

Santiago, Noviembre 29 de 2018

Señor  
Diego Moreno Torres  
Secretario Técnico  
Comisión Código Penal  
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos  
Presente

De mi consideración:

Tal y como nos fuera solicitado, tengo el agrado de adjuntar las observaciones al anteproyecto de Código Penal acordadas por profesores de nuestra Facultad.

Esperamos que estas observaciones y comentarios sirvan para mejorar el proyecto y contribuyan, de esta forma, a generar las condiciones para un Código Penal acorde con las exigencias de nuestra época.

Atentamente,



Marcelo Montero I.  
Decano  
Facultad de Derecho  
Universidad Diego Portales

## **OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL**

### **Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal**

### **Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales**

Con fecha 18 de octubre del presente año el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Sr. Marcelo Montero, recibió una solicitud del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con el propósito de formular observaciones al Anteproyecto de Código Penal que fue elaborado por una Comisión de académicos de distintas universidades que trabajó en el mismo Ministerio y que entregó su borrador en el mes de octubre pasado. El Decano le ha solicitado al Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad (en adelante el Departamento) elaborar un breve documento con este propósito. En lo que sigue se contienen los comentarios consensuados por un conjunto de profesores y profesoras que integran el Departamento<sup>1</sup> y que fueron discutidos en reuniones efectuadas los días 8 y 27 de noviembre de 2018.

#### **1.- Sobre la necesidad de reformar el Código Penal:**

El Departamento recibe como una buena noticia la intención del Ejecutivo de presentar en un tiempo próximo al Congreso un proyecto de ley que establezca un nuevo Código Penal. Estimamos que existe desde hace mucho tiempo la necesidad de avanzar en esa dirección, especialmente considerando que nuestra normativa vigente ya tiene cerca de 150 años. La existencia de diversos anteproyectos previos generó enormes expectativas en la comunidad jurídica que se han visto frustradas al no existir un avance legislativo relevante de dichas iniciativas. Manifestamos nuestro deseo que esta vez se pueda avanzar de manera efectiva y Chile pueda contar con una legislación penal más moderna y sistemática.

En esta dirección, se reconoce el trabajo y esfuerzo encarado por los destacados académicos integrantes de la Comisión, quienes – considerando las iniciativas previas, desde el Foro Penal de 2005, pasando por las Comisiones del primer Gobierno de Sebastián Piñera y del segundo Gobierno de Michelle Bachelet – han logrado plasmar un texto que recoge en gran medida las propuestas de solución contenidas en los anteproyectos de las últimas décadas.

---

<sup>1</sup> Los colegas del Departamento y miembros de la Comisión Académica que elaboró el Anteproyecto – profesores Jaime Couso y Héctor Hernández – acordaron no participar en esta instancia, para favorecer una mayor objetividad deliberativa en el seno del Departamento.

El Libro Primero ofrece por de pronto un juego de reglas que en términos generales constituyen un claro avance en el campo de la teoría del delito (omisión, error, justificantes, exculpantes e intervención delictiva) y que en importante medida se corresponde con los reclamos y las reconstrucciones de la doctrina y jurisprudencia nacionales. Aquellas reglas tienen en general la virtud de ser simples y directas, amén de tendencialmente neutrales, dejando en consecuencia espacio de juego para interpretaciones de diverso cuño doctrinario. Una relativa sobreabundancia de regulación de los *estados de necesidad* parece ser en ese contexto una excepción problemática, pudiendo proyectarse que su domesticación por la jurisprudencia no será tarea fácil. La regulación de la pena merece en fin una serie de comentarios, razón por la cual destinamos un apartado separado para su valoración.

## **2.- El alcance de las observaciones:**

Un Código Penal es un instrumento normativo en extremo complejo ya que pretende definir y regular las consecuencias jurídicas de las conductas u omisiones que como sociedad estimamos merecedoras de una reacción estatal como la pena, las más de las veces privativa o restrictiva de libertad. Se trata, por tanto, de una materia que presenta complejidades técnicas muy significativas y, además, decisiones político criminales en extremo sensibles. A ello deben sumarse los enormes impactos que cambios de reglas de este tipo tienen en el funcionamiento concreto del sistema de justicia penal, en áreas tan sensibles como nuestro sistema penitenciario y procesal-penal, por mencionar las que son más evidentes.

