de la Ley Nro. 18.216, de modo que se aumente la posibilidad de control de la persona una vez egresada del sistema penitenciario, ofreciéndole reales oportunidades de reinserción social.
3. Imponer a los reincidentes por esta clase de delitos penas algo más severas, que reduzcan las posibilidades de acceder a los beneficios de la Ley 18.216 y tratándose de robos violentos y en lugar habitado, supongan un efectivo cumplimiento de las penas impuestas.
4. Establecer un delito especial en torno a la criminalidad organizada vinculada a la comisión de delitos cuantiosos contra la propiedad, asignando pena de crimen a los responsables de los delitos de robo y receptación por cuantías superiores a 400 UTM.
5. Perfeccionar el Código Procesal Penal para mejorar la investigación y juzgamiento de los delitos de mayor connotación social, permitiendo a Carabineros tomar declaraciones voluntarias a testigos; revisar las vestimentas, vehículo y equipajes de los detenidos; realizar incautaciones de objetos que prueban la comisión de otros delitos en el marco del cumplimiento de órdenes judiciales; e ingresar a lugares cerrados cuando existieren signos evidentes de que allí se estuviese procediendo a la destrucción de objetos que provengan de la comisión de un delito, sus efectos o instrumentos. Para garantizar la validez de estas últimas diligencias, se propone que sean videograbadas, de modo que

no se ponga en duda su autenticidad y el respeto a las garantías de los ciudadanos en su ejecución.

6. Trancar (s.i.c.) la llamada "puerta giratoria" en esta clase de delitos, para lo cual se limita la concesión de salidas alternativas como el principio de oportunidad y la suspensión condicional del procedimiento, una vez cada cinco años.

7. Limitar el otorgamiento de la libertad condicional a los responsables de robos violentos y en lugar habitado, junto con los robos con fuerza de cajeros automáticos, hasta el cumplimiento de dos tercios de su condena.

"Esta reforma no apunta —se expresa en el Mensaje— a reducir garantías procesales sino a modificar los resultados actuales del sistema penal, de modo que se establezcan las bases normativas que permitan aumentar la probabilidad de que los responsables de los delitos de mayor connotación social y, especialmente, robos y hurtos, sean objeto de condenas efectivas, se impongan éstas por el tiempo que la ley establece y se pueda distinguir adecuadamente entre primerizos y reincidentes, para ofrecer a los primeros tratamientos en libertad y a los segundos, imponerles las penas y medidas de seguridad que corresponden al peligro de reiteración de nuevos delitos."

Tratándose de las modificaciones relativas a los delitos contra la propiedad por apropiación, calificados como aquellos de mayor connotación social, debido al impacto que causan en sus víctimas, "se establecen en nuestro Código Penal medidas efectivas de prevención general...".

Invocando la "Ley Emilia" (Nro. 20.770) y a fin de obtener certeza —que se afirma no existe— de que la pena a imponer efectivamente sea la determinada por la ley en las figuras delictivas, "se propone establecer un sistema similar para regular la determinación de las penas en los delitos de robo, hurto y receptación, otorgando certeza al proceso de determinación o aplicación de éstas." De acuerdo a la propuesta, las circunstancias modificatorias se aplicarán dentro del marco legal de pena establecido por la ley sin que habiliten para subir o bajar la pena fuera de ese marco. "Con ello se otorga una meridiana certeza a la población de que la pena legal tiene un reflejo en la pena concreta que recibirá el condenado y que esta no se ha visto alterada, como ocurre dramáticamente en algunos casos, impidiendo cumplir con una finalidad de prevención general eficiente."

"A la vez, se limita el efecto, como atenuante muy calificada, de la circunstancia que el imputado acepte los hechos o su responsabilidad en el juicio oral, o en un procedimiento abreviado o simplificado, según sea el caso. De esta manera, sólo podrá rebajarse la pena hasta el tramo comprendido en la mitad superior del grado inferior al mínimo de los señalados por la ley y no como ocurre actualmente, que puede rebajarse en toda la escala."

