

Santiago, 17 de octubre de 2018

Señor
Hernán Larraín Fernández
Ministro de Justicia y de los Derechos Humanos
Ministerio de Justicia y de los Derechos Humanos
Morandé 107
Santiago

Ref: Entrega de Anteproyecto de Código Penal

De nuestra consideración:

Por medio de la presente hacemos entrega del texto del Anteproyecto de Código Penal preparado por la Comisión que integramos los suscritos y que fue mandatada por el Ministerio de Justicia y de los Derechos Humanos a tal efecto. La Comisión sesionó en veintisiete oportunidades –en veintiuna sesiones ordinarias y seis extraordinarias- entre los días 27 de marzo y 8 de octubre del presente año.

El texto es el resultado de un intenso trabajo de aprovechamiento y, a nuestro entender, mejoramiento de los anteproyectos que fueron preparados durante los años 2013 y 2015 por comisiones nombradas al efecto por el mismo Ministerio y de las que, junto a los comisionados Luis Ortiz Quiroga y Juan Pablo Mañalich Raffo, los suscritos formamos parte en distintas condiciones.

En particular, en cumplimiento del mandato del Ministerio, el Anteproyecto es el fruto de un trabajo de identificación de diferencias y coincidencias entre ambos textos, de evaluación de las mejores versiones en los casos en que había diferencias y de mejoramiento en los ámbitos en que ellos manifestaban limitaciones.

El Anteproyecto del que hacemos entrega constituye la culminación de un trabajo colectivo que se ha extendido por seis años y que pretende hacer uso de la información existente para poner la legislación penal sustantiva chilena al día con los más altos estándares técnicos disponibles en nuestra ciencia jurídica, así como generar una regulación sistemática por la vía de recodificar buena parte de la legislación penal dispersa en leyes especiales. A este trabajo han contribuido muchas más personas, incluyendo a quienes en su momento participaron activamente en el Foro Penal y elaboraron el Anteproyecto de 2005 y, muy especialmente, a quienes durante el año 2013 hicieron llegar a la comisión propuestas regulativas en diversas materias de la parte general y de la parte especial.

El texto del Anteproyecto comprende definiciones de las reglas generales del derecho penal que subsanan los múltiples defectos que exhibe el Código Penal de 1874, busca corregir los defectos técnicos vinculados a la definición de los delitos tradicionales en la legislación penal e incorpora de un modo sistemáticamente armónico las principales regulaciones penales externas al Código Penal del derecho vigente. Pero, al mismo tiempo, pretende contribuir en la consecución de, al menos, cinco objetivos transversales de política pública, que abordaremos en seguida más pormenorizadamente. Esos objetivos son diferenciar y contribuir a adecuar las penas que se utilizan en el sistema de justicia penal en Chile; mejorar las prácticas de determinación de la pena; modernizar y regular el sistema de ejecución de las penas; consolidar los estatutos penales relativos al crimen organizado y a la criminalidad económica y ajustar la legislación penal a las valoraciones culturales que subyacen al sistema, así como actualizar las técnicas de protección de los intereses vinculados a ellas.

La reforma y adecuación en el uso de las penas

El texto entregado ha supuesto un trabajo especialmente profundo de redefinición del sistema de penas imperante en Chile, continuando una senda abierta por la Comisión de 2013 y profundizada por la Comisión de 2015. El sistema de penas propuesto se basa, en particular, en tres consideraciones centrales.

En primer lugar, el Anteproyecto supone una intensificación en el uso de penas relevantes que no sean constitutivas de privación total de libertad, por medio de la generación de penas de libertad restringida y de reclusión en el domicilio del condenado o en establecimientos distintos de la cárcel y, sobre todo, por una modernización y ampliación en el uso de la pena de multa.

Esto subsana defectos importantes del código de 1874 y de la legislación especial dictada bajo su alero, que utilizan nominalmente, para la gran mayoría de los delitos, la pena de prisión -reclusión o presidio-, en condiciones que, en la práctica, nunca permiten que ella sea impuesta y mucho menos aplicada con esa extensión. Por lo demás, si fuera utilizada de la manera abstractamente prevista resultaría contraproducente por sus efectos criminógenos y por el exceso que representaría su uso en delitos menos graves. En los hechos, por ello, el sistema depende del reemplazo de la prisión por penas alternativas que la sustituyen, lo cual a su vez arroja como defecto el que no exista una diferenciación en el uso de esos

medios más allá de limitar el uso de la cárcel. En tal sentido, el Anteproyecto pretende generar ante todo un sistema de reacción más diferenciado.

En esta misma óptica resultan asimismo especialmente relevantes los defectos de la legislación vigente en el uso de la pena de multa. A diferencia del derecho administrativo, nuestra legislación penal mantiene sanciones de multa que son o bien irrisoriamente bajas, para individuos con ingresos o patrimonio mínimamente relevante, o bien injustamente altas, para personas con ingresos escasos y sin patrimonio. En definitiva, esta irrelevancia de la multa genera tanto un mayor recurso a la pena privativa de libertad cuanto mayores espacios de impunidad, en los casos en que no se utiliza el encierro como respuesta estatal al delito.

