

Santiago, 23 de junio de 2023

Señor Luis Cordero Vega
Ministro de Justicia y Derechos Humanos
Gobierno de Chile

Ref.: Entrega Revisión a Proyecto de Código Penal

De nuestra consideración:

Por medio de la presente carta hacemos entrega de la revisión al Proyecto de Nuevo Código Penal que se encuentra actualmente en discusión en el Congreso Nacional. El trabajo, encomendado por este Ministerio, fue realizado entre los meses de octubre de 2022 y junio de 2023 por la comisión compuesta por los abajo firmantes. En la primera mitad del proceso de revisión participaron, también, las profesoras Ana María Morales y María Magdalena Ossandón, así como el profesor Francisco Maldonado. Todos ellos debieron asumir nuevos compromisos profesionales que les impidieron sesionar hasta el final, pero hicieron aportes relevantes en distintos ámbitos. Durante los meses de trabajo contamos con el apoyo de la Dirección Jurídica liderada por María Ester Torres. Agradecemos enormemente la asistencia prestada por la dirección a través de Flora Ben-Azul, Diego Moreno, Ignacio Gaete y Mario Araya.

El trabajo que nos fuera encomendado tenía su origen en la percepción de ausencia de puntos de vista relevantes en la elaboración de los tres anteproyectos de Código Penal anteriores. En particular, la falta de participación de penalistas o criminólogas mujeres había suscitado crítica. Pero el trabajo que realizamos no tuvo por objeto tratar de producir un saneamiento simbólico de los proyectos que se habían producido en el pasado, sino que contribuir a la mejora técnica general del proyecto, aunque asumiendo un marco algo más acotado de trabajo que la generación de una propuesta completa.

Durante el proceso de revisión trabajamos intensamente en mejorar la consistencia en el uso de conceptos y corregir algunas falencias y errores puntuales que detectamos en el proyecto. Asimismo, nuestro trabajo se enfocó en actualizar el contenido del proyecto al estado presente de la legislación penal chilena, dadas las numerosas modificaciones relevantes introducidas desde que el último anteproyecto fuera entregado en el año 2018.

En adición al trabajo general de mejora y actualización, y tomando en consideración el actual estado del debate legislativo, la Revisión se centró en cuatro

aspectos sustantivos que nos gustaría resaltar y que creemos contribuyen significativamente a la viabilidad del proceso de recodificación penal. Esos puntos son (1) la mejor estructuración del sistema de penas y de su determinación; (2) la introducción de mayor diferenciación y adecuación en las penas contempladas por el sistema; (3) la reestructuración, acorde al estado actual del derecho vigente, de los delitos sexuales y otros delitos vinculados al género; y (4) la introducción de mejoras regulativas en ámbitos vinculados a nuevas formas de criminalidad y derechos humanos.

1) Estructuración del sistema de penas

Pese a que la obsolescencia de parte importante de la regulación penal puede justificar en sí misma el proceso de recodificación, hay consenso entre los especialistas y los actores del sistema penal en que el sistema de penas se encuentra en crisis. Ello es resultado tanto de la incapacidad originaria del sistema de distribuir adecuadamente las penas, como de la completa falta de consistencia que ha alcanzado a raíz de la introducción de numerosas excepciones por parte del legislador.

En este contexto, la comisión trabajó bajo la premisa de que el objetivo de las comisiones anteriores de crear un sistema de penas consistente pero más flexible, debía ser mantenido porque había sido bien recibido en la discusión pública y tenía buenos fundamentos criminológicos. La comisión valoró los pilares centrales de ese sistema, por ejemplo, la necesidad de reducir la distancia entre la pena establecida por el legislador y la pena probable asociada a cada delito. El diseño de un sistema con penas alternativas directamente expresadas en los tipos, en vez de contar con una “puerta trasera” que esconda las penas reales impuestas por el sistema penal, fue también mantenido y valorado. Pensamos que un sistema como el propuesto, que busca que la pena legalmente prevista sea la pena efectivamente impuesta, facilitará asimismo la comprensión del sistema por parte de la ciudadanía.

La Comisión valoró ese modo de funcionamiento, pero consideró que la aparente simpleza del proyecto escondía una complejidad institucional que sería difícil de manejar por sus actores. En un sistema en que los jueces están acostumbrados a descansar en prácticas más o menos automáticas de determinación de la pena, la idea de que un conjunto de reglas abstractas, en muchos casos difíciles de seguir, sería aplicado de modo uniforme nos pareció ilusoria. Asimismo, el sistema del proyecto no contenía graduaciones expresas de penas, generando percepciones de desorden en la proporcionalidad de las penas y falta de anclajes

claros para graduar a los delitos. Sin estructuras más claras, la graduación de las penas arriesgaba ser arbitraria y su determinación por los jueces, inconsistente.