Tratándose de reincidentes en los delitos de hurto y robo, conforme a los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal, el proyecto apunta a la imposición de mayores penas a estos infractores, permitiendo que el juez determine la pena, dentro del grado inmediatamente superior al señalado por la ley, tratándose de simples delitos o en la mitad superior del grado o en el grado máximo de la pena correspondiente, si estuviere compuesta de dos o más grados, pudiendo agravar efectivamente la pena a imponer;

Sexto: Que en cuanto a las modificaciones al Código Penal en lo concerniente a las atribuciones de los tribunales, se agregan los artículos 449 y 449 bis nuevos:

"Art. 449. Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis del presente Título y en el artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 del presente Código y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:

1^a. Dentro del límite del grado o de los grados señalados por la ley al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.

2^a. Sin embargo, tratándose de condenados reincidentes, en los términos de las circunstancias agravantes establecidas en los numerales 15 y 16 del artículo 12, el juez determinará la pena conforme a lo dispuesto en el inciso anterior, dentro del grado inmediatamente superior al señalado por la ley, tratándose de simples delitos. Tratándose de condenados reincidentes de crímenes, se deberá excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta o la mitad inferior si consta de un solo grado.

3^a. Sólo en los casos que el imputado acepte los hechos y su participación en el juicio oral, los hechos y los antecedentes de la investigación en que se

fundaren en un procedimiento abreviado o admitiere su responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento en un procedimiento simplificado, según sea el caso, la pena se rebajará hasta el tramo comprendido en la mitad superior del grado inferior al mínimo de los señalados por la ley. Esta rebaja se aplicará después de efectuados los aumentos que establece el número anterior y las restantes disposiciones legales que fueren aplicables.

4ª. En el caso de condenados por los delitos señalados en el inciso primero, que merezcan pena de crimen y que hayan sido condenados a una pena sustitutiva, la ejecución de esta quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que había sido condenado originalmente."

"Art.449 bis. Se impondrá la pena de presidio mayor en su grado mínimo cuando la cuantía de lo robado o receptado exceda de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que el hecho constituya uno de los crímenes señalados en el párrafo 2º anterior, caso en el que se impondrá la pena prevista para cada delito, con exclusión de su grado mínimo.";

Séptimo: Que respecto a las modificaciones al Código Procesal Penal en lo concerniente a las atribuciones de los tribunales, la iniciativa prevé:

Agréganse en el inciso primero del artículo 127, después del punto y aparte, que pasa a ser punto y seguido, las siguientes oraciones:

"Podrá aplicarse en este caso por las policías lo señalado en el artículo 89, en la forma indicada en dicha disposición. El juez podrá considerar como razón suficiente para entender que la comparecencia del imputado se verá demorada o dificultada, si el hecho que motivare la solicitud de orden de detención constituyere un hecho punible al que la ley asignare una pena privativa de libertad de crimen. Asimismo, se entenderá razón suficiente para ello el reconocimiento efectuado por el imputado ante el fiscal o la policía, en presencia de su defensor, de su participación en los hechos investigados, o bien, su identificación o reconocimiento como presunto responsable conste en los resultados de una prueba científica o se haya practicado mediante la realización de la diligencia de reconocimiento en los términos de este Código."

Intercálase el siguiente inciso final al artículo 140:

"El tribunal podrá considerar especialmente que existe un peligro de que el imputado se dé a la fuga cuando registre una o más órdenes de detención judicial pendientes. Además, tendrá en consideración la existencia de reiteradas detenciones anteriores."

Modifícase el artículo 237, inciso tercero, en el siguiente sentido:

a) Sustitúyese, en la letra b), en su parte final, la coma y la conjunción "y" por un punto y coma.

b) Sustitúyese, en la letra c), el punto aparte por la siguiente expresión: ", y'

Agrégase, la siguiente letra d), nueva: d) Si el imputado no hubiere acordado anteriormente una suspensión condicional o un acuerdo reparatorio, dentro de los cinco años anteriores al nuevo hecho denunciado.";

Octavo: Que en cuanto a las modificaciones a la Ley N° 18.216, se contempla:

Intercálase el siguiente artículo 2° bis, nuevo:

"Artículo 2° bis. Las penas del artículo 1° y el régimen del artículo 33 sólo serán aplicables, en los casos de condenados por delitos de hurto y robo contemplados en los párrafos 1 a 4 bis, inclusive, y 456 bis A, del Título IX del Libro II del Código Penal, a aquellos respecto de los cuales se haya podido obtener la huella genética de acuerdo a las previsiones de la ley N° 19.970 y sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que, para cada una de las penas sustitutivas o para el régimen intensivo del artículo 33 establece la presente ley y su reglamento."

