



Universidad de Atacama
Facultad de Ciencias Jurídicas
Carrera de Derecho

Artículo 449 del Código Penal y su vulneración al Derecho Fundamental de la Igualdad Ante la Ley: Dificultades teóricas y prácticas.

Carolina Fernanda Jara Silva

2017



**Universidad de Atacama
Facultad de Ciencias Jurídicas
Carrera de Derecho**

Artículo 449 del Código Penal y su vulneración al Derecho Fundamental de la Igualdad Ante la Ley: Dificultades teóricas y prácticas.

“Memoria presentada en conformidad a los requisitos para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas”.

Profesor guía Dr. Mario Durán Migliardi

Carolina Fernanda Jara Silva

2017

Agradecimientos

“A mi madre, que me ha acompañado en este largo camino y a mis profesores, quienes con sus enseñanzas han contribuido a mi desarrollo”.

Abreviaturas y términos referenciales de uso común

Art[s].	: Artículo [s].
Cap.	: Capítulo.
Cp.	: Código Penal.
CPR.	: Constitución Política de la República.
Cit.	: Citado en... / Citado por..., según el contexto.
Cf. / Cfr.	: Confrontar, en el mismo sentido...
Ed[s].	: Edición / Editorial / Editor [es], según el contexto.
Et al	: Y otros autores.
Infra	: Más adelante en...
N ° / n °	: Número.
Oo.	: Otra opinión, véase en...
P[p].	: Página [s].
S[s].	: Siguiente [s].
Supra	: Más atrás en...
T. / t.	: Tomo.
Tít.	: Título.
Trad[s].	: Traductor [es].
Vol[s]. / vol[s].:	Volumen / Volúmenes.

Índice

Introducción.....	1
Capítulo I: Antecedentes de la figura penal.....	3
1.1 Consideraciones preliminares.....	3
1.2 Historia de la Ley.....	6
1.2.1 Proyecto original y discusión parlamentaria.....	9
1.2.2 Conclusiones sobre el artículo 449 definitivo.....	18
Capítulo II: Normativa general de determinación de penas.....	20
2.1 Sistema de determinación de la pena en Chile.....	21
2.1.1 Sistema clásico liberal.....	21
2.1.2 Sistema de la pena indeterminada.....	23
2.1.3 Sistema de la pena relativamente determinada.....	25
2.2 Determinación legal de la pena.....	28
2.3 Individualización judicial de la pena.....	40
2.4 Conclusiones.....	44
Capítulo III: Principio general de igualdad ante la ley y su posible vulneración por el artículo 449 del Código Penal.....	46
3.1 Estado Social y Democrático de Derecho.....	46
3.2 Derecho fundamental de la Igualdad.....	52

3.3 ¿Existe una vulneración efectuada por el artículo 449 del Código Penal al derecho de Igualdad Ante la Ley?.....	63
Conclusiones.....	72
Bibliografía.....	78

Introducción

En la presente investigación, se pretenden analizar todos los elementos que comprende el artículo 449 del Código Penal, asimismo, se intentarán estudiar las propiedades esenciales que dan forma al derecho fundamental de la igualdad ante la ley. Todo lo anterior para dar respuesta a la siguiente pregunta; ¿el artículo 449 del Código Penal vulnera el derecho fundamental de igualdad ante la ley? En un primer punto, daremos una hipótesis afirmativa, en el sentido de que consideramos que sí se vulnera dicho derecho.

Tengo la convicción anterior, desde la sola lectura del articulado, pues éste establece dos reglas especiales, las cuales denotan desde dicho momento una desigualdad en la determinación de la pena a imponer, ello porque esta disposición excepcional solo es aplicable a aquellos sujetos que cometen determinados delitos, los que denominaremos en esta parte introductoria, “delitos contra la propiedad por apropiación”. De esta forma, dichas reglas especiales se configuran como un régimen legal de un carácter menos beneficioso para las personas que cometen estos delitos, restringiéndoles sus derechos de manera desproporcionada en relación a los demás condenados por distintos ilícitos.

Para poder desarrollar lo anterior, desde ya estableceremos los siguientes objetivos para esta investigación:

Primero, nuestro objetivo general será confirmar que el artículo 449 del Código Penal vulnera el derecho fundamental de la igualdad ante la ley. Así, nuestros objetivos específicos a cumplir serán: Demostrar, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia y normativa internacional, que se produce dicha vulneración al derecho de igualdad ante la ley. Por otro lado, probaremos que las razones establecidas por el ejecutivo para justificar la enmienda de esta norma no tienen fundamento empírico y razonable. Nuestro último objetivo específico será verificar la producción de efectos prácticos adversos con la modificación del artículo 449 del Código Penal.

Otra cuestión importante a mencionar, es que tendremos como marco teórico distintos a cuerpos de normativas, comenzando con la Ley 20.931 que da origen a la disposición que

analizaremos y todos sus trámites legislativos, relativos a configurarse como ley, el Código Penal, la Constitución Política de la República de Chile, convenciones y declaraciones internacionales sobre derechos fundamentales. Por otro lado, utilizaremos la dogmática creada por una vasta cantidad de autores, principalmente nacionales, entre ellos: Enrique Cury; Juan Mañalich; Mario Garrido; Gustavo Labatut; Alfredo Etcheberry, entre muchos otros. Así también, usaremos estudios efectuados por la Defensoría Nacional, y por otros organismos de carácter público.

Por último, es necesario determinar la metodología que se empleará en el presente, la que tendrá como base principal el método dogmático, en razón al uso de los distintos textos legales, constitucionales e internacionales, así como respecto de normativa de menor rango, empleadas para dar explicación a cada consideración que pueda aparecer. También se usará el método fáctico empírico basado en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, para así contrastar las distintas opiniones formuladas en relación a la temática a abordar. Finalmente, se usará también el método histórico, en orden a poder determinar cuáles fueron las causas que dieron origen a la disposición del Código Penal que analizaremos en profundidad, y por supuesto, a los fundamentos que se efectuaron para poder justificar su imposición.

Capítulo I: Antecedentes de la figura penal

En este primer capítulo y para una mejor comprensión del contexto de dictación de la ley N° 20.931, de Agenda Corta Antidelincuencia, abordaré las directrices generales respecto del origen, desarrollo, discusión y, producto de ello, la modificación normativa final que, en lo relativo al tema a tratar, nos entrega el actual artículo 449 del Código Penal.

1.1 Consideraciones preliminares

Con fecha 24 de Junio del año 2016 se promulgó la ley N° 20.931¹, que tuvo su origen en un mensaje presidencial, que en lo que concierne a este trabajo, modificó el Código Penal, en el Libro II, Título IV, denominado “Crímenes y simples delitos contra la propiedad”, el que específicamente en su artículo 449, vigente a la fecha (Octubre de 2017), dispone: *“Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:*

1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena 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 a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.

2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el minimum si consta de un solo grado”.

En un primer análisis podemos señalar que, tal como se desprende de la sola lectura del texto, esta modificación es aplicable solo a aquellos delitos contenidos en los párrafos 1

¹ Ley N° 20.931, 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”*, Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 5 de Julio, 2016. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1092269>

a 4 bis del Código Penal, que son los denominados delitos contra la propiedad, específicamente los de: Robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, hurto, receptación y respecto del abigeato, ello con las solas excepciones de los delitos de hurto de hallazgo y la apropiación de plumas, pelos, crines cerdas, lanas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos².

Esta figura consiste, a grandes rasgos, y para efectos de un mejor entendimiento del desarrollo que sigue a continuación, en que no les serán aplicables a aquellos sujetos que cometan los delitos mencionados con anterioridad las reglas generales de determinación de penas, consagradas en el Código Penal, sino que lo serán las 2 reglas especiales establecidas en la disposición en cuestión, que dicen relación con que:

Primero, dentro de los límites legales señalados por la ley como pena al delito, el tribunal deberá determinar la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia, de tal forma que solo debe atender para ello a esos elementos y dentro del rango legal establecido para determinar la pena concreta.

De esta forma, las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes no tendrán incidencia para modificar el marco legal de pena, sino únicamente para determinar la pena concreta dentro de ese marco abstracto, utilizando los mismos parámetros contenidos en el artículo 69 del CP, atentando así contra el ideal de un sistema de penas coherente y proporcionado a la afectación de los bienes jurídicos³.

² DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, “*Minuta modificaciones al código penal; código procesal penal y leyes penales especiales*” [en línea], región del Biobío. P. 19 y ss. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/10813.pdf> [visitado el 09.10.2017].

³ CERDA, Rodrigo, “*Algunos comentarios relativos a la aplicación de la Ley N° 20.931*”, Revista de la Defensoría Penal Pública N° 15 (dic.-2016), p. 54-61. Disponible en: http://www.dpp.cl/resources/descargas/revista93/2017-05-30/Guardar_silencio.pdf [visitado el 09.10.2017].

Por otro lado, para aquellos condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes n° 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal⁴, el tribunal deberá, dentro del límite o límites del grado establecido en la ley (aún en circunstancias que medien atenuantes), excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta o el *mínimum* si solo tiene un grado.

Con esta explicación es lógico concluir que esta figura tiene diversos problemas, especialmente y en lo que nos concierne, porque no es igualitaria para todos, ya que constituye un estatuto especial de carácter menos beneficioso para el ofensor de delitos contra la propiedad en comparación con el perpetrador de otro tipo de delitos, por ejemplo, de mayor gravedad como lo son aquellos que atentan contra las personas⁵, y es más; específicamente este Derecho Fundamental se vulnera porque se produce un aumento en la gravedad de la pena para aquellas personas infractoras con la calidad de reincidentes de los delitos contra la propiedad ya mencionados, ello al solo ser posible la imposición por parte de los jueces penales, de los máximos rangos establecidos por la ley para dichos casos, lo que significa manifiestamente quitarles a dichos aplicadores del derecho sin más las facultades ordinarias que ostentan para determinar la gravedad de las penas⁶, no otorgándose el mismo tratamiento respecto de la reincidencia en la generalidad de los demás tipos penales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, lo anterior constituye en la práctica, el impedimento que tienen estos sujetos de acceder a

⁴ Art. 12 CP.: *Son circunstancias agravantes:*

15° *Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena.*

16° *Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie.*

⁵ DEFENSORÍA NACIONAL. “*Minuta de Observaciones al 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*” [en línea], Santiago, p. 7 y ss. Disponible en: https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiYuqWyuZHXAhWKj5AKHbTNA4QFggIMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.senado.cl%2Fappsena.do%2Findex.php%3Fmo%3Dtramitacion%26ac%3DgetDocto%26iddocto%3D1753%26tipodoc%3Ddoc%26comision&usg=AOvVaw3UgMelW_j7MGi9FgKzyZM [visitado el 10.10.2017].

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “*Oficio a cámara de origen que remite Informe sobre 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*” [en línea], Santiago, p. 8. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_e47ba7d45468d4ea63633103d9452aed.pdf [visitado el 10.10.2017].

los beneficios de la Ley 18.216, que establece “medidas alternativas” para el cumplimiento de penas privativas de libertad, teniendo como efecto final, un incremento en la población penitenciaria.