Para resolver estos problemas, la comisión trabajó intensamente en *estructurar* las reglas de graduación y determinación de las penas siguiendo el modelo legado por las comisiones anteriores. Para esto, en conjunto con el Ministerio de Justicia nos ocupamos en reconocer los patrones de penas que aparecían en el proyecto. Esos patrones los graduamos en una escala de penas de diez estadios de gravedad. Aunque los tipos mantienen la expresión directa de las penas que pueden ser aplicadas a cada delito según su gravedad, la nueva estructuración hace que las penas y los delitos sean directamente comparables entre sí y mantengan consistencia. El sistema es, en el modo en que se expresan las penas, mucho más ordenado y fácil de seguir en sus consecuencias.

La segunda modificación consistió en simplificar el sistema de valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes en la determinación de la pena. En el proyecto, el impacto de estas circunstancias en la pena se fijaba a partir de una gran cantidad de reglas abstractas aplicables a tres clases distintas de circunstancias. En la revisión proponemos en cambio, un sistema con solo dos clases de circunstancias, cuyas consecuencias se expresan directamente en la ley y que se pueden visualizar de forma sencilla en una tabla. De este modo, para determinar el impacto que tiene un número determinado de agravantes y atenuantes sobre el marco penal de un delito, los jueces simplemente deben consultar una tabla. Asimismo, hemos diseñado algoritmos que permiten computar directamente el efecto en el marco penal de las circunstancias atenuantes y agravantes y de la presencia de distintas clases de concursos de hechos punibles. Creemos que estas revisiones permiten que la práctica de determinación de la pena sea más sencilla, manteniendo los objetivos de mayor consistencia y flexibilidad trazados ya por el proyecto. .

El trabajo recién descrito, se ha expresado en numerosas propuestas de modificación a lo largo del proyecto, incluyendo la parte especial. Parte importante de ellas, sin embargo, constituyen simplemente un cambio de las etiquetas de penas asociadas a cada delito, de forma tal de respetar el orden de la graduación propuesta en la revisión.

2) Modificaciones al contenido de las penas

Junto al trabajo de estructuración del sistema de penas y su determinación, la comisión realizó cuatro cambios sustanciales en el contenido de las penas. Estos se basaron en preocupaciones levantadas durante los estudios preliminares a la

reforma que introduciría el proyecto y consisten en (i) el reemplazo de la multa por los servicios en beneficio de la comunidad como pena inferior del sistema y la extensión de la supervisión en parte del rango cubierto por la multa; (ii) la limitación en el uso de la reclusión parcial y su reemplazo por una pena de supervisión con toque de queda variable; (iii) la inclusión de la expulsión, en términos similares a su regulación actual; y (iv) la inclusión de una pena de prisión seguida de custodia de seguridad prorrogable que reemplace, en su función, al presidio perpetuo.

Las dos primeras modificaciones fueron realizadas a sugerencia de la comisionada Ana María Morales, como resultado del estudio de Paz Ciudadana y el Ministerio de Justicia sobre los efectos que tendría el proyecto en el sistema carcelario. Las simulaciones de Paz Ciudadana predijeron un alto aumento en el uso de la pena de multa. La falta de pago que tiende a ocurrir en el sistema chileno fundó el razonable temor de que parte importante de las condenas por multas se tradujeran en encarcelamientos o bien que no tuvieran efecto alguno, generando percepciones de impunidad.

Por ello, en la nueva escala de penas, la multa fue reemplazada por una pena graduada de servicios en beneficios de la comunidad en el umbral de menor gravedad de todo el sistema y por la pena de supervisión (libertad restringida en el proyecto) en el resto. Asimismo, dada la falta de acompañamiento que genera la pena de reclusión parcial, ésta fue dividida en dos penas distintas, esto es, la reclusión y la prisión parcial. Adicionalmente, se propuso una regulación que asegure un mayor acompañamiento en la ejecución de estas penas a fin de que sean más efectivas.

Por otra parte, la comisión detectó que el proyecto no incluía una regulación de la pena de expulsión de personas extranjeras. Cualquiera fuera nuestra opinión política sobre el tema, los datos muestran que ella ha adquirido mayor preponderancia desde el año 2016. Dado que la comisión no cuenta con la capacidad de generar políticas públicas generales de regulación de la migración, y teniendo a la vista el debate legislativo actual, decidimos incluir una pena con un contenido asimilable al derecho vigente.