La modificación prevista como N° 4 del artículo 449 nuevo del Código Penal, corresponde en realidad a esta ley especial;

Noveno: Que acerca de la reforma proyectada al Código Penal, como cuestión previa y sin desconocer obviamente las facultades del Poder Ejecutivo en el ámbito político criminal, resulta cuestionable, desde un punto de vista sistemático que, existiendo una Comisión de Especialistas, designada para redactar un proyecto de nuevo Código y que se halla en plena labor, se utilice el sistema de las leyes sectoriales para reformar anticipadamente ciertos capítulos de ese cuerpo legal, materia que, por razones de armonía y coherencia de las bases ideológicas de una reforma integral que busca poner a tono nuestro

anciano Código con las necesidades actuales de la sociedad chilena, debería -al igual que todas las demás incluidas en ese cuerpo de leyes- ser estudiada y objeto de propuestas por ese grupo de expertos, designado para ese fin.

De los antecedentes y objetivos del proyecto se desprende que parte de la premisa -evidenciada como mito por la historia del Derecho Punitivo- de que se perfecciona la prevención general de los delitos y se atenúa la llamada "inseguridad ciudadana" mediante el incremento de la severidad de las penas y, en general, a través de una respuesta penal (que incluye al Derecho Penal Adjetivo) "más dura."

En 1764, Beccaría (Tratado de los Delitos y las Penas) -a quien Calamandrei describe como un hombre que por sí solo, armado únicamente de su pequeño libro, abatió los patíbulos y arrancó las puertas de las prisiones para hacer que penetrara en ellas un rayo de humana piedad- y cuyo clamor resuena con renovada actualidad, expresó las siguientes ideas, que conviene recordar cuando se habla de perfeccionar la legislación punitiva.

"Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible."

"El más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación, porque la naturaleza del gobierno se relaciona estrechamente con ella."

"No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil, debe estar acompañada de una legislación suave."

"Falsas ideas de utilidad motivan la dictación de leyes que llámanse no preventivas sino medrosas de los delitos, que nacen de la tumultuaria impresión de algunos hechos particulares, no de la meditación considerada de inconvenientes y provechos de un decreto universal."

Beccaría se remite a Montesquieu, quien había tematizado la conexión entre prevención y moderación legislativa, con las siguientes palabras:

"En Estados adecuadamente regidos un buen legislador estará menos preocupado de la punición que del impedimento de los delitos; él se ocupará más de mejorar las costumbres que de imponer penas."

Doscientos cincuenta años después de la aparición de la obra de Beccaría, un destacado tratadista nacional ha dicho: "En la prevención de los delitos, pese a la creencia general, la ley penal tiene sólo un papel y más bien modesto; más importante es la familia, la escuela primaria, la confesión religiosa o convicción filosófica que profese al ciudadano y las condiciones económico-sociales imperantes en la sociedad. El aspecto represivo, simbolizado en el Código Penal, es sólo uno —y no el más importante— de los que deben conjugarse para alcanzar y mantener la paz social." (Alfredo Etcheberry, intervención en la ceremonia de su Investidura como Doctor Honoris Causa por la U. de Talca, 18 de noviembre de 2008).