1.2 Historia de la Ley

Con fecha de 23 de Enero del 2015, la presidenta Michelle Bachelet dicta un mensaje calificado con urgencia de “discusión inmediata”⁷, mediante el cual se inicia el proyecto de la actual ley n° 20.931, constituyéndose como la segunda Ley de Agenda Corta dictada en nuestro país y cuya entrada en vigencia data del día 24 de Junio de 2016. Esta normativa tiene como objetivo general facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y también mejorar la persecución penal en dichos delitos.

Asimismo, este proyecto tuvo entre sus fundamentos antecedentes que dicen relación con el aumento de la actividad criminal, y también respecto de la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía, por lo que enfoca algunas de sus disposiciones a la realización de modificaciones al Código Penal, y especialmente en aquellos delitos de mayor ocurrencia y que afectan en mayor medida a la ciudadanía, que según disponen, son los delitos contra la propiedad por apropiación, ubicados en los primeros cuatro párrafos del Título IX del Libro II del Código Penal.

Para fundamentar esta decisión política criminal, se remiten a la existencia de “los últimos estudios”, entregando además, estadísticas policiales relativas al período comprendido desde comienzos del 2013, hasta finales del año 2014, respecto de la comisión sobre los delitos de mayor connotación social a nivel nacional, los que presentaron un aumento del

⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS, “Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana” [en línea], Valparaíso, p. 32. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_96471a26e756aa8c5c8a4488469ad9d1.pdf. [visitado el 10.10.2017].

2,59% y dentro de esa cifra, presentaron un alza importante los delitos de robo por sorpresa (18,1%) y robo con intimidación (16,7%).

Ahora bien, de conformidad a lo expresado en el Plan Nacional de Seguridad Pública y Prevención de la Violencia y el Delito, denominado “Seguridad para todos”, de la Subsecretaría de Prevención del Delito, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en cifras de agosto del año 2014, en nuestro país se constataron altos niveles de delitos contra la propiedad.

Según los registros policiales, durante el año 2013 se cometieron alrededor de 600 mil delitos de mayor connotación social, de los cuales, un 83% correspondió a ilícitos contra la propiedad y sólo un 17% a delitos contra la integridad física de las personas. De acuerdo a los registros policiales, los delitos contra la propiedad han aumentado un 25% en comparación con el año 2005. De ellos, el más frecuente es el hurto, con un 38%; seguido por el robo en lugar habitado, con un 14%; y, los robos de accesorios de vehículos, con un 12%. Los mayores crecimientos los experimentaron los robos de vehículos (158%), los robos por sorpresa (76%) y los robos de objetos desde vehículos (54%). Así, se hace énfasis especial respecto de la categoría delictual que incide fuertemente en la percepción de inseguridad, que corresponde a los robos con violencia o intimidación, los que durante año 2013, registraron un total de 330,3 casos por cada 100.000 habitantes a nivel nacional. Considerando la distribución de los delitos de mayor connotación social, esta categoría representa el 9,7%⁸.

De esta forma, el mensaje presidencial en comento hace énfasis en la necesidad de creación de 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, razón por la que dirige algunos de sus

⁸ PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, “Mensaje con el que se inicia un 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” [en línea], Santiago, p. 3 y 4. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_96471a26e756aa8c5c8a4488469ad9d1.pdf. [visitado el 12.10.2017].

esfuerzos a agravar la penalidad respecto de los delitos ya mencionados y también acerca de determinados sujetos (esto es, los reincidentes), lo que según comenta dicho instrumento, sigue una política criminal definida y “refuerza los derechos de todos los chilenos en un sistema plenamente democrático”.

Lo anterior se materializa en objetivos específicos, tales como: Modificar el sistema de determinación de penas para los delitos contra la propiedad, entregando como fundamento para ello los inconvenientes que trajo aparejados la dictación de la Ley n° 20.772 (Ley Emilia), relativos a que no existe certeza acerca de que la pena a imponer por el juez efectivamente sea la determinada por el legislador al crear las diferentes figuras delictivas en dicha ley, dado el efecto que producen las actuales reglas de determinación de la pena que se pretenden sustituir con esta modificación en cuestión, esto es, que se modifica la pena en razón del juego de las diversas circunstancias atenuantes que existen en el ordenamiento jurídico penal aplicables al caso concreto.

Por lo tanto, a través de este nuevo sistema, las circunstancias atenuantes y agravantes se aplicarán dentro del marco legal de las penas establecido por la ley, sin que habiliten para bajar la pena fuera de ese marco. Con esto, la modificación trata de dar meridiana certeza a la población de que la pena legal tiene un reflejo en la pena concreta que recibirá el condenado y que ésta no se ha visto alterada⁹, como ocurre dramáticamente en algunos casos, pudiendo así cumplir con la finalidad de una política criminal de prevención general eficiente, según dispone el mensaje presidencial.

Otro objetivo específico es el de: 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 N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad y, tratándose de robos violentos y en lugar habitado, supongan un efectivo cumplimiento de las penas impuestas. Lo que sigue la misma línea de lo dispuesto anteriormente, en el sentido de hacer efectivas exactamente las penas legales

⁹ PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, “*Mensaje*”, cit. nota n° 8, p. 6.

establecidas, y no las que surgen producto del juego de las circunstancias atenuantes, quitándoles por lo tanto, la facultad a los jueces para determinar la cuantía del castigo a aplicar.

Cabe destacar que este proyecto de ley no solo modifica la figura objeto de este estudio, sino que atiende a una serie de cuestiones diversas y esencialmente dirigidas al procedimiento penal¹⁰, que apuntan en la misma dirección de lo ya comentado, como lo son; el aumento de la dotación policial; el aumento en la penalidad de las sanciones establecidas por la ley N° 17.798 de Control de Armas; el fortalecimiento del Ministerio Público; la creación de la institucionalidad para el trabajo de reinserción y reintegración de los condenados, entre otras cuestiones relevantes.

1.2.1 Proyecto original y discusión parlamentaria

Es relevante indicar que el proyecto de ley originalmente establecía 4 reglas especiales para la determinación de la pena establecida para los delitos ya mencionados, que fueron: “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:*

1a. 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.

2a. 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

¹⁰ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, “Presentación sobre la Ley 20.931 de agenda corta, 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 de dichos delitos” [en línea], p. 4 y ss. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/10814.pdf> [visitado el 15.10.2017].

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.

3ª. 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”.¹¹

La primera cuestión que marca una diferencia respecto del articulado final, es que en un inicio no se plantea la exclusión respecto de los delitos de hurto de hallazgo y la apropiación de plumas, pelos, crines, cerdas, lanas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos, que como sabemos, se encuentran excluidos de la hipótesis normativa actual del artículo 449 que nos rige.

Así, la Defensoría Nacional, a través de distintas minutas, ha tratado de explicar el contenido de esta disposición original¹². Respecto de la primera regla no hay mucho que

¹¹ PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, “Mensaje”, cit. nota n° 8, p. 9 y ss.

¹² DEFENSORÍA NACIONAL, “Minuta que establece observaciones al proyecto de ley que facilita la aplicación de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”, [en línea], Santiago, disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=34963&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> [visitado el 17.10.2017].

agregar, pues es prácticamente idéntica al primer numeral del artículo actual, y como se había comentado ya, se estaría generando una regla especial y excepcional respecto de cierta criminalidad, que son aquellos delitos contra la propiedad por apropiación.

En lo relativo a la segunda regla, originalmente se hacía una distinción entre aquellos condenados con penas relativas a la comisión de simples delitos y a aquellos condenados con penas de crímenes, aplicables solo a aquellos reincidentes, en los términos de los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal.

De esta manera, los efectos de la circunstancia de reincidencia, además de incurrir en un trato manifiestamente desigual respecto de otros condenados, fundada en una muy cuestionable culpabilidad por el carácter, propia de un derecho penal de autor, incurre en extrema desproporción si se trata de penas cuyo único grado o máximo, sea el presidio menor en su grado máximo, pues en estos caso la existencia de una condena anterior por crimen o simple delito excluye la aplicación de la remisión condicional, de la libertad vigilada y de la libertad vigilada intensiva. Esto quiere decir que sólo ante una eventual imposición de presidio menor en su grado mínimo a medio existe la posibilidad de imponer una reclusión parcial, en los casos en que el tribunal la estime como suficientemente disuasiva, considerando los antecedentes que la justificaren.

En cuanto a la tercera regla, consiste en una rebaja, casi insignificante, de la penalidad en estos delitos, cuando el acusado 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, así las cosas, se rebajará hasta el intervalo comprendido en la mitad superior del grado inferior al mínimo de los señalados por la ley.

Así, en aquellos casos en que está en juego la posibilidad de que se decreten penas sustitutivas, es necesario hacer presente que dicha regla supone un forzamiento indebido para los ciudadanos en cuanto a optar por admisión de responsabilidad o de procedimiento abreviado, por cuanto se constituye como la única forma de poder obtener una rebaja de

la pena a ser impuesta, obligando de tal forma a los acusados a aceptar los hechos objeto de la acusación.

Por último, la cuarta regla del proyecto original de esta ley se constituye como un régimen muy similar al de la llamada Ley Emilia, consistente en que a aquellos condenados por los delitos ya mencionados, que merezcan pena de crimen y respecto de los cuáles haya sido decretada una pena sustitutiva a su favor, se les suspenderá la ejecución de ésta por un año, y dentro de dicho tiempo el sujeto deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que había sido condenado originalmente.

Así, en la práctica significa que todos aquellos sujetos respecto de los cuáles se imponía una pena de crimen, relativa a los delitos que atentan contra la propiedad por apropiación, y a la vez pudiesen optar por una pena sustitutiva, debían cumplir con una pena privativa de libertad de un año, incluso las personas sin ningún tipo de antecedentes penales previos debían cumplir dicha pena privativa de libertad, lo que claramente es una situación especial solo aplicable a dichos condenados, y no respecto de la generalidad de los demás condenados por delitos diversos, a los que se les aplican las reglas generales de carácter mucho más beneficioso que la figura que nos concierne.

Así las cosas, debemos desarrollar a continuación la transición desde el artículo 449 original, mencionado en un principio de este capítulo, hasta su modificación y establecimiento que rige en la actualidad. Entonces, como consta en las diversas actas de los múltiples trámites seguidos en la historia de la ya comentada ley, este proyecto no fue pacífico, sino que hubo variadas discusiones respecto del contenido que debía tener, entre ellas, y relativo a lo que nos concierne en el presente, estuvo la disposición del artículo 449 del Código Penal.

De esta forma, no aconteció una aprobación del proyecto en primera instancia en ambas cámaras (de diputados y del senado), ya que se tuvo que pasar por la Comisión Mixta,

realizándose incluso en lo sucesivo, reservas de constitucionalidad¹³, situación que no constituye sorpresa alguna al recordar lo analizado anteriormente.