Por último, la comisión discutió largamente sobre la situación del presidio perpetuo. Aunque los comisionados estuvimos de acuerdo en que la evidencia muestra que no tiene mayores efectos disuasivos, algunos argumentaron que era una obligación del Estado tener las herramientas para evitar que el autor de delitos graves a cuyo respecto haya indicios claros de mantenimiento del peligro de

perpetración de delitos graves. La regulación del proyecto en materia de presidio perpetuo no abordaba, sin embargo, ese punto, limitándose a reintroducirlo con carácter más bien simbólico para casos de muy escasa ocurrencia. La Comisión concordó al final que el problema central a ser abordado era el de la toma de decisión responsable respecto al mantenimiento de la privación de libertad en casos graves en base a consideraciones de peligro. Comparando regulaciones extranjeras, el mejor modelo regulativo para producir ese efecto se encontró en la pena de prisión seguida de custodia de seguridad prorrogable. La idea es que, respecto de delitos graves, el juez debe imponer una pena de prisión con una duración determinada (20 años). Una vez transcurrido ese plazo, el Estado puede, sin embargo, mantener a la persona privada de libertad, decretando la imposición de la custodia de seguridad.

En los hechos, ello lleva a un funcionamiento similar al del presidio perpetuo, pero exigiendo la demostración de la subsistencia de riesgo para mantener la privación de libertad. Nos parece importante, en todo caso, que su implementación vaya de la mano de la adopción de un nuevo sistema legal de ejecución de penas y la creación de tribunales de ejecución penal que puedan cautelar su adecuada aplicación.

3) Trabajo en el ámbito de los delitos sexuales y vinculados al género

Dado el problema en la composición de género de las comisiones, las críticas más visibles a los anteproyectos de Código Penal habían versado sobre los delitos sexuales. Reaccionando a esas críticas, el proyecto incluyó una regulación completamente distinta, pero que contenía errores técnicos importantes. Al mismo tiempo, desde el año 2018 y a causa de la influencia del movimiento feminista, la regulación vigente de los delitos sexuales y de delitos vinculados al género ha cambiado sustancialmente. Esas modificaciones han generado tanto cambios de valoraciones como problemas de técnica legislativa. Todo ello llevó a la Comisión a definir el ámbito de los delitos sexuales y vinculados al género como prioritaria.

La revisión ofrece una reestructuración de los delitos sexuales que, abriéndose a nuevas valoraciones, ofrece estructura y claridad y rompe con parte importante de las distinciones arbitrarias que existen en el derecho vigente.

En materia de delitos de homicidio y lesiones, la revisión propone incluir las circunstancias que constituyen los nuevos delitos de femicidio, pero incorporándolos a un sistema completo de graduación de las penas previstas para estos delitos.

4) Mejora en la regulación de los delitos vinculados a nuevas formas de criminalidad y derechos humanos

Por último, la Comisión trabajó intensamente en producir regulaciones completas y consistentes en ámbitos vinculados a nuevas formas de criminalidad y a derechos humanos. Frente al proyecto, la revisión incluye un tratamiento mucho más diferenciado de la regulación de la trata de personas y de otros delitos vinculados a la migración. También trabajamos sistemáticamente delitos muy importantes pero que han producido complicaciones sistemáticas en el derecho vigente, tales como, los delitos de tortura, de trato cruel e inhumano y de trato degradante, así como el de desaparición forzada de personas. Por último, la revisión incluye cambios y una nueva sistematización de la regulación en materia de armas y tráfico de drogas, de especial importancia en la actual discusión sobre seguridad.

Es importante advertir que, si bien logramos llevar adelante una revisión de buena parte del contenido del proyecto, hay algunos ámbitos que no pudimos analizar con cuidado debido a la falta de tiempo. Ello incluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los delitos ambientales. Ambas regulaciones han sido modificadas en el derecho vigente a partir de la propuesta de regulación que se originó en los Anteproyectos de Código Penal. En ambos casos, sin embargo, durante la tramitación de las reformas se incluyeron mejoras que debieran ser pertinentes para la regulación del proyecto. Estas, y otras materias, deberán ser revisadas con detalle cuando la discusión legislativa las alcance en particular.

Sin otro particular, le saludan atentamente,

Marcela Aedo Rivera

Héctor Hernández Basualto

María Inés Horvitz Lennon

Rocío Lorca Ferreccio

Soledad Krause Muñoz

Juan Pablo Mañalich Raffo

Laura Mayer Lux

Rocío Sánchez Pérez

Carla Sepúlveda Penna

Tatiana Vargas Pinto

Javier Wilenmann von Bernath

Isabel Yáñez Morales