Para subsanar estos defectos el Anteproyecto propone un catálogo diferenciado de penas, una mayor regulación de las penas restrictivas de libertad que no son constitutivas de prisión y una actualización de la pena de multa por medio de la incorporación del sistema de días-multa, imperante en buena parte de los sistemas desarrollados comparados. Asimismo, el proyecto contempla un amplio abanico de consecuencias adicionales a la pena, incluyendo un catálogo sistemático de inhabilitaciones que debiera contribuir a generar consecuencias relevantes para el delito que no supongan, necesariamente, prisión. Y lo propio hace con respecto a las medidas de seguridad.

En segundo lugar, el proyecto pretende producir un sinceramiento a nivel legal de las penas que deben y pueden ser aplicadas en definitiva. Como hemos dicho, en el sistema vigente las penas se expresan casi siempre como amenazas de privación de libertad, pero en condiciones en que la gran mayoría de ellas terminan siendo impuestas, en los hechos, con una pena sustitutiva de la prisión. El más relevante estatuto de las penas es, en ese sentido, la Ley 18.216, pese a que los tipos penales expresan siempre una pretensión de castigo en la cárcel. Asimismo, la extensión de las penas se amenaza siempre en cuantías que son muy superiores a las que en los hechos terminan siendo aplicadas.

Para subsanar este defecto el Anteproyecto reduce sustancialmente las posibilidades de imposición de penas que no se encuentren directamente expresadas en los tipos y establece un sistema de determinación de la pena que pretende que ella sea fijada dentro del marco establecido por la ley. Como contrapartida, las penas contempladas en los distintos tipos penales prevén, en buena parte de los casos, alternativas y establecen criterios de selección de la pena concreta.

Por último, y en consonancia con lo anterior, el sistema de penas pretende delimitar de modo diferenciado las competencias que le corresponden al legislador y al juez en la individualización de la naturaleza de las penas aplicables. Bajo el derecho vigente el legislador establece en general cuantías de pena de presidio y los jueces tienen competencia para imponer una pena de distinta naturaleza, en la medida en que la cuantía no sobrepase un umbral determinado. Las competencias de selección de la pena están así unidas a la fijación de la extensión de la pena. Ello ha conducido, como respuesta, a una carrera por restringir el uso de esas facultades judiciales mediante el aumento de la cuantía de las penas de prisión.

El Anteproyecto pretende mejorar la distribución de competencias entre legislador y juez. Para ello, la selección de la pena a ser ejecutada ha sido desacoplada parcialmente de la fijación legislativa de la extensión de la pena. En la primera se ha recurrido mayoritariamente a la previsión de penas alternativas y, en una menor cantidad de casos, de un marco que contemple sólo una pena determinada que deba ser impuesta a un delito determinado. Ello es así, en particular, cuando el legislador expresa la pretensión del uso específico de la pena de prisión como única respuesta al hecho punible, incluso en el caso de penas privativas de libertad de corta duración.

La jurisdicción, por su lado, ve reforzada y aumentada su competencia privativa de determinar la gravedad concreta del caso y, a partir de ello, de tomar decisiones de imposición de penas determinadas dentro de los marcos impuestos por el legislador.

El mejoramiento de las prácticas de determinación de las penas concretas

Asumiendo la labor privativa de la jurisdicción en la determinación individual de la gravedad del caso concreto y de las necesidades concretas de pena, la Comisión trabajó en el establecimiento de un modelo de determinación de la pena que se construye fundamentalmente sobre el respeto de las directivas generales establecidas por el legislador y, al mismo tiempo, se orienta a la evaluación de las necesidades concretas de pena.

En la práctica judicial que impera bajo la legislación vigente los jueces determinan la pena concreta casi siempre en base al juego de algunas atenuantes y agravantes muy generales y, dentro del marco fijado a partir de ese ejercicio, imponiendo casi siempre la pena en el punto mínimo del marco resultante del mismo. Probablemente producto de la gran extensión de las penas, la práctica

judicial no produce mayores razonamientos de gravedad concreta para determinar la pena y, en general, ello no es objeto de mayor discusión.

El Anteproyecto pretende romper con esta práctica, poniendo la determinación de la pena en el caso particular en el centro de interés de la actividad jurisdiccional. Para ello, el código propuesto refuerza las obligaciones de fundamentación de la sentencia y establece criterios generales que deben servir de estándar para la toma de decisiones.