Al inicio del primer trámite constitucional, este mensaje fue enviado por el ejecutivo a la cámara de diputados, teniendo por lo tanto su origen en dicha cámara, la que a su vez y conforme a lo dispuesto por la Constitución Política de la República¹⁴, remitió dicho instrumento a la Excma. Corte Suprema de Justicia para que ésta elaborara un oficio con sus apreciaciones del proyecto de ley, medio por el que, como veremos más adelante, dicho órgano de justicia criticó duramente al ejecutivo en esta iniciativa normativa.

Así también, en lo sucesivo, se emitió el informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, produciéndose una votación que tuvo como consecuencia la aprobación de los 3 primeros numerales del artículo 449 original del proyecto de ley enviado por el ejecutivo, siendo rechazada por seis votos a favor, cinco en contra y una abstención¹⁵. Ello no sin antes elaborar una indicación para eliminar el numeral tercero iniciada por el diputado Jackson, y de igual forma, el diputado Ceroni elaboró otra indicación para eliminar la regla cuarta del articulado, siendo ambas rechazadas¹⁶.

Posteriormente, en un intervalo breve de tiempo, se originaron una serie de indicaciones del ejecutivo en pos de modificar el proyecto en cuestión, una de ellas¹⁷ fue excluir el delito de extorsión, contenido en el artículo 438 del Código Penal, respecto de la

¹³ Un ejemplo de ello fue que la diputada Cariola hizo presente reserva de constitucionalidad durante el primer trámite constitucional del proyecto, en la Comisión de Seguridad Ciudadana, respecto del artículo 449 del Código Penal, en su regla 3ª, por cuanto atentaría contra el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política que establece el derecho a la no autoincriminación.

¹⁴ El Artículo 77 de la Constitución Política de la República dispone expresamente, en su inciso segundo: *“La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva.”*

¹⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS, *“Informe”*, cit. nota n° 7, p. 42.

¹⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS, *“Informe”*, cit. nota n° 7, p. 40 y ss.

¹⁷ PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, *“Oficio Indicaciones del Ejecutivo”* [en línea], Santiago, p. 3 y 4. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_4ee2e09cb298ddf5317042b96fc06691.pdf [visitado el 17.10.2017].

aplicación de esta regla especial de determinación de penas estudiada. En este mismo orden de ideas, en estas indicaciones del ejecutivo también se suprimen los numerales tres y cuatro del respectivo artículo 449 original, proponiéndose en el mismo instrumento solo la mantención de los primeros dos.

Siguiendo con el primer trámite constitucional en la cámara de origen, se elaboró por parte de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento un informe, que en lo relativo a lo que nos concierne, la Ministra de Justicia en ese entonces, Javiera Blanco explicó que con esta modificación normativa se buscó fijar con mayor exactitud la pena para el delito determinado, y que en cuanto a la regla 3, se eliminó porque se consideró que se trataba de normas procedimentales, por lo que se le incluyó más adelante en el proyecto¹⁸, específicamente en los artículos 395 y 407 del Código Procesal Penal.

De igual forma, la asesora de dicha secretaría de Estado, Nelly Salvo, aclaró que se excluye la extorsión, el hurto de hallazgo en su primera hipótesis y el robo de crines, pelos y otras partes de animales, aclarándose posteriormente que, se excluyen estos tres tipos que no son de alta connotación social pero se mantiene la regla respecto de los delitos contra la propiedad. Así, esta indicación del ejecutivo que propone un nuevo artículo 449 del Código Penal fue sometida a votación, en donde se aprobó por la unanimidad de los diputados presentes.

En cuanto a la Discusión en Sala, en donde se aprobó en general y particular el proyecto de ley, modificado en lo que nos concierne por lo ya mencionado, cabe mencionar que, si bien hubo una indicación para incorporar un inciso final al articulado en comento, que buscaba devolver el polémico y eliminado numeral cuarto establecido en la disposición original, ello no se concretó y fue rechazada por 69 votos contra 42 votos de los diputados

¹⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS, “Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento” [en línea], Valparaíso, p, 33 y ss. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_4c6014fff64c91cc68c465aed9e44afb.pdf [visitado el 23.10.2017].

presentes¹⁹. Quedando finalmente el artículo 449 del Código Penal de idéntica forma a como estaba antes de este trámite, solo con sus dos primeros numerales.

De esta forma, se oficia el día 9 de Septiembre de 2015 el modificado proyecto de ley de Agenda Corta Antidelincuencia, desde la cámara de origen a la Cámara Revisora del Senado, pero antes de ello, en este mismo primer trámite constitucional la Excma. Corte Suprema de Justicia vuelve a officiar un informe²⁰, pero esta vez del proyecto modificado, estableciendo que, en general, lo relativo a las reformas al Código Procesal Penal “parecen de un impacto limitado y ofrecen pocos problemas interpretativos”, pero de igual forma hacen mención respecto de las reformas problemáticas de carácter adjetivo.

En lo relativo al tema que nos concierne, se establecen claramente una serie de críticas hacia la iniciativa del ejecutivo, estimando que dicha normativa conforma una *restricción decisiva en las facultades de determinación de la pena con que cuenta el juez para esta clase de delitos*. De esta manera, si bien dispone que con las modificaciones realizadas al proyecto original se le ha mejorado, aún sigue siendo desproporcionado e ineficaz, como veremos en lo sucesivo de este estudio.

En este punto, nos remitiremos al segundo trámite constitucional de esta ley, dentro del cual se origina un informe emitido por la Comisión de Constitución del Senado, en dicha instancia se solicita la participación de dos académicos, los señores abogados Juan Domingo Acosta y Jean Pierre Matus, quienes analizan de manera breve las disposiciones más polémicas de esta iniciativa del ejecutivo, respecto de las cuales nos referiremos más adelante. En este mismo contexto, no hubo modificación alguna a nuestro objeto de

¹⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS, “*Discusión en sala de la Cámara de Diputados*” [en línea], Valparaíso, p 49. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_353458fec05d5577cc9f1f81e4c46a7.pdf [visitado el 24.10.2017].

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “*Oficio a Cámara de Origen*” [en línea], Santiago Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_b98774bd51225b20395e626133c58b3d.pdf [visitado el 24.10.2017].

estudio, por lo que sigue exactamente igual a como lo describimos hace unos párrafos atrás.

En el segundo informe elaborado por la Comisión de Constitución, la diputada Van Rysselberghe realiza una indicación en orden a eliminar el delito de extorción, contenido en el art. 438 del Código Penal, de la aplicación de esta regla especial de determinación de penas establecida en la disposición estudiada²¹, la cual fue aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión.

De similar modo, en la cuarta sesión²² se discutieron las indicaciones renovadas, lideradas por el senador Alberto Espina y dirigidas a agregar dos incisos más, que buscan esencialmente restituir la normativa en cuestión a como se encontraba en el proyecto original emanado por el ejecutivo, enfatizando que se oponen, tratándose de los delitos graves que la normativa contempla, a la posibilidad de que un condenado obtenga una pena alternativa a las penas privativas de libertad, fundándose en que ya se ha hecho en el caso de la Ley Emilia, también en la normativa anticollusión y, en forma mucho más rígida, en la Ley de Control de Armas, estableciendo sobretodo la necesidad de que el condenado deba pasar al menos un año en la cárcel antes de poder optar a algún beneficio, cuestión que ni en el proyecto ni en las indicaciones distinguía entre primerizos y reincidentes, lo que provocó una discusión menor.

De esta forma, el senador Espina haciendo referencia a que otra norma de la Ley de Agenda Corta Antidelincuencia contiene una disposición distinta que produce los mismos efectos, en relación al cumplimiento efectivo por parte de los sentenciados por estos delitos a un año efectivo de pena privativa de libertad, retira su indicación, manteniéndose

²¹ CÁMARA DEL SENADO, “Segundo Trámite Constitucional: Segundo Informe de Comisión Constitución” [en línea], Valparaíso p. 13 y ss. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_9f765dd865419bb8c063b265c5063646.pdf [visitado el 02.11.2017].

²² CÁMARA DEL SENADO, “Segundo Trámite Constitucional: Discusión en Sala” [en línea], Valparaíso, p. 4 y ss. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_364bb9fc4d9e8db1636e2c3f70f9819c.pdf [visitado el 05.11.2017].

el articulado estudiado intacto. Ello no sin antes ser fuertemente criticado por sus pares, como es el caso del senador Jaime Orpis, quien manifiesta su disconformidad con dicha indicación, y en general, con este tipo de normativas meramente represivas, pues no es efectiva empíricamente para aumentar los niveles de seguridad ciudadana, un ejemplo de ello es que los índices de victimización se han mantenido sobre el 30 por ciento. En consecuencia, establece en la necesidad de normas que permitan la rehabilitación y reinserción social para romper el círculo del delito, y ello se funda también en la incapacidad carcelaria existente, pues los índices de hacinamiento constituyen uno de los mayores a nivel americano.

Si bien no hubo acuerdo en ambas cámaras sobre la mayoría de las disposiciones contenidas en esta segunda Ley de Agenda Corta Antidelincuencia, como lo son las modificaciones referidas al control preventivo de identidad, introducidas por el Senado en el artículo 12 del proyecto²³, se propuso integrar la Cámara Mixta para resolver dichas discrepancias, el artículo 449 del Código Penal, se mantuvo sin ninguna modificación. Inclusive, al pasar por el trámite radicado en el Tribunal Constitucional éste no se pronunció a examinar dicho articulado, expresando que se trata de una materia de ley simple²⁴, por mandato del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que para un mejor entender, son todas aquellas materias que tengan que ver con codificación civil, penal, procesal o comercial, y ello porque se trata de una normativa que no altera cuál es el tribunal competente ni sus atribuciones para aplicar la pena, lo que se cambia son las reglas que rigen dicha aplicación. Por lo que podemos dar por terminada la historia de la ley pertinente a nuestro objeto de estudio.

²³ CÁMARA DE DIPUTADOS, “*Tercer Trámite Constitucional: Discusión en Sala*” [en línea], Valparaíso, p. 112 y ss. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_ae68cf2dfbb0d55581cd54df3d7ce72d.pdf [visitado el 05.11.2017].

²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, “*Oficio a Cámara de Origen*” [en línea], Valparaíso, p. 18 y ss. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_caa966e9053cdb1501c5c674cece02f2.pdf [visitado el 12.11.2017].

1.2.2 Conclusiones sobre el artículo 449 definitivo

Todo lo analizado anteriormente dio como resultado una modificación no menor de la normativa inicial, que finalmente se configura como la conocemos en la actualidad, esto es, finaliza siendo aplicada a los delitos contra la propiedad, específicamente los de; robo en todas sus hipótesis normativas, hurto, receptación y también respecto del abigeato. Todo esto con las solas excepciones relativas a los delitos de hurto de hallazgo y a la apropiación de plumas, pelos, crines cerdas, lanas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos.

Además, ya desde el primer trámite constitucional fueron muy criticados sus cuatro numerales contemplados originalmente, realizándose inclusive reservas de constitucionalidad e indicaciones para modificarlos o derechamente, para eliminarlos. Es por esta razón que el ejecutivo decide, a través de la realización de diversas indicaciones, suprimir los numerales 3 y 4 del proyecto original, y además, incluir el delito de extorsión a las excepciones de aplicación de esta regla especial de determinación de penas.