Si bien los delitos contra la propiedad son estadísticamente los que mayormente preocupan a la ciudadanía, esto no significa que sean los ilícitos de mayor gravedad, que atenten de manera socialmente insoportable contra los bienes jurídicos de más alto rango, tutelados por la Constitución Política (art. 19 Nro. 1) y el Código Penal. No cabe duda que estos objetos de amparo penal ineludible son la vida humana, la salud individual y la integridad corporal, lo que se ve reflejado en la magnitud de la respuesta penal del Estado. (Ley Nro. 20.779, que aumentó las penas del homicidio simple y calificado)

En cuanto a la propuesta de que para determinar la pena de los delitos de hurto, robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, abigeato y receptación, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 del Código citado y el tribunal determinará la pena dentro del límite del grado o de los grados señalados por la ley, el propósito de la iniciativa es que el culpable no reciba una sanción inferior al mínimo señalado por la ley en el tipo respectivo, merced al juego de las circunstancias atenuantes. En efecto, se dice en el Mensaje, que con este sistema "se otorga una meridiana certeza a la población de que la pena legal tiene un reflejo en la pena concreta que recibirá el condenado y que esta no se ha visto alterada, como ocurre dramáticamente en algunos casos, impidiendo cumplir con una finalidad de prevención general eficiente."

Esta norma resulta objetable, por varias razones:

En primer lugar, contraría el principio básico de igualdad ante la ley, ya que el autor de un delito mucho más grave, como p. ej. un homicidio, podrá obtener una rebaja de la pena legalmente establecida, merced al juego de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. En cambio, el autor de un simple hurto -p. ej. del artículo 446 nro 2, presidio menor en su grado medio y multa- no podría recibir un castigo menor a ese grado del presidio, aunque tenga a su favor más de una minorante y no le perjudique agravante alguna.

La propuesta implica el cercenamiento de las atribuciones concedidas a los jueces penales por los artículos 65 y siguientes del estatuto punitivo, sobre todo, en cuanto permiten graduar la magnitud de la sanción aplicable, tomando en cuenta, amén de otros factores, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, en particular, las que autorizan a rebajar la pena prevista en la ley desde el mínimo de ella.

La determinación legal de la pena es un proceso en que interviene el Poder Legislativo, mediante formulaciones de la política criminal del Estado, fijando las consecuencias jurídicas del delito precisando legalmente la sanción que se impondrá a quien ha intervenido en la realización de un hecho punible, como autor, cómplice o encubridor. La individualización judicial en la pena, en cambio, consiste en "la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito, según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquellos, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente, y constituye, junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos probados, la tercera función autónoma del juez penal y representa la cúspide de su actividad resolutoria." (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, pp. 489-490)

Es útil recordar -por la importancia del tema- ya que la propuesta conduce a menoscabar las facultades de los magistrados en el proceso de individualización judicial de la pena, que el Código Penal francés de 1791, instauró un sistema de estricta y férrea legalidad, hasta el punto de que las penas se encontraban determinadas *ex lege*, sin que fuese posible graduarlas por parte de los jueces. El delito, pues, tenía señalada una pena que era aplicada silogísticamente, una vez comprobadas las premisas. Dicho criterio fue corregido por el Código napoleónico de 1810, que admitió ya la existencia de penas variables entre un máximo y un mínimo fijos, pudiendo así los jueces

llevar a término una función de graduación de la pena. Poco a poco, según lo ha expuesto Del Rosal, y como fruto de las necesidades sociales, se va imponiendo la adaptación e individualización de los preceptos, y consiguientemente de la pena, al caso concreto; en una palabra, el arbitrio de los tribunales vinculados a la ley con lo que, sin quebranto de la seguridad jurídica, se llegaba a una medición más justa y equitativa de la pena, en atención a la individualidad del delincuente e, incluso, del hecho por él verificado. (J. del Rosal, Derecho Penal (Lecciones), T. II, p. 249)

Nacen entonces las "circunstancias", en virtud de una concepción real y más justa de la pena, ofreciéndose así la posibilidad de adaptar el esquema abstracto del precepto, tanto al supuesto concreto como a la personalidad del delincuente. Dicha posición fue postulada en base a un espíritu realista y de justicia, de clara orientación político-criminal, dirigido a captar la singular persona del delincuente. (Del Rosal, cit. p. 250)

En consecuencia, las denominadas circunstancias nacieron como apoyo del juicio de individualización de la pena y para cumplir un objetivo de gran alcance, ya que ponen de manifiesto su concepción gradual en referencia al delito y a la personalidad del delincuente, afirmando, a su vez, la individualidad y personalismo que debe presidir la responsabilidad criminal, expresión de un proceso de subjetivación del Derecho penal evolucionado, (Del Rosal, cit., p. 250)

Por tanto, la exclusión de la aplicación de los artículos 65 a 69 del Código Penal a los delitos ya mencionados —todos contra la propiedad—, introduce un impedimento serio al ejercicio de una función autónoma del juez penal y pone en entredicho la cúspide de su actividad resolutoria, cual es la individualización judicial de la pena.