En el contexto descrito, nos parece que la posibilidad de elaborar opiniones detalladas sobre los distintos contenidos del Anteproyecto requiere de mayores plazos que los que nos fueron entregados por el Ministerio para esta tarea, pero especialmente mayor información que permita hacer análisis más profundos sobre diversas materias contenidas en el texto.

Más allá de la carta de los Comisionados en la que se le hace entrega del texto al Ministro de Justicia, echamos de menos la existencia de actas de la Comisión (públicas al menos) o cuanto menos una explicación más profunda de la justificación de las distintas opciones sistemáticas, valorativas y político-criminales que subyacen al texto que se nos ha presentado. Intuimos varias de estas razones, pero nos parece que un análisis adecuado del texto supone conocer los fundamentos y deliberaciones que tuvo a la vista la comisión. Sin esto nos vemos imposibilitados de profundizar en la gran mayoría de los temas que podrían ser objeto de nuestro análisis.

Se agrega a lo anterior, la inexistencia (que nos conste al menos) de un diagnóstico de corte empírico, análisis de flujo y, particularmente, análisis de impacto que justifiquen y cuantifiquen probables consecuencias que tendrían las propuestas. Nos parece, en consecuencia, que resulta imprescindible avanzar en estudios de esta naturaleza para permitir que el debate legislativo sea mínimamente informado. Solicitamos al Ministerio que le dé máxima prioridad a la elaboración de esta información de soporte. En caso contrario se corre el serio riesgo de legislar a ciegas y desaprovechar una enorme oportunidad para dar un salto sustancial en nuestra legislación penal sustantiva.

Considerando estas limitaciones, este documento sólo contiene algunas cuestiones generales. Particularmente hemos dejado de lado pronunciamientos sobre materias de Parte Especial, algo que requeriría mucho mayor debate, entre otras razones porque tras una primera reunión fue posible apreciar entre nosotros algunas discrepancias de fondo sobre orientaciones político-criminales, como por ejemplo en materia de delitos contra la vida humana.

### **3.- Sobre el régimen de transición:**

La experiencia acumulada en transformaciones legales de magnitud equivalente a la que supone el Anteproyecto, da cuenta que un factor crítico que tiene que ser objeto de preocupación especial es el régimen de transición entre la vigencia de las reglas antiguas y la entrada en vigor del nuevo Código. Esto es particularmente sensible en materia penal ya que las nuevas reglas pueden tener alcances retroactivos (allí donde resulten comparativamente benignas), con enormes consecuencia prácticas y políticas.

Considerando que el texto no incluye las reglas de régimen transitorio, es muy difícil emitir un pronunciamiento seguro sobre la viabilidad operativa del anteproyecto. Podemos en todo caso aportar advirtiendo sobre lo que a nuestro juicio dichas reglas deberían comprender:

- Determinar el alcance o no de retroactividad de leyes penales que sean consideradas como más favorables. Y, antes que nada, orientar a los jueces sobre cómo ha de realizarse el juicio de benignidad, por de pronto descartando la posibilidad de una *lex tertia*. Es posible que en este contexto se requiera una propuesta de norma de rango constitucional.
- Normas que regulen la situación de figuras penales (y sus penas) que queden alojadas en leyes especiales que no sean derogadas por el nuevo Código Penal. Especialmente complejas son aquellas materias que cuentan con una regulación especial que contiene normas penales sustantivas y procesales, que en la práctica

- constituyen una especie de estatuto especial, como Violencia Intrafamiliar (20.066) y la ley de conductas terroristas (18.314), que deberán adecuarse al nuevo Código. Preocupa en este contexto el impacto en materia de presupuestos y procedimientos regulados por el Código Procesal Penal.
- Regular la aplicación del sistema a quienes estén cumpliendo penas al momento de ponerse en marcha el nuevo sistema normativo.
- Revisar los efectos sobre otros cuerpos normativos como la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, cuya aplicación práctica depende de normas del actual Código Penal en materia de determinación de sanciones penales adolescentes y que exigirán una adecuación importante.