En cuanto al originalmente contemplado numeral cuarto, relativo a que aquellos condenados por los delitos contra la propiedad mencionados, que merezcan pena de crimen y además les haya sido decretada una pena sustitutiva a su favor, se les suspenderá la ejecución de ésta por un año, y dentro de dicho tiempo los condenados deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que había sido condenado originalmente, se mencionó que se suprime ya que existe otra normativa procesal penal que causa igual efecto.

No obstante, en el segundo trámite constitucional realizado en el Senado, se suprimió la excepción del delito de extorsión, por lo tanto actualmente también le es aplicable la regla del artículo 449 del Código Penal a dicho delito.

Por lo tanto, si bien respecto del contenido original de la norma se suprimieron distintas materias que atentaban profundamente contra principios y derechos fundamentales del ordenamiento jurídico constitucional-penal chileno, como lo es el derecho a la no

autoincriminación establecido en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política, por cuanto se permitía rebajar la pena hasta el tramo comprendido en la mitad superior del grado inferior al mínimo de los señalados por la ley, al haber el imputado aceptado 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 admitiera su responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento en un procedimiento simplificado, sigue manteniéndose dicha disposición contrariando esencialmente el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 de nuestra carta fundamental, por cuanto se le entrega un tratamiento distinto a aquellos condenados por los delitos contra la propiedad, aumentándose considerablemente la pena establecida para efectos de que no puedan acceder a los beneficios establecidos como cumplimientos alternativos a la pena privativa de libertad.

Capítulo II: Normativa general de determinación de penas

Determinar la pena de un delito, significa esencialmente *precisar, en el caso concreto, la sanción que se impondrá a quien ha intervenido en la realización de un hecho punible como autor, instigador, cómplice, o encubridor*²⁵. Por lo tanto, constituye la realización de un proceso intelectual que necesariamente debe desarrollarse bajo el amparo de las diversas garantías que el Derecho Penal democrático y Constitucional nos entregan, ello siendo consecuencia directa por ser Chile una República Democrática, debiendo apearse la normativa a los principios fundamentales que rigen dichos conceptos.

Así, las disposiciones que nos entrega nuestra legislación nacional para determinar la pena a imponer están reguladas en el Libro I, Título III, denominado “De las penas”, el que contiene desde los artículos 18 al 161 B del Código Penal, vigente a la fecha²⁶, en donde se tratan 5 párrafos en total, titulados cada uno como; “las penas en general”, “la clasificación de las penas”, “los límites, naturaleza y efectos de las penas”, “la aplicación de las penas” y “la ejecución de las penas y su cumplimiento”. De esta forma, dichas normas mencionadas se complementan a su vez por las reglas generales establecidas en la Ley 18.216, que establecen “medidas alternativas” para el cumplimiento de penas privativas de libertad²⁷.

Entonces, ya determinada la consagración legal de las normas relativas al presente capítulo, para avanzar y poder realizar un análisis completo, además de contestar íntegramente a la siguiente pregunta; ¿cómo es que esta nueva regla especial de determinación de la pena trasgrede diversas garantías y principios orientadores de un Derecho Penal democrático, entre ellos y especialmente en lo que nos concierne, el derecho a la Igualdad Ante la Ley? Es que debemos profundizar sobre los diversos

²⁵ CURY, Enrique, “*Derecho Penal: Parte general*”, t. II, 2º Ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1992, p. 381.

²⁶ Supra p. 8.

²⁷ MAÑALICH, Juan, “*Informe en Derecho: ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?*”, [online], 2009, p. 2. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/3767-2.pdf> [visitado el 22.11.2017]

aspectos y fundamentos del sistema general que nuestro ordenamiento penal chileno nos entrega para dicha determinación, y solo así poder concebir y comparar las desventajas e infracciones que produce esta regla especial aplicable solo a los delitos que atentan contra el bien jurídico protegido “propiedad”.

2.1 Sistema de determinación de la pena en Chile

Antes de precisar cuál es el sistema de determinación de la pena adoptado por nuestra legislación, realizaremos una breve explicación de aquellas técnicas históricamente más relevantes y que han sido adoptadas por los diversos ordenamientos jurídicos extranjeros, a fin de poder obtener un mejor entendimiento sobre los orígenes, influencias, funcionamiento y objetivos del sistema vigente en nuestro país.

2.1.1 Sistema clásico liberal

Este sistema tiene su origen en el Derecho Penal de la antigüedad, estribando mayormente en la aplicación de aquellas penas que hoy conocemos como “corporales”, pues como su nombre lo indica, radicaban en consecuencias jurídicas que afectaban directamente el cuerpo físico de los sentenciados, y en el mismo sentido, se imponían sin más una vez se tenía por “acreditada” la existencia del hecho que la fundamenta²⁸.

Así, este sistema consiste en el establecimiento de límites penales muy rígidos e infranqueables, lo que se ve concretizado en la división de las penas en grados, cuya extensión se precisa estrictamente en la normativa; también en la fijación de abundantes casos de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que pueden concurrir en el caso concreto y en una prolija reglamentación de las consecuencias que cada una de ellas provoca en la determinación de la sanción aplicable²⁹.

²⁸ ACEVEDO, Carolina y TORRES, Angélica, “*Determinación de la pena en Chile: Principios de un Estado Democrático de Derecho y Fines de la pena*”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago: Universidad de Chile: Facultad de Derecho, 2009, p. 62.

²⁹ CURY, Enrique., “*Derecho*”, cit. nota n° 25, p. 384.

De esta forma, los jueces estaban al servicio del poder soberano y hacían justicia en su nombre con un muy amplio arbitrio en la manera de ejercer sus facultades, lo que constituía en la práctica una ausencia de toda garantía para el procesado³⁰. En este sentido, la misión de la jurisdicción viene a ser solo de un mero aplicador de la ley, no teniendo la facultad de participar en el proceso de determinación de la pena, siendo prácticamente imposible poder considerar la personalidad del imputado para efectos de fines de resocialización de la pena en su ejecución, por lo tanto, es una pura consecuencia de *cálculos mecánicamente efectuados*³¹.

Este sistema se encuentra, generalmente, en aquellos regímenes jurídicos cuya finalidad de la pena se fundamenta en orientaciones absolutas retribucionistas, es decir, aquellas que les otorgan validez a la aplicación de penas jurídico legales basadas en que, mediante la imposición de un mal, merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el delito cometido. Se habla entonces de una teoría "absoluta" porque para ella el fin de la pena es autónomo, "desvinculado" de su efecto de utilidad social³².

Así, el contenido de las teorías absolutas nace sin consideración a la retribución de la norma a mantener el orden social, sino que es exclusivamente por la circunstancia de que se ha lesionado una norma³³. En el mismo sentido, la concepción de la pena como retribución compensatoria es comprendida mediante los siguientes elementos: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Un claro ejemplo de normativas que fundamentan la aplicación de la sanción penal es el viejo principio del Talion: Ojo por ojo, diente por diente³⁴.

³⁰ GARRIDO, Mario, "*Derecho Penal: Parte General*", t. I, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001, p. 305.

³¹ CURY, Enrique., "*Derecho*", cit. nota n° 25, p. 384.

³² ROXIN, Claus, "*Derecho Penal: Parte General*", Trad. por LUZÓN, D. et. al, t. I, 2° ed., Madrid, Ed. Civitas, 1997, p. 81.

³³ JAKOBS, Günther, "*Derecho Penal: Parte General*", Trad. por CUELLO J., SERRANO, J., 2° ed., Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, p. 20.

³⁴ ROXIN, Claus, "*Derecho*", cit. nota n° 32, p. 82.

Ahora, si bien es innegable que este sistema produce como efecto directo un grado altísimo de seguridad jurídica, ello no es suficiente para aceptar las exigencias de retribución justa y de prevención especial eficaz³⁵, pues como podemos prever, para poder legitimar la imposición de una sanción necesariamente se deben atender diversos factores y no solo expiar y equilibrar la culpabilidad del delincuente, que si bien puede estar muy arraigada en la ciudadanía, a la luz de las múltiples garantías que nos auxilian, ello claramente es insuficiente.

De igual forma, a este sistema se le critica por no aplicar el principio de igualdad, pues éste implica tratar desigualmente situaciones desiguales, cosa que no sucede aquí pues se trata tanto a quienes se encuentran en una situación de igualdad como aquellos desiguales de la misma manera, no hay distinción. Otra crítica importante dice relación con que en este sistema, la ley no es capaz de prever las circunstancias particulares de cada caso, debido a su carácter general, abstracto³⁶ y absoluto.

2.1.2 Sistema de la pena indeterminada

Como reacción lógica al anterior sistema que frecuentemente se concretaba en pronunciamientos injustos, a fines del siglo XIX y principios del presente, y debido al impulso que alcanzaron las corrientes positivistas del pensamiento jurídico, se cambió la técnica del clasicismo³⁷.

En este sistema, precisar la extensión de la sanción que debe imponerse al condenado es una cuestión que solo puede apreciarse *ex post facto*³⁸, verificando la incidencia que han de tener en el desarrollo del individuo para emitir un veredicto referente a su “recuperación social”. Así el sistema se desprende de marcos penales legalmente prefijados y de toda regulación enderezada a vincular la resolución del tribunal³⁹. Esto es,

³⁵ CURY, Enrique., “Derecho”, cit. nota n° 25, p. 384.

³⁶ ACEVEDO, Carolina y TORRES, Angélica, “Determinación”, cit. nota n° 28, p. 62.

³⁷ GARRIDO, “Mario, Derecho”, cit. nota n° 30, p. 305 y 306.

³⁸ *Ex post facto* etimológicamente significa; “a partir de lo que se hace después”, “como consecuencia de un acto posterior”, “retrospectiva”.

³⁹ CURY, Enrique., “Derecho”, cit. nota n° 25, p. 384.

la pena debe adaptarse a las condiciones particulares de cada delincuente y perseguir, como una de sus principales finalidades, la readaptación social del condenado, por lo que resulta ilógico pretender que el juez fije en la sentencia de modo irrevocable la duración del castigo, es por esto que el tratamiento penal en este sistema no debe estar sujeto a plazo, sino a condición⁴⁰.

Ello es así porque se pretendió sustituir la concepción normativa del delito y su represión con instrumentos legales, como la pena, por una concepción sociológico-política que calificaba al delito como una *enfermedad social*, donde el delincuente pasaba a ser un sujeto enfermo o anormal, que debía ser sometido a tratamiento para mejorarlo y reinsertarlo, una vez sano, en la sociedad⁴¹, es por eso que no debe señalarse una duración exacta del mismo⁴². Entonces, la decisión sobre la sanción a imponer debe tomarse, con arreglo a criterios naturalísticos, extraídos para cada caso, por ejemplo, del informe pericial⁴³.