Tratándose de los condenados reincidentes en los delitos de que se trata, la propuesta señala que el juez determinará la pena conforme a la norma anteriormente comentada, dentro del grado inmediatamente superior al señalado por la ley tratándose de simples delitos. En el caso de crímenes, se deberá excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta o la mitad inferior si consta de un solo grado. A este respecto, se dan por reproducidas las observaciones precedentes, ya que la reincidencia deja de ser -en estos casos-

una circunstancia agravante genérica, que pueda eventualmente compensarse con alguna atenuante y pasa a ser un factor influyente -a priori- de modo imperativo en la determinación judicial de la pena, que constituye un ámbito soberano en que los jueces ejercen sus atribuciones.

Dentro de las modificaciones al Código Penal se incluye la disposición a cuyo tenor, "Sólo en los casos que el imputado acepte los hechos y su participación en el juicio oral, los hechos y los antecedentes de la investigación en que se fundaren en un procedimiento abreviado o admitiere su responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento en un procedimiento simplificado, según sea el caso, la pena se rebajará hasta el tramo comprendido en la mitad superior del grado inferior al mínimo de los señalados por la ley. Esta rebaja se aplicará después de efectuados los aumentos que establece el número anterior y las restantes disposiciones legales que fueren aplicables."

Como el texto no es muy claro, debe recurrirse al Mensaje, según el cual, se trata de limitar, como atenuante muy calificada, la circunstancia que el imputado acepte los hechos o su responsabilidad en el juicio oral, o en un procedimiento abreviado o simplificado, según el caso. Se limita la rebaja de la pena hasta la mitad superior del grado inferior de ella.

En todo caso, cabe recordar que una atenuante muy calificada sólo puede conducir, de acuerdo al artículo 68 bis del Código Penal, a la rebaja de la pena en un grado al mínimo legalmente establecido, de modo que el objetivo de la modificación no se ve muy práctico, salvo en cuanto a asegurar que la disminución de la pena se mantenga dentro de los límites del marco superior del grado inferior al mínimo, lo que implica restringir nuevamente las atribuciones judiciales.

Se incorpora, como modificación del Código Penal, el precepto que ordena mantener en suspenso por un año la pena sustitutiva otorgada a los condenados por alguno de los delitos ya referidos, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad que le había sido impuesta. De acuerdo al texto del Mensaje, se invoca la "Ley Emilia" "para condenados por robo en lugar habitado, con violencia o intimidación."

Sin perjuicio de advertir una discordancia entre el texto del Mensaje, que limita la aplicación de este nuevo precepto a los condenados por robo y la norma concreta, que se refiere a todos los delitos detallados en el inciso primero del nuevo artículo 449, parece que esta modificación debería postularse a la Ley 18.216, que reglamenta las penas sustitutivas.

El artículo 449 bis propuesto, impone la pena de presidio mayor en su grado mínimo cuando la cuantía de lo robado o receptado exceda de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que el hecho constituya uno de los crímenes señalados en el párrafo 2° anterior, caso en el cual se impondrá la pena prevista para cada delito, con exclusión de su grado mínimo.

Por de pronto, debe advertirse que el "párrafo segundo anterior" no contempla ningún crimen, sino que trata de las penas aplicables a los condenados reincidentes.

El "criterio monetarista" utilizado para la determinación legal de la pena ha sido muy criticado, tanto en la doctrina nacional como foránea. El Código Penal español lo suprimió en la reforma de 1983.