#### **4.- Sobre el sistema de determinación de pena:**

Para lograr el objetivo – ampliamente declarado por los comisionados – de garantizar una correlación entre la pena prevista en la ley para los delitos de la parte especial y la pena efectivamente impuesta a su respecto, el Anteproyecto, en lo esencial, consagra un sistema de sanciones y de determinación judicial de la pena inédito en nuestro medio, que pretende disminuir de modo relevante el espacio de discrecionalidad judicial en materia de dosimetría punitiva (aunque no es tan claro que se logre) y, al mismo tiempo, que quiebra con la estructura y modelo general adscrito a nuestro sistema de individualización vigente. De este modo se incorporan una serie de nuevas penas, nuevas categorías y nuevos factores normativos de individualización de la pena. Todas las innovaciones anteriores se suponen funcionales, en principio, a la concreción del objetivo central: como se ha dicho, “sincerar” la pena, bajo la consigna de recuperar su “sobriedad”, perdida en las últimas décadas a causa de la inflación punitiva, por arriba, y de la alternatividad o sustitución punitiva, por abajo.

Aunque el objetivo recién descrito es plausible, el resultado es – en nuestra opinión – un complejo sistema de reglas de determinación de la pena, por momentos de difícil inteligencia y que sacrifica –sin una justificación atendible– el modelo general de determinación de la pena imperante en nuestro medio hace décadas, y que cuenta con suficiente arraigo en la cultura jurídica de nuestro país, no sólo en doctrina sino entre los actores del sistema. En lo sustancial, en vez de simplificar y hacer comprensible para el ciudadano el proceso de individualización de la sanción (y, en definitiva, de la pena que corresponde imponer por la comisión de cada delito de la Parte Especial), como pretenden todos los códigos modernos, el Anteproyecto lo complejiza y lo torna de difícil comprensión, no sólo a través de un nuevo sistema de penas y de su individualización, sino que por medio de la creación de categorías normativas inéditas entre nosotros (así, como ejemplos paradigmáticos, los arts. 60 a 69, que reglan profusamente los efectos, en

diferentes escenarios posibles, de atenuantes y agravantes comunes, calificadas y muy calificadas, categorías a las que deben agregarse las atenuantes especiales; circunstancias que se establecen posteriormente en exceso para buena parte de los delitos de la parte especial).

Esto último significa que en muchos casos la pena en abstracto no es la del tipo de la Parte Especial, sino que hay que recurrir a aquellas circunstancias y a sus reglas para determinar la pena de un sinnúmero de tipos calificados y privilegiados. Un ejemplo puede bastar en este contexto; a saber, el del delito de hurto en morada ajena (art. 315) cuya pena – para la mayoría de los casos – terminará no siendo la prevista por el tipo respectivo (reclusión o prisión de 2 a 5 años), sino por la figura agravada para el supuesto de moradores actuales (art. 325 inciso segundo), cuya pena no se identifica directamente allí, sino con reenvío a la Parte General (por aplicación de la “agravante muy calificada”). Para casos semejantes una técnica más simple habría consistido en el señalamiento de la pena en la misma Parte Especial, al modo de tipos calificados (diciendo, por ejemplo, que si se ingresa a hurtar en casa actualmente habitada, la pena será de 2 a 5 años de prisión como pena única).

No se nos escapa que un reenvío a la Parte General es ineludible para la determinación de la pena en la mayoría de los supuestos (ocurre así de hecho hoy), pero en el CP actual ese reenvío se hace a un set de reglas acotadas y – aunque originalmente no del todo claras – medianamente esclarecidas en el estado de la discusión actual.

Por otra parte, y aunque sin adherir necesariamente nosotros al objetivo de limitar al máximo el espacio de discrecionalidad judicial – como el Anteproyecto parece buscar – no es claro que aquello se logre. En efecto, el Anteproyecto deja amplios márgenes de arbitrio judicial, como por ejemplo en materia de concesión de atenuantes y agravantes calificadas o muy calificadas, subordinada dicha decisión de efecto a baremos normativos ambiguos como la intensidad de éstas (un ejemplo lo constituye de nuevo el art. 325 antes aludido, en su inciso primero).

En fin, no nos parece que el sistema propuesto resulte imprescindible para alcanzar los objetivos que pretendería el proyecto en materia de sistema de pena. En suma: nos preguntamos si acaso aquellos objetivos no podían lograrse igualmente conservando aspectos de la técnica de determinación de pena asentado en nuestra tradición.

**udp** FACULTAD  
DE DERECHO

Es cuanto podemos informar, considerando el breve plazo que se ha dispuesto por el Ministerio de Justicia.

En Santiago, a 28 de noviembre de 2018.

Suscriben el presente documento: Martín Besio, Felipe Caballero, Mario Catalán, Miguel Cillero, Mauricio Duce, Juan Pablo Hermosilla, Fernando Londoño, Angélica Torres y Jorge Vitar.