En el mismo sentido, este sistema de la indeterminación de la pena presenta dos variables, una *relativa* y otra *absoluta*. En la relativa, el juez señala en la sentencia el mínimo y el máximo de la pena, y solo dentro de esos límites infranqueables es posible fijar su duración. En cambio, en el sistema de determinación absoluta, corresponde a las autoridades poner término al tratamiento que se implantó como pena por el juez en la sentencia, sin fijación de límite, señalando el momento en que el penado se encuentra capacitado para reintegrarse nuevamente a la sociedad⁴⁴.

Así, este sistema sigue criterios preventivos especiales en cuanto a la finalidad que se busca obtener en la imposición de una sanción, esto es, el derecho penal debe actuar sobre

⁴⁰ LABATUT, Gustavo, “*Derecho Penal*”, t. I, 9º Ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006, p 264.

⁴¹ GARRIDO, Mario, “*Derecho*”, cit. nota n° 30, p. 305 y 306.

⁴² ACEVEDO, Carolina y TORRES, Angélica, “*Determinación*”, cit. nota n° 28, p. 67.

⁴³ CURY, E., “*Derecho*”, cit. nota n° 25, p. 384.

⁴⁴ LABATUT, Gustavo, “*Derecho*”, cit. nota n° 40, p. 265.

sujetos peligrosos para que no vuelvan a delinquir, con lo que la pena adquiere carácter de tratamiento⁴⁵.

Se le critica a este sistema principalmente porque se contrapone a la noción de Estado de derecho al no respetar el principio de legalidad⁴⁶, ya que ni el delito ni la pena están expresamente determinadas en la ley.

2.1.3 Sistema de la pena relativamente determinada

Este sistema surge junto a los primeros códigos del siglo XIX, de tal forma que se contrapone frente al sistema de penas rígidas con penas elásticas o divisibles, las que establecen límites que deben ser respetados por el juez al momento de determinar la pena⁴⁷.

El presente sistema se desenvuelve a través de la combinación entre lo establecido imperativamente por el legislador y el arbitrio judicial con una variedad de reglas que deben seguirse, así, la ley señala un marco penal, dentro del cual el juez deberá fijar exactamente la pena correspondiente al caso particular, correspondiéndole entonces escoger, entre las distintas alternativas establecidas por la ley, la pena aplicable y su magnitud, considerando la entidad y gravedad del hecho típico (fines preventivos generales y su merecimiento); pero además ha de considerar la culpabilidad y condiciones personales del autor, como también la posible remisión de la sanción o la aplicación de una medida alternativa⁴⁸ (fines preventivos especiales y su necesidad).

En otras palabras, el legislador intenta individualizar la pena utilizando diversos elementos, como lo son; la clasificación de los delincuentes, a los cuales señala regímenes penales propios; mediante la fijación de las penas dentro de un mínimo y un máximo; y también a base de un conjunto de reglas, relacionadas con la participación del delincuente,

⁴⁵ ACEVEDO, Carolina y TORRES, Angélica, “*Determinación*”, cit. nota n° 28, p. 69.

⁴⁶ GARRIDO, Mario, “*Derecho*”, cit. nota n° 30, p. 306.

⁴⁷ ACEVEDO, Carolina y TORRES, Angélica, “*Determinación*”, cit. nota n° 28, p. 64.

⁴⁸ GARRIDO, Mario, “*Derecho*”, cit. nota n° 30, p. 306 y 307.

el grado de desarrollo del delito y las circunstancias atenuantes o agravantes concurrentes que procuran adaptar la sanción a las condiciones personales del condenado⁴⁹.

Así, la ley solo se limita a orientar la decisión del tribunal indicándole los factores que debe tener en cuenta al momento de realizar la condena, abandonando a su arbitrio la evaluación de cada uno de ellos y por lo tanto, se elimina la división en grados y la enumeración de circunstancias modificatorias de responsabilidad⁵⁰. Por otro lado, se hace necesario que el juez deba tener presente el principio de igualdad al imponer al caso concreto la sanción y, de la misma forma, el de culpabilidad del condenado, en el hecho y sus condiciones individuales para evaluar las consecuencias que en su vida futura le acarrearán la pena⁵¹.

Finalizando, las principales críticas relativas a este sistema van dirigidas a que esta fórmula continúa bajo los mismos lineamientos del sistema de determinación absoluta, pues las distintas legislaciones pueden manifestar desconfianza del arbitrio judicial, y por lo tanto, someter al juez a un marco legal muy estrecho⁵².

Irónicamente, se critica de igual forma la técnica del legislador al establecer márgenes demasiado amplios para la determinación de la pena, ya que con ello existe un gran peligro respecto del derecho de igualdad ante la justicia⁵³, pudiendo tratarse de manera más benigna o por el contrario, con mayor gravedad a sujetos en condiciones de igualdad, por la amplia libertad que podrían tener para ello.

Como sabemos, el qué tan flexibles deben ser las reglas de determinación de las penas y cuánta libertad se le concede al juez para realizar su elección sobre el castigo a imponer constituyen unas de las más grandes discusiones políticas relativas a esta temática⁵⁴, así, la decisión tomada por nuestro legislador para regir en nuestro Derecho Penal actual, es

⁴⁹ LABATUT, Gustavo, “*Derecho*”, cit. nota n° 40, p. 264.

⁵⁰ CURY, Enrique, “*Derecho*”, cit. nota n° 25, p. 385.

⁵¹ GARRIDO, Mario, “*Derecho*”, cit. nota n° 30, p. 306 y 307.

⁵² ACEVEDO, Carolina y TORRES, Angélica, *Determinación*, cit. nota n° 28, p. 67.

⁵³ GARRIDO, Mario, “*Derecho*”, cit. nota n° 30, p. 307.

⁵⁴ CURY, E., “*Derecho*”, cit. nota n° 25, p. 382.

considerado por diversos autores como de “determinación legal relativa”⁵⁵, con la particularidad que se ha optado por desconfiar de la judicatura estableciendo márgenes rígidos, en algunos casos casi infranqueables, para el ejercicio de esta facultad de determinar la pena aplicable al caso concreto.

Esto es consecuencia directa de la dirección tomada por la política criminal del legislador chileno, que sigue una postura, en general, de enmienda o prevención especial⁵⁶, que para una mejor comprensión, se procederá a explicar en mayor detalle.

Las teorías sobre el fin de la pena surgen como respuesta a la pregunta de; ¿por qué una sociedad tendría el poder de asociar consecuencias graves en la vida de una persona, por haber efectuado una determinada conducta?⁵⁷ En este sentido, deben siempre referirse al fin mismo del Derecho penal, que se encuentra detrás de cada elaboración normativa.

Entonces, estas teorías se clasifican doctrinalmente en dos, una teoría retributiva y otra preventiva, esta última a su vez, se puede sub clasificar en una función de prevención general, y en una de prevención especial⁵⁸. Así, en la teoría de la prevención especial la pena cumple una función que consiste únicamente en: *hacer desistir al autor de futuros delitos*⁵⁹. Esta prevención siempre irá dirigida al posible autor individual para que renuncie o abandone la voluntad de ejecutar algún ilícito.

El efecto preventivo puede ejercerse ya sea, impidiéndolo con fuerza física, persuadiendo o llevándolo a condiciones de tal magnitud que se provoque la renuncia⁶⁰ del sujeto respecto de la comisión del delito.

⁵⁵ Entre ellos; POLITOFF, Sergio, et. al, “*Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General*”, 2° Ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2014, p. 495 y ACEVEDO, C. y TORRES, A., “*Determinación*”, cit. nota n° 30, p. 65.

⁵⁶ ETCHEBERRY, Alfredo, “*Derecho Penal: Parte General*”, t. II, 3° Ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1998, p. 170.

⁵⁷ POLITOFF, Sergio, et. al, “*Lecciones*”, cit. nota n° 55, p. 55.

⁵⁸ LABATUT, Gustavo, “*Derecho*”, cit. nota n° 40, p. 244.

⁵⁹ ROXIN, Claus, “*Derecho*”, cit. nota n° 32, p. 85.

⁶⁰ POLITOFF, Sergio et. al, “*Lecciones*”, cit. nota n° 55, p. 63.

Entonces, podemos concluir que nuestro país ha aceptado el sistema de la determinación relativa de la pena, la que si bien entrega un margen de arbitrio al juez para asignar la pena a imponer, también establece un marco rígido de reglas expresas a la que la judicatura debe imperativamente ceñirse, provocando en ciertos casos, casi una suerte de completa determinación legal de la pena, pues con ello el juez tiene sus facultades muy restringidas, debiendo constituirse como un mero aplicador de la ley.

Este sistema generalmente se orienta hacia una finalidad de prevención especial, en la que se busca, como política criminal, conminar al eventual delincuente a que desista de cometer el hecho típico. Por lo tanto, cada norma penal, ya sea que se encuentre incorporada dentro del Código Penal o en leyes especiales, tendrá como fin principal lo anteriormente señalado.

Todo lo anterior nos entrega el contexto en que se originan y sitúan nuestras normas jurídicas relativas a la determinación de las penas, las que se aplican respecto de la generalidad de los delitos contemplados por nuestra legislación penal, por lo tanto, las diversas reglas que veremos a continuación tienen su razón de ser en la incorporación a nuestro Derecho Penal de lo ya analizado.

2.2 Determinación legal de la pena

La ley penal, por intermedio del poder legislativo, nos entrega una serie de reglas para poder realizar el procedimiento intelectual de determinación de la pena aplicable al caso concreto, las que definiremos en este estudio como “reglas complementarias de las normas contenidas en la parte especial del Código Penal, o de leyes penales especiales en su caso, las cuales establecen cuál es el límite mínimo y máximo de la sanción estatal asociada a la ejecución imputable de un determinado tipo penal”⁶¹. Esta es una labor, en la que muchos consienten, es engorrosa y compleja debido a la minuciosidad⁶² y

⁶¹ MAÑALICH, Juan, “Informe”, cit. nota n° 27, p. 2.

⁶² ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho”, cit. nota n° 56, p. 170.

diversidad de las directrices entregadas por la ley, las cuales van dirigidas hacia una política criminal definida, que busca un objetivo concreto de prevención especial⁶³.

Podemos establecer que dichas reglas establecen cuál es el límite mínimo y máximo del “marco legal prefijado” en los distintos tipos penales para precisar la pena. Así, corresponde ahora examinar cada una de estas disposiciones penales relativas a la determinación legal de la pena.

En el mismo sentido, las reglas consagradas en nuestra legislación, que establecen las directrices que se deben tener en cuenta para determinar la pena, ya establecida en el tipo penal, está regulado en el Libro I, Título III, denominado “De las penas”, específicamente en su § IV: “De la aplicación de las penas”, el que contiene desde los artículos 50 al 78 del Código Penal, vigente a la fecha⁶⁴. Siendo complementado, a su vez y como ya se mencionó anteriormente⁶⁵, por las reglas establecidas en la Ley 18.216, que establecen “medidas alternativas” relativas a las penas privativas de libertad.

En este punto, cabe realizar el análisis de la determinación legal de la pena propiamente tal, la que debemos diferenciar, en un primer alcance, de la individualización judicial de la pena, siendo las primeras aquellas disposiciones que inciden en el marco penal aplicable a un delito, mientras que las segundas son aquellas que influyen en la concreción de la sanción sobre el sujeto culpable, dentro del marco penal ya determinado⁶⁶, estas últimas las veremos un poco más adelante.