Cabe señalar, de partida, que en el tipo de robo -con fuerza o violento y en el de receptación, la ley vigente no toma en cuenta el valor económico de la cosa objeto del delito para fijar la pena y ahora se propone imponer la de cinco años y un día a diez años -que es la sanción asignada al robo con fuerza en las cosas previsto en el artículo 440 del Código Penal y corresponde al mínimo de la sanción asignada al robo violento previsto en el inciso primero del artículo 436 del mismo Código- cuando el monto de lo robado excede del valor antes indicado. No resulta coherente tomar en cuenta este monto para determinar la pena, cuando el tipo base no considera este factor para la penalización. Se estima que en este evento, debería modificarse el tipo respectivo de robo y de receptación, introduciendo una escala de sanciones que involucre el valor económico de lo sustraído o receptado, como sucede en el hurto. Sin perjuicio de lo expresado, parece inconsistente que si es un principio informador de nuestro Código que el valor de lo apropiado no influye en la magnitud de la pena legal en los delitos de robo y receptación ahora se introduzca una modificación que precisamente toma en cuenta ese particular elemento pecuniario para fijar la pena en un determinado grado, que es inamovible, desde que no pueden operar las circunstancias modificatorias generales.

En el Proyecto de Código Penal de 2014, se propone un precepto de acuerdo con el cual si el valor de la cosa quitada excediere de 500 Unidades de Fomento o si su pérdida irrogare grave perjuicio a su dueño o a su legítimo tenedor, el tribunal estimará la concurrencia de una agravante muy calificada. Si el valor de la cosa no excediere de 5 Unidades de Fomento, la pena será de multa o reclusión.

Ahora bien, si se busca introducir una regla de penalidad basada en el elevado monto de lo sustraído, parece equitativo consagrar una norma que, como lo hace el Anteproyecto de 2005, otorga al juez la facultad para que, "tratándose de la apropiación de cosas de ínfimo valor", pueda prescindir de la pena privativa de libertad e imponer en su lugar sólo la de multa, dando así acogida a los principios cardinales de mínima intervención, lesividad y proporcionalidad, que llevan a no contemplar una respuesta penal drástica en supuestos de escasa o insignificante ofensividad de la conducta típica;

Décimo: Que acerca de las modificaciones al Código Procesal Penal:

1. Intercálase el siguiente inciso final al artículo 140 (requisitos para ordenar la prisión preventiva):

"El tribunal podrá considerar especialmente que existe un peligro de que el imputado se dé a la fuga cuando registre una o más órdenes de detención judicial pendientes. Además, tendrá en consideración la existencia de reiteradas detenciones anteriores."

Como se trata de una mera facultad otorgada al juez, no merece mayor objeción.

2. Sustitúyese en la letra c) del artículo 237 (suspensión condicional del procedimiento que puede decretar el juez) el punto aparte por la expresión "y", agregándose la siguiente letra d), nueva:

"Si el imputado no hubiere acordado anteriormente una suspensión condicional o un acuerdo reparatorio, dentro de los cinco años anteriores al nuevo hecho denunciado."

Esta disposición propuesta merece las siguientes observaciones:

- a) Es el juez quien se pronuncia acerca de la suspensión, otorgándola o denegándola, por lo que la modificación de que se trata, concierne directamente a las atribuciones de los tribunales.
- b) Uno de los requisitos para decretar la suspensión es que el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.
- c) Ahora se quiere introducir una nueva limitación, consistente en que el imputado no hubiere acordado anteriormente una suspensión condicional o un acuerdo reparatorio, dentro del término que se indica.
- d) Entre los objetivos del proyecto figura el de "trancar la puerta giratoria, para cuyo logro se estima adecuado limitar la concesión de salidas alternativas a una vez cada cinco años.
- e) Quedarían entonces como impedimentos, el tener el imputado vigente una suspensión condicional y el "haber acordado" tal suspensión o un acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores al nuevo hecho denunciado.
- f) En el Mensaje se caracteriza esta modificación "como la vía más efectiva para forzar a los operadores a condenar a quienes resulten responsables de los delitos." Los operadores son, obviamente los magistrados.
- g) Es conveniente tener en consideración que la suspensión condicional del procedimiento permite resolver en forma alternativa aquellos casos que, en general, consisten en la imputación de delitos que no representen un atentado grave o relevante para el interés público respecto de sujetos sin condenas previas. Su fundamento político-criminal consiste en evitar oportunamente los efectos criminógenos del procedimiento penal y la prisión preventiva respecto de imputados por delitos menores y con bajo o inexistente compromiso delictual previo. (Horvitz-López, Derecho Procesal Penal Chileno, T. I, p. 553)
- h) Los únicos requisitos vinculados a la "conducta anterior" del imputado establecidos por el legislador del Código Procesal Penal son la ausencia de condenas anteriores por crimen o simple delito y que no esté sujeto al cumplimiento de condiciones por una suspensión anteriormente concedida. Ahora pretende añadir la exigencia de que el imputado no haya acordado, esto es, consentido, una suspensión o un acuerdo reparatorio dentro de los cinco