Por supuesto, para que ello tenga efectos en la práctica el reforzamiento de la legislación procedimental a este respecto es central. También la legislación procesal penal pone poco énfasis en la discusión de la pena que debe corresponder a un delito determinado, lo que contribuye al mantenimiento de la práctica de determinación automática imperante. La comisión ha trabajado, por ello, en establecer reglas que tienden al fortalecimiento procedimental de la determinación de la pena, por medio de la previsión de instancias procedimentales especiales de discusión que deben ser producidas junto con la reforma penal sustantiva. En nuestra opinión, las adecuaciones que esta legislación penal sustantiva requerirá a nivel procesal debieran incorporar, asimismo, la procedencia del recurso de nulidad respecto de la determinación de la pena, es decir, someterla al control de los tribunales superiores.

La generación de una regulación general de ejecución de la pena

Desde 2013 las distintas comisiones han trabajado en establecer ya a nivel de condena penal las reglas centrales de la ejecución de las penas y, en particular, de la pena de prisión.

La ausencia de una regulación procedimental y sustantiva específica al respecto ha sido un problema histórico de la legislación penal chilena. Ello puede verse no sólo en cuestiones que han sido intensamente discutidas entre nosotros en el último tiempo -como la regulación de la libertad condicional- sino también se expresa de modo más general en la ausencia un cuerpo orgánico de derecho penitenciario y de ejecución de la pena.

Si bien un código penal no puede subsanar a nivel de detalle la regulación que requiere un auténtico derecho de la ejecución de la pena, el texto establece los principios e instituciones centrales que deben inspirar tanto el funcionamiento de los sistemas de ejecución de la pena, como las principales decisiones que deben tomarse a este respecto. Creemos, sin embargo, que es esencial para el éxito a la

reforma penal que pueda trabajarse en paralelo en un estatuto general de ejecución de las penas.

La criminalidad organizada y el derecho penal económico

A nivel de regulación de los delitos en particular el texto entregado supone un gran avance en la definición y tratamiento de la criminalidad organizada y de la criminalidad económica. En estas materias la legislación chilena es fragmentaria y, en muchos ámbitos, obsoleta. Los pocos ámbitos que cuentan con algún cuerpo de derecho penal económico o de criminalidad organizada se superponen muchas veces a la legislación penal general. En otros, simplemente, no hay legislación en áreas que son centrales en cualquier Estado moderno contemporáneo.

El Anteproyecto no sólo pone al día al obsoleto derecho chileno en esta materia, sino además establece las bases centrales de las reacciones que el sistema de justicia penal debe tener en esos dos ámbitos. La actualización del sistema de multas, la modernización del estatuto del comiso, la generación de mayores reacciones en el ámbito de los delitos cometidos por personas jurídicas o la ampliación del catálogo de inhabilitaciones se encuentran, en general, pensados tanto para no actualizar la definición de los delitos enmarcados en ellos, como también para disponer de reacciones efectivas frente a ellos.

Por supuesto, al igual que en el caso de la ejecución de la pena, la implementación de estas modificaciones requiere de un trabajo específico en lo procedimental y en la generación de un estatuto general de investigación y persecución de la criminalidad organizada.

La modernización cultural y la protección de intereses vinculados a ello

Por último, el texto pretende poner al día a la legislación penal chilena en materias en donde la intervención penal está particularmente condicionada por la evolución de los tiempos.

Al igual que en el caso de la criminalidad económica y organizada, el derecho penal chileno tiene importantes espacios de obsolescencia en campos que se encuentran determinados por valoraciones culturales que se han modificado radicalmente desde el siglo XIX. Si bien en algunos casos, tales como los delitos sexuales, el derecho vigente ha tenido modificaciones relevantes en las últimas

décadas, buena parte se encuentra sujeta a presión al cambio y en muchas otras simplemente hay vacíos. El proyecto supone así una actualización análoga en materias tales como la protección de la intimidad o del honor, que no sólo no han sido objeto de reformas recientes, sino además se encuentran sujetas a ataques novedosos producto del cambio tecnológico.

Por último, el Anteproyecto propone prescindir de la categoría penal de las faltas, conservando sólo las de los crímenes y los simples delitos. De acuerdo con esta propuesta, debe entenderse que todos los comportamientos actualmente constitutivos de faltas, así como los simples delitos previstos en leyes especiales que no han sido recogidos en el Libro Segundo, han de ser tratados como infracciones administrativas. La regulación de ese extenso e importante campo de comportamientos y sanciones es un desafío pendiente.

Esperamos sinceramente que el texto tenga una buena acogida en el Ministerio de Justicia y de los Derechos Humanos y, en general, en el Poder Ejecutivo y que, una vez presentado al Congreso, pueda contar con la mejor tramitación legislativa.

Sin otro particular, le saludan atentamente

Juan Domingo Acosta Sánchez

Antonio Bascuñán Rodríguez

Jorge Bofill Genzsch

Jaime Couso Salas

Juan Pablo Cox Leixelard

Héctor Hernández Basualto

Francisco Maldonado Fuentes

Alex van Weezel De la Cruz

Javier Wilenmann von Bernath