De esta forma, en un primer análisis debemos establecer cuáles son los principios generales que orientan nuestro sistema de determinación de la pena⁶⁷; siendo ellos los siguientes, *la penalidad que señala el código o las leyes especiales*, así, en el

⁶³ Supra p. 32.

⁶⁴ Supra p. 6.

⁶⁵ Supra p. 25.

⁶⁶ OLIVER, Guillermo: “*Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno*”. Polít. crim. [online]. 2016, vol.11, n.22, p. 767. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200013&lng=es&nrm=iso. [visitado el 15.12.2017]

⁶⁷ ETCHEBERRY, Alfredo, “*Derecho*”, cit. nota n° 56, p. 171 y 172.

procedimiento para determinar la pena a lo primero que se debe recurrir es a la disposición establecida en la parte especial del Código Penal, o en leyes especiales en su caso, que contenga el ilícito y su consecuente sanción establecida por el legislador.

El segundo elemento orientador dice relación con las penas divisibles, que son la regla general en esta materia, ya que en estos casos *las sanciones establecidas por la ley comprenden una determinada extensión, en tiempo o cuantía*, siendo éstos los límites en que el tribunal deberá moverse y precisar la entidad definitiva de la pena en cada caso concreto. Ambos principios deben ser tenidos en cuenta como directrices al momento de realizar el cálculo establecido por las distintas reglas que veremos más adelante.

El tercer y último elemento orientador nos dice que la fijación definitiva de la pena a imponer depende de la consideración de los siguientes factores: *De la pena señalada por la ley para el delito; del grado de desarrollo del delito; de la participación de cada reo en el delito; de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal; del mayor o menor extensión del mal producido por el delito y finalmente, de la situación económica del condenado.*

Es necesario además, antes de seguir examinar las reglas legales propiamente tales, efectuar un especial análisis sobre ciertas clasificaciones de las penas, las que nos permitirán poder comprender de una manera más clara el presente subtítulo.

Primero, tenemos las penas agrupadas según su *gravedad*, este criterio se desprende del art. 21 en relación con el art. 25 del Código Penal⁶⁸, y dice relación con la pena que la ley le ha designado a cada delito⁶⁹. Esta clasificación establece el sistema tripartito de “crímenes, simples delitos y faltas”⁷⁰, y algunos autores agregan también las “penas comunes a las anteriores tres clases de delitos”⁷¹.

⁶⁸ GARRIDO, Mario, “Derecho”, cit. nota n° 30, p. 256.

⁶⁹ ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho”, cit. nota n° 56, p. 138.

⁷⁰ POLITOFF, S. et. al, “Lecciones”, cit. nota n° 55, p. 471.

⁷¹ ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho”, cit. nota n° 56, p. 138.

Las penas de crímenes contienen: La pena de muerte (derogada parcialmente⁷²), las penas privativas y restrictivas de libertad perpetuas (duran toda la vida del condenado), las penas privativas y restrictivas de libertad mayores (cuya duración es entre cinco años y un día y veinte años) y las inhabilitaciones de toda clase. Las privativas de libertad a su vez pueden ser; de presidio o reclusión; las restrictivas son el confinamiento, el extrañamiento y la relegación⁷³. En el mismo sentido, constituyen penas de simples delitos: Las penas privativas y restrictivas de libertad menores, el destierro y todas las suspensiones. De la misma forma, constituye pena de falta la prisión⁷⁴.

Finalmente, podemos encontrar aquellas penas comunes a los tres tipos anteriores, que son: La multa y el comiso de los instrumentos y efectos del delito⁷⁵.

La segunda y última clasificación que veremos es aquella que distingue entre *penas divisibles e indivisibles*, las penas indivisibles pueden considerarse, como su nombre lo indica, como aquellas en que, según su propia naturaleza, no son susceptibles de fraccionamiento⁷⁶, esto es, no constan de grados, y el ejemplo clásico de ellas es la pena de muerte, también lo son todas aquellas penas perpetuas⁷⁷.

Las penas divisibles por el contrario, admiten fraccionamiento o división, es decir, son aquellas que constan de grados, específicamente de tres, y por lo tanto, constituyen este tipo de penas todas aquellas que tienen una duración limitada en el tiempo o un monto determinado en cuantía⁷⁸, entonces, podemos concluir que la generalidad de las penas de nuestro ordenamiento jurídico penal son divisibles. Es importante establecer que el

⁷² Cfr. POLITOFF, Sergio et. al, “*Lecciones*”, cit. nota n° 55, p. 473. En este sentido, el autor establece que se mantiene la pena de muerte para tiempos de guerra, consagrada en el Código Militar y en una serie de leyes especiales.

⁷³ GARRIDO, Mario, “*Derecho*”, cit. nota n° 30, p. 257.

⁷⁴ CURY, Enrique, “*Derecho*”, cit. nota n° 25, p. 319.

⁷⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, “*Derecho*”, cit. nota n° 56, p. 139.

⁷⁶ GARRIDO, Mario, “*Derecho*”, cit. nota n° 30, p. 262.

⁷⁷ POLITOFF, Sergio, et. al, “*Lecciones*”, cit. nota n° 55, p. 475.

⁷⁸ ETCHEBERRY, Alfredo, “*Derecho*”, cit. nota n° 56, p. 142.

artículo 56 del Código Penal denomina a los grados de las penas divisibles como: “Mínimo, medio y máximo” respectivamente, cuya extensión fija de la siguiente manera;

Penas	Tiempo que comprende toda la pena	Tiempo de su grado mínimo	Tiempo de su grado medio	Tiempo de su grado máximo
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores.	De cinco años y un día a veinte años.	De cinco años y un día a diez años.	De diez años y un día a quince años.	De quince años y un día a veinte años.
Inhabilitación absoluta y especial temporales.	De tres años y un día a diez años.	De tres años y un día a cinco años.	De cinco años y un día a siete años.	De siete años y un día a diez años.
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores, y destierro.	De sesenta y un días a cinco años.	De sesenta y uno a quinientos cuarenta días.	De quinientos cuarenta y un días a tres años.	De tres años y un día a cinco años.
Suspensión de cargo y oficio público y profesión titular.	De sesenta y un días a tres años	De sesenta y un días a un año.	De un año y un día a dos años.	De dos años y un día a tres años
Prisión.	De uno a sesenta días.	De uno a veinte días.	De veintiuno a cuarenta días.	De cuarenta y uno a sesenta días.

Ahora, ya explicadas algunas clasificaciones que, a consideración del presente estudio eran necesarias para proceder con las disposiciones relativas propiamente tal a este subtítulo, se comenzará a analizar cada una de ellas, las que constituyen las reglas generales de determinación legal de la pena. Comenzaremos inmediatamente por el artículo 57 del Código penal, el que nos indica:

Cada uno de los grados establecidos para las penas divisibles constituye una pena distinta.

Esto es, cuando a un delito se le castigue, por ejemplo, con presidio mayor en su grado medio a máximo, habrán ahí dos grados, y por lo tanto, también dos penas, correspondientes al grado medio y al grado máximo respectivamente. Así, debe entenderse en el ejemplo anterior, que el marco punitivo está compuesto por dos penas diferentes⁷⁹, que son; la de presidio mayor en su grado medio y la de presidio mayor en su grado máximo. Complementario a lo anterior, el artículo 58 establece que:

En los casos en que la ley señala una pena compuesta de dos o más distintas, cada una de éstas forma un grado de penalidad, la más leve de ellas el mínimo y la más grave el máximo.

Siguiendo la misma idea, en el sentido que cada grado constituye una pena distinta de las demás, tratándose de una pena compuesta de dos o más grados, todos ellos serán una pena independiente, siendo la más benigna el mínimo y la más grave el máximo⁸⁰.

De esta forma, el legislador ha puesto a disposición del juez un considerable número de penas, haciendo posible graduar las sanciones para cada caso concreto correspondiente⁸¹.

La tercera regla general la encontramos en el artículo 59 del Código Penal, que establece las *escalas graduales*⁸², y consiste en que las penas se encuentran agrupadas en 5 escalas

⁷⁹ CURY, Enrique, “*Derecho*”, cit. nota n° 25, p. 386.

⁸⁰ GARRIDO, Mario, “*Derecho*”, cit. nota n° 30, p. 308.

⁸¹ LABATUT, Gustavo, “*Derecho*”, cit. nota n° 40, p. 268.

⁸² Se configuran en el art. 59 del Código Penal de la siguiente manera:

ESCALA NÚMERO 1: Grados: 1° Presidio perpetuo calificado; 2° Presidio o reclusión perpetuos; 3° Presidio o reclusión mayores en sus grados máximos; 4° Presidio o reclusión mayores en sus grados medios; 5° Presidio o reclusión mayores en sus grados mínimos; 6° Presidio o reclusión menores en sus grados máximos; 7° Presidio o reclusión menores en sus grados medios; 8° Presidio o reclusión menores en sus grados mínimos; 9° Prisión en su grado máximo; 10° Prisión en su grado medio; 11° Prisión en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 2: Grados: 1° Relegación perpetua; 2° Relegación mayor en su grado máximo; 3° Relegación en su grado medio; 4° Relegación mayor en su grado mínimo; 5° Relegación menor en su grado máximo; 6° Relegación menor en su grado medio; 7° Relegación menor en su grado mínimo; 8° Destierro en su grado máximo; 9° Destierro en su grado medio; 10° Destierro en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 3: Grados: 1° Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados máximos; 2° Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados medios; 3° Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados mínimos; 4° Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados máximos; 5° Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados medios; 6° Confinamiento o extrañamiento menores

graduales: La primera es aquella que comprende a las penas privativas de libertad; la segunda y tercera, para las restrictivas de libertad, y la cuarta y quinta, para las inhabilitaciones y suspensiones de derechos⁸³. Si bien esta enumeración no contiene las penas de multa, el artículo 60 inciso 1° del Código Penal entrega una solución, estableciendo que:

La multa se considera como la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales.

La misma regla consagran también los artículos 61 n° 5 y el artículo 77 inciso 3°. Lo anterior se aplica como la regla general, salvo ciertas excepciones⁸⁴ en donde el legislador expresamente establece que se impondrá la última pena que contenga la respectiva escala gradual, específicamente en aquellos casos en que no pudiese determinarse la pena por falta de grados inferiores en la escala o por no ser aplicables las penas de inhabilitación o suspensión⁸⁵.

Estas escalas están destinadas a precisar la relación de gravedad existente entre cada una de ellas⁸⁶, siendo preciso acudir a dicha disposición toda vez que sea necesario aplicar una pena inferior o superior a aquella con la que la ley sanciona el delito correspondiente⁸⁷. Así, cada escala se configura en un orden decreciente de gravedad en cuanto a las penas que las componen, estando en la escala N° 1 las penas más graves y en

en sus grados mínimos; 7° Destierro en su grado máximo; 8° Destierro en su grado medio; 9° Destierro en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 4: Grados: 1° Inhabilitación absoluta perpetua; 2° Inhabilitación absoluta temporal en su grado máximo; 3° Inhabilitación absoluta temporal en su grado medio; 4° Inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo; 5° Suspensión en su grado máximo; 6° Suspensión en su grado medio; 7° Suspensión en su grado mínimo.