años anteriores. En otros términos, a la ausencia de los otros impedimentos, se agrega la ausencia de acuerdo anterior para alguna de esas medidas. El sólo hecho de haber "acordado" —resuelto o determinado— esto es, prestado consentimiento para una suspensión o acuerdo reparatorio anteriores, representa un impedimento, aunque la medida alternativa anterior no esté vigente, ya que en este último caso, opera la causal negativa de la letra c) del artículo 237.

i) En la historia fidedigna del artículo 237, revisten especial trascendencia ciertos párrafos del Mensaje del Código, que es oportuno reproducir:

"... uno de los mayores obstáculos al éxito de la justicia criminal lo constituye el manejo de volúmenes muy grandes de casos, que exceden con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos."

"Por otro lado, los avances de las disciplinas penales muestran que las respuestas tradicionales del sistema, como las penas privativas de libertad, en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que sus eventuales beneficios o porque la rigidez en su aplicación proscribía soluciones alternativas más productivas y más satisfactorias para los involucrados en el caso, en especial las víctimas o los civilmente afectados por el delito."

"... se propone avanzar hacia la creación de un sistema de justicia criminal que otorgue diversas posibilidades de solución a los conflictos de que conoce, abriéndose, todavía con limitaciones, a la posibilidad de soluciones alternativas distintas de las tradicionales en aquellos casos en que los diversos actores del sistema, como jueces, fiscales y demás intervinientes estén de acuerdo en su conveniencia y oportunidad." (Emilio Pfeffer Urquiaga, Código Procesal Penal, Anotado y Concordado, Editorial Jurídica, p. 249)

En consecuencia, esta propuesta ha de ser desestimada, por cuanto introduce un elemento que, por limitar en demasía los atributos de los jueces penales a base de un hecho carente de gravedad, en que sólo hay una manifestación de voluntad ("acordar"), se aleja notoriamente de las intenciones del legislador originario, en orden a posibilitar un "Derecho Penal de alternativas";

Undécimo: Que en cuanto a las modificaciones a la Ley Nro. 18.216:

a) En el caso de los condenados por los delitos comprendidos en los párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis del Código Penal, la pena sustitutiva otorgada deberá mantenerse en suspenso durante un año, tiempo durante el cual el sujeto deberá cumplir efectivamente la pena privativa de libertad que le había sido impuesta.

De acuerdo con este precepto, la pena prevista en la Ley Nro. 18.216 no es sustitutiva en plenitud o íntegramente, sino tan sólo en forma parcial, lo que contraría la *ratio* de la Ley Nro. 18.216, cuyo artículo 1° prescribe que "La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga..." "Sustitutivo" significa "que puede remplazar a algo en el uso" y "remplazar" es "sustituir algo por otra cosa, poner en su lugar otra que haga sus veces".

La agregación de este requisito nuevo —cumplimiento efectivo de un año de la condena a prisión— resulta incompatible con la naturaleza y fines de las penas sustitutivas, que precisamente están orientadas a evitar los males conocidos y consecuencias insatisfactorias de las sanciones privativas de libertad de corta duración, no idóneas para obtener los fines de rehabilitación del penado.