ESCALA NUMERO 5: Grados: 1° Inhabilitación especial perpetua; 2° Inhabilitación especial temporal en su grado máximo; 3° Inhabilitación especial temporal en su grado medio; 4° Inhabilitación especial temporal en su grado mínimo; 5° Suspensión en su grado máximo; 6° Suspensión en su grado medio; 7° Suspensión en su grado mínimo.

⁸³ GARRIDO, Mario, “Derecho”, cit. nota n° 30, p. 308.

⁸⁴ Art. 304 y 403 del CP.

⁸⁵ LABATUT, Gustavo, “Derecho”, cit. nota n° 40, p. 268.

⁸⁶ CURY, Enrique, “Derecho”, cit. nota n° 25, p. 386.

⁸⁷ LABATUT, Gustavo, “Derecho”, cit. nota n° 40, p. 268.

la N°5 las penas más benignas⁸⁸. Para aclarar provechosamente la aplicación de estas escalas, es necesario tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 77 inciso 1° del Código Penal, que nos indica cómo deben emplearse cuando es necesario subir o bajar la pena que en la parte especial se asigna a cada delito⁸⁹, entonces, esta disposición establece:

En los casos en que la ley señala una pena inferior o superior en uno o más grados a otra determinada, la pena inferior o superior se tomará de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada.

De esta forma, para determinar cuál es la pena superior o inferior en grado, primero debe buscarse ésta en las escalas graduales, y una vez encontrada, subir o bajar siempre en la misma escala el número de grados necesarios⁹⁰.

La cuarta y última regla general aplicable se constituye como la respuesta a *la falta de grados superiores o inferiores*, y la encontramos en el artículo 77 incisos 2°, 3° y 4° del Código Penal, los que disponen:

Si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva, se impondrá el presidio perpetuo. Sin embargo, cuando se tratare de la escala número 1 prevista en el artículo 59, se impondrá el presidio perpetuo calificado.

Faltando pena inferior se aplicará siempre la multa.

Cuando sea preciso elevar las inhabilitaciones absolutas o especiales perpetuas a grados superiores, se agravarán con la reclusión menor en su grado medio.

Entonces, el art. 77 se coloca en la hipótesis de que, por efecto de una agravación en la pena, no exista una pena mayor que aplicar porque no hay pena superior en la escala, por lo que en tales casos hay que distinguir⁹¹:

⁸⁸ ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho”, cit. nota n° 56, p. 172.

⁸⁹ GARRIDO, Mario, “Derecho”, cit. nota n° 30, p. 308.

⁹⁰ ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho”, cit. nota n° 56, p. 172.

⁹¹ ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho”, cit. nota n° 56, p. 172 y 173.

Primero, que si nos encontramos en la escala N° 1, se aplicará el presidio perpetuo calificado. Segundo, que tratándose de las escalas N° 2 y 3, se aplicará el presidio perpetuo. Tercero, que tratándose de las escalas N° 4 y 5, se aplicará la pena superior de la respectiva escala, y además la de reclusión menor en su grado medio.

Por otro lado, también se pone en la hipótesis inversa, esto es, que por efecto del descenso en la escala gradual respectiva no exista pena a imponer por no haber grados inferiores en la escala. En tal situación debe siempre imponerse pena de multa, sobre lo cual nos remitiremos a lo ya examinado anteriormente⁹².

En otras palabras, la disposición en cuestión se coloca en el supuesto de que en la respectiva escala gradual no exista una pena superior o inferior en grado, como resultaría si el delito tuviera, por ejemplo, asignada la pena de relegación perpetua (de la escala N° 2) o confinamiento mayor en su grado máximo (escala N° 3), por lo tanto, la ley ordenara subir en un grado la sanción; en tales supuestos correspondería imponer la pena de presidio perpetuo (aplicando lo dispuesto por el inc. 2° del artículo 77). Si la pena asignada al delito es la de, por ejemplo, inhabilitación absoluta perpetua (de la escala N° 4) y debe subirse un grado, se impondrá la pena superior de dicha escala (la misma), y además, la de reclusión menor en su grado medio, conforme a lo preceptuado por el inciso final del artículo 77⁹³. De esta forma, si nos situamos en la escala gradual N° 1 y no existe otra pena superior en grado a la de presidio perpetuo calificado, se aplicará solamente ésta según lo dispuesto por el inciso primero del artículo 77.

Así, una vez establecidas estas reglas generales que deberá seguir el juez para cada caso, debemos seguir nuestro examen con aquellos elementos o factores que intervienen en la determinación de la pena, alterando o influyendo en la pena establecida por el legislador,

⁹² Supra p. 39.2

⁹³ GARRIDO, Mario, “*Derecho*”, cit. nota n° 30, p. 309.

los cuáles nombramos como un principio relativo a la determinación de la pena⁹⁴ y que ahora procederemos a explicar en profundidad. Son los siguientes:

Primero, tenemos *la pena señalada por la ley al delito*, ello consiste en que el punto de partida para la determinación de la pena concreta que se impondrá a los intervinientes en un hecho delictivo, es siempre aquella sanción que la ley consagra en abstracto para el delito correspondiente⁹⁵, es por ello que debe tenerse presente antes que todo lo dispuesto en la parte especial del Código Penal. Por otro lado, las penas establecidas para los distintos delitos, en virtud del artículo 50 del Código Penal⁹⁶, deben entenderse sancionadas por la ley para los autores del delito consumado.

En este punto, es preciso analizar que, en el caso de que concurren ciertas circunstancias modificatorias de la penalidad, dicha agravación o atenuación afectarán a la penalidad misma asignada al delito, o solamente a la que en concreto va a corresponder al delincuente en su caso. Para que nos encontremos en el primer caso, la variación de la pena asignada al delito debe ser considerada antes que los demás factores, como ya dijimos debe ser considerada en el punto de partida, lo que quiere decir que se altera la penalidad misma del delito, su base de cómputo⁹⁷.

En conclusión, se deben tener en cuenta las circunstancias calificantes o privilegiantes del tipo penal, ya que las circunstancias agravantes o atenuantes no afectan su configuración y solo actúan cuando ya está fijada la pena concreta⁹⁸.

El segundo elemento a analizar es *la etapa de desarrollo del delito*, la que consta de tres grados, denominados; “tentativa, frustración y consumación”, correspondiéndoles a cada uno de ellos una pena diversa⁹⁹: Al delito consumado, atendido lo preceptuado en el

⁹⁴ Supra p. 34.

⁹⁵ CURY, Enrique, “Derecho”, cit. nota n° 25, p. 388.

⁹⁶ Art. 50 C.P.: “A los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley. Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”.

⁹⁷ ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho”, cit. nota n° 56, p. 174.

⁹⁸ CURY, Enrique, “Derecho”, cit. nota n° 25, p. 388.

⁹⁹ GARRIDO, Mario, “Derecho”, cit. nota n° 30, p. 312.

artículo 50 del Código Penal, le corresponde la pena que la ley prescribe al respectivo tipo. Al crimen o simple delito frustrado le corresponde, en virtud del artículo 51 del Código Penal, la pena inferior en un grado a la pena indicada por la ley. Así, a la tentativa se le asigna, por lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 52 del Código Penal la pena inferior en dos grados a la sanción indicada por el legislador.

A su vez, de acuerdo a las reglas 1° y 2° establecidas en el artículo 61 del Código Penal, si la pena asignada al delito es una sola, sea que se trate de una pena divisible o de un solo grado de una pena indivisible, la rebaja de uno o dos grados a que se refiere el párrafo anterior se efectúa bajando en la escala gradual respectiva del número de grados correspondientes, siempre observándose las reglas generales. Por lo tanto, si la penalidad asignada al delito consta de varias penas, la rebaja de uno o dos grados para el delito frustrado y para la tentativa se hace a partir de la pena inferior de las que la ley señala¹⁰⁰. De esta forma, lo anterior no recibe aplicación cuando el delito frustrado y la tentativa se encuentran especialmente penados por la ley, por lo tanto, para aquellos casos se debe recurrir a la parte especial del Código Penal¹⁰¹.

El tercer elemento que requiere análisis por influir en la determinación legal de la pena es *la calidad de los partícipes del delito*, que consiste en que los intervinientes en un crimen o simple delito pueden revestir la calidad de “autores, cómplices o encubridores”, los que constituyen los tres grados de intervención en el hecho punible que puede ostentar un criminal, existiendo una sanción distinta para cada uno de ellos, de acuerdo con los artículos 50, 51 y 52 del Código Penal¹⁰². Así, podemos comprender mejor lo anterior con el siguiente cuadro demostrativo:

	Autor	Cómplice	Encubridor
Delito consumado	Art. 50 C.P.: Se le aplica toda la pena.	Art. 51 C.P.: Se le aplica un grado menos.	Art. 52 C.P.: Se le aplican dos grados menos.

¹⁰⁰ ETCHEBERRY, Alfredo, “*Derecho*”, cit. nota n° 56, p. 176.

¹⁰¹ CURY, Enrique, “*Derecho*”, cit. nota n° 25, p. 388.

¹⁰² GARRIDO, Mario, “*Derecho*”, cit. nota n° 30, p. 312.

Delito frustrado	Art. 51 C.P.: Se le aplica un grado menos.	Art. 52 C.P.: Se le aplican dos grados menos.	Art. 53 C.P.: Se le aplican tres grados menos.
Tentativa	Art. 52 C.P.: Se le aplican dos grados menos.	Art. 53 C.P.: Se le aplican tres grados menos.	Art. 54 C.P.: Se le aplican cuatro grados menos.

103

De esta forma, respecto del cómplice de una falta, el artículo 489 del Código Penal establece que se le deberá castigar con una pena que no exceda de la mitad de la que corresponda a los autores. Por otro lado, los encubridores de faltas no son punibles¹⁰⁴, de conformidad a lo que se deduce del anterior precepto y del artículo 17 del Código Penal¹⁰⁵.

Así, estas reglas relativas al grado de participación se aplican en combinación con las correspondientes *etapas de desarrollo del delito*¹⁰⁶, y para ello simplemente se suman las rebajas correspondientes, de tal forma que, por ejemplo, al cómplice de un delito frustrado le corresponderá una pena inferior en dos grados a la establecida por la ley para el hecho punible de que se trate, y al encubridor de una tentativa la inferior en cuatro grados¹⁰⁷.

El cuarto elemento dice relación con *las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal*, esto si bien se configura así e inclusive no se distingue siquiera la etapa judicial de individualización de la pena por la mayoría de autores clásicos de nuestro país¹⁰⁸, para efectos de este trabajo, y siguiendo la misma línea de los análisis más actuales

¹⁰³ Cuadro demostrativo disponible en: LABATUT, Gustavo, “Derecho”, cit. nota n° 40, p. 272.

¹⁰⁴ CURY, Enrique, “Derecho”, cit. nota n° 25, p. 389.