Además de lo señalado, la exigencia que se pretende añadir, implica un trato diferente y discriminatorio -más riguroso- para los responsables de que se trata, en comparación con otros condenados, que no necesitarán cumplir con ella. En definitiva, habría una infracción a la garantía de igualdad ante la ley.

b) Se limita la aplicación de las penas del artículo 1° y el régimen del artículo 33, en los casos de condenados por delitos de hurto y robo contemplados en los párrafos 1 a 4 bis, inclusive, y 456 bis A, del Título IX del Código Penal, sólo a aquellos condenados respecto de los cuales se haya podido obtener la huella genética de acuerdo a las previsiones de la Ley Nro. 19.970 y sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que, para cada una de las penas sustitutivas o para el régimen intensivo del artículo 33 establece la ley y su reglamento.

c) Comprende los delitos de hurto, robo violento, extorsión, robo con fuerza en las cosas, abigeato y receptación.

d) Se introduce un requisito adicional para la obtención de las penas

sustitutivas, además del cumplimiento de las exigencias generales establecidas para ello, sólo para los condenados por ciertos delitos, lo que importa una discriminación carente de fundamento con respecto a los demás responsables de otros delitos, incluso de mucha mayor gravedad.

De acuerdo al artículo 2° de la Ley Nro. 19.970, el sistema nacional de registros de ADN no podrá constituir, bajo ningún supuesto, fuente de discriminación; en el evento que, por cualquier motivo, no se haya podido obtener la huella genética del condenado por alguno de los delitos mencionados, quedará —según el proyecto— al margen de las penas sustitutivas, establecidas en términos generales en la legislación nacional, salvo las excepciones establecidas por la ley a propósito de cada una de esas instituciones, lo que implica, obviamente, una discriminación.

e) Como señala el profesor Cury (Q.E.P.D.), las penas de encierro son las que los ordenamientos penales emplean con más frecuencia y se encuentran sometidas, desde hace largo tiempo, a severos reparos. "El descrédito de las penas cortas ha sido completo y la lucha por hallarles sustitutos o paliativos encuentra una expresión progresiva en la legislaciones positivas del presente." (Derecho Penal, Parte General, 7a Edición, p. 719). Novoa desarrolla varias razones por las cuales desde fines del siglo pasado se formulan serios reparos a esta clase de penas y se propone su sustitución por otras penas que no tengan estos inconvenientes. (Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, 3ª Edición, p. 322)

f) En consecuencia, procede objetar el precepto de que se trata, por introducir un impedimento adicional a los establecidos en la Ley Nro. 18.216, que puede obstar al otorgamiento de una pena sustitutiva, destinada precisamente a evitar los males propios de las penas cortas privativas de libertad y facilitar la resocialización del infractor.

g) Sin perjuicio de lo expresado, no es coherente la alusión que hace este nuevo artículo 2° bis de la Ley Nro. 18.216 a los delitos de hurto y receptación, puesto que no están expresamente incluidos en el artículo 17 de la Ley Nro. 19.970, que establece el sistema de la huella genética. Por ende, ¿cómo podría negarse la pena sustitutiva a una persona que no tiene la obligación legal de tomarse la muestra biológica que correspondiere, conforme a la ley citada?.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar desfavorablemente el proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejora la persecución penal en dichos delitos. Oficiése.

Acordada con el voto en contra de los ministros señores Valdés, Carreño y Silva, señoras Egnem y Sandoval, señores Fuentes y Blanco y señora Chevesich, en cuyo parecer no corresponde informar por considerar que la normativa propuesta en el proyecto no se encuentra comprendida en el ámbito del artículo 77 de la Constitución Política de la República, toda vez que no dice relación con la *organización y atribuciones de los tribunales*, en los términos que contempla el inciso segundo de la citada disposición constitucional.

El Ministro señor Cisternas no comparte la expresión "desfavorablemente" consignada en el epílogo, pues, en su concepto, corresponde informar en los términos y con las observaciones consignadas en el informe que antecede, sin la calificación a la que se ha hecho mención y de la que quien previene no participa.

PL-6-2015".

Saluda atentamente a V.S.