¹⁰⁵ En esta disposición se establecen los tipos de encubridores punibles, indicando en su inciso final: “*Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge, de su conviviente civil, o de sus parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, de sus padres o hijos, con la sola excepción de los que se hallaren comprendidos en el número 1° de este artículo*”. Siendo aquellos exceptuados los encubridores que *se aprovechan por sí mismos o facilitando a los delincuentes los medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito*.

¹⁰⁶ ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho”, cit. nota n° 56, p. 178.

¹⁰⁷ CURY, Enrique, “Derecho”, cit. nota n° 25, p. 389.

¹⁰⁸ Algunos son: ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho”, cit. nota n° 56, p. 179 y ss., GARRIDO, Mario, “Derecho”, cit. nota n° 30, p. 312., CURY, Enrique, “Derecho”, cit. nota n° 25, p. 389 y ss. y LABATUT, Gustavo, “Derecho”, cit. nota n° 40, p. 272 y ss.

de ciertos autores¹⁰⁹, se contemplará y analizará dicho factor dentro de la ya mencionada individualización judicial de la pena, que veremos más adelante.

El quinto y último elemento que influye en la determinación legal de la pena es *el mal producido por el delito y además las facultades económicas del culpable*. El primer factor se encuentra contenido en el artículo 69 del Código Penal y tiene por objeto determinar la cuantía de la pena dentro de los límites de cada grado. Así, cuando la lesión o peligro en que consiste el resultado externo del hecho punible admite graduación, debe ser considerado en primer lugar, su gravedad¹¹⁰.

Sin embargo, la ley no establece reglas para hacerlo, y lo deja entregado al criterio del juez, que primeramente apreciará la entidad de la lesión o peligro corrido por el bien jurídico protegido y a continuación los otros efectos perjudiciales que se deriven directamente del delito, sin perjuicio de que no hayan sido considerados por el legislador al describir el tipo penal¹¹¹.

En cuanto a las facultades económicas del culpable, dice relación directamente con la pena de multa, en el sentido de que tiene un desigual efecto, ligado estrechamente a la condición económica del penado, ya que una cantidad determinada de dinero impuesta como multa puede resultar insignificante para una persona acomodada, y por el contrario, ser un sacrificio económico para una persona de escasos recursos¹¹². Con estos elementos damos por terminado el análisis de la determinación legal de la pena.

2.3 Individualización judicial de la pena

Definiremos la individualización judicial de la pena como; *aquella fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito, según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquéllas, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente*.

¹⁰⁹ MAÑALICH, Juan, “Informe”, cit. nota n° 27, p. 6 y ss, citando para ello a Van Wezeel y a Novoa.

¹¹⁰ CURY, Enrique, “Derecho”, cit. nota n° 25, p. 395.

¹¹¹ GARRIDO, Mario, “Derecho”, cit. nota n° 30, p. 315.

¹¹² ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho”, cit. nota n° 56, p. 192.

Constituye así, en conjunto con la apreciación de la prueba y con la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos probados, *la tercera función autónoma del juez penal*, representando la cúspide de su actividad resolutoria¹¹³.

Las disposiciones que regulan este último procedimiento están contenidas en el Libro I, Título III, denominado “De las penas”, específicamente en su § IV: “De la aplicación de las penas”, desde los artículos 62 a 73 del Código Penal, vigente a la fecha¹¹⁴. Siendo complementado, a su vez y como ya se ha indicado con anterioridad¹¹⁵, por las reglas establecidas en la Ley 18.216, que establecen “medidas alternativas” para el cumplimiento de penas privativas de libertad¹¹⁶.

Podemos distinguir en este proceso reglas de determinación judicial de la pena en sentido estricto y en sentido amplio, siendo las primeras aquellas que configuran el conjunto de directrices con arreglo a las cuales el tribunal competente ha de efectuar la determinación exacta de la pena, cuya imposición es objeto de la sentencia respectiva, en otras palabras, trata sobre las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, constituyendo aquella operación a la que se la suele denominar individualización (judicial) de la pena propiamente tal.

Por otro lado, en sentido amplio podemos encontrar aquellas reglas con las cuales resulta posible la aplicación de regímenes alternativos de cumplimiento, como lo son las reglas sobre remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada que establece la Ley 18216¹¹⁷. De esta forma, nuestro Código Penal nos entrega un catálogo taxativo de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, atenuantes y agravantes, además de una mixta¹¹⁸, en sus artículos 11 a 13.

¹¹³ POLITOFF, Sergio, et. al, “*Lecciones*”, cit. nota n° 55, p. 494.

¹¹⁴ Supra p. 6.

¹¹⁵ Supra p. 25.

¹¹⁶ POLITOFF, Sergio et. al, “*Lecciones*”, cit. nota n° 55, p. 494.

¹¹⁷ MAÑALICH, Juan, “*Informe*”, cit. nota n° 27, p. 5.

¹¹⁸ POLITOFF, Sergio, et. al, “*Lecciones*”, cit. nota n° 55, p. 504.

Así, el artículo 62 del Código Penal establece:

Las circunstancias atenuantes o agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes.

Primero, para poder realizar este procedimiento, tenemos aquellas reglas que se estructuran como de “exclusión y apreciación de atenuantes y agravantes en general”, las que están contenidas en los artículos 63 y 64 del Código Penal. En estos articulados encontramos aquellas circunstancias que no siempre influyen sobre la cuantía de la pena impuesta al delincuente, esto es, son aquellas que constituyen casos excepcionales¹¹⁹, siendo aquellas contempladas en el artículo 63 las siguientes:

Aquellas que no producen el efecto de agravar la pena: Aquellas que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley¹²⁰, aquellas a las que la ley haya expresado al momento de describir y penar el delito y a las que son de tal modo inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas éste no puede cometerse¹²¹.

El artículo 64 por su parte, nos entrega reglas sobre la comunicabilidad de las circunstancias atenuantes y agravantes, las que son aplicables para excluir el juzgamiento de los partícipes del delito, únicamente en los casos en que ellas sean apreciables en el autor, y consistan en: *Su disposición moral, sus relaciones particulares con el ofendido, o en otra causa personal.*

En cambio, sí son aplicables a todos los partícipes aquellas que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, siempre que tuvieren

¹¹⁹ LABATUT, Gustavo, “Derecho”, cit. nota n° 40, p. 273.

¹²⁰ En solo un caso se produce esta situación, estando consagrado en el art. 14 C.P., que establece: *Cometer el delito después de haber quebrantado una condena, y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento.*

¹²¹ ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho”, cit. nota n° 56, p. 179 y 180.

conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito¹²².

Otra cuestión importante de aclarar es aquella que se establece sobre la influencia que tienen las atenuantes y agravantes en cada caso particular, la que *dependerá de la naturaleza y grado de la pena señalada para el delito*, y además, se debe atender necesariamente a la cantidad de circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en cada caso concretamente¹²³. Así, habrá que distinguir, en virtud de los artículos 65 a 68 bis del Código Penal, de:

Si la ley señala una sola pena indivisible, el tribunal la aplicará sin consideración a las circunstancias agravantes que concurren en el hecho, pero si hay dos o más circunstancias atenuantes y no concurre ninguna agravante, podrá aplicar la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados¹²⁴.

Si establece por el contrario, *solo un grado de una pena divisible* y no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla. En cambio, si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su *mínimum*, y en el segundo en su *máximum*. Siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la pena inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Si hay dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, puede aplicar la pena superior en un grado. En el caso de concurrir circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras¹²⁵.

De esta forma, el artículo 67 indica en su inciso 3º, además la forma de determinar el *mínimum* y el *máximum* de la pena concreta: “Para determinar en tales casos el *mínimum*

¹²² POLITOFF, Sergio, et. al, “*Lecciones*”, cit. nota n° 55, p 525.

¹²³ ETCHEBERRY, Alfredo, “*Derecho*”, cit. nota n° 56, p. 179

¹²⁴ Según lo dispuesto por el art. 65 C.P.

¹²⁵ Así lo establece el art. 67 C.P.

y el máximo de la pena, se divide por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo”.

Si la ley indica *una pena divisible compuesta de dos o más grados*¹²⁶ y no acompañan al hecho circunstancias atenuantes ni agravantes, puede el tribunal imponerla en cualquiera de sus grados. Así, cuando sólo concurre alguna circunstancia atenuante, debe aplicarla en su grado mínimo, y si habiendo una circunstancia agravante, no concurre ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo. Siendo dos o más las circunstancias atenuantes, sin que concorra ninguna agravante, podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Si concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensará racionalmente el tribunal para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

2.4 Conclusiones

El análisis de este capítulo nos ha entregado, en forma íntegra, el marco normativo en que se sitúa el ejercicio de la determinación de las penas, de tal forma que podemos comprender los fundamentos políticos criminales de cada una de las minuciosas reglas que necesariamente se deben tener en cuenta para ello, establecidas expresa y taxativamente en nuestro ordenamiento jurídico.

Podemos concluir primero, que en nuestro país rige el sistema de la determinación relativa de la pena, pues como vimos, la ley señala el marco penal dentro del cual el juez deberá fijar la pena correspondiente al caso particular, y en ese momento deberá considerar necesariamente el tribunal: La clasificación de los delincuentes, a los cuales señala regímenes penales propios; y también un conjunto de reglas, relacionadas con la participación del delincuente, el grado de desarrollo del delito y las circunstancias atenuantes o agravantes concurrentes que procuran adaptar la sanción a las condiciones personales del condenado, como también la posible remisión de la sanción o la aplicación

¹²⁶ En virtud de lo consagrado por el art. 66 C.P.

de una medida alternativa, entregándole, aunque en muy poca, ciertos ámbitos de libertad al juez para poder realizar su cometido.

Además este sistema se orienta hacia una finalidad de prevención especial, en la que se busca conminar al potencial delincuyente a que desista de cometer el hecho típico.

Segundo, pudimos desarrollar las reglas generales dirigidas a influir en la pena abstracta, esto es, en los diversos tipos penales, los que establecen en sí mismos un determinado marco penal que puede verse modificado, como sabemos, en virtud de ellas. Notamos en ellas una suerte casi de cálculo matemático que debe ser realizado por el juez, ello porque éste debe seguir fielmente dichas directrices, de manera que la ley no deja un margen de libertad para que dicho operador jurídico se desenvuelva con arbitrariedad alguna.

Posteriormente analizamos las disposiciones que influyen en la pena concreta a imponer en el caso particular, procedimiento que el juez deberá seguir necesariamente, pero que en cierta forma, podemos decir que tiene un cierto margen de libertad para apreciar cada una de las circunstancias que concurran en la ocasión correspondiente. En este punto si bien se entregan los lineamientos generales, el juez tiene que ponderar la entidad de cada uno de ellos, lo que nos confirma que nuestro sistema nacional queda comprendido en aquellos de determinación relativa de la pena.

Capítulo III: Principio general de igualdad ante la ley y su posible vulneración por el artículo 449 del Código Penal

En el presente capítulo abordaré finalmente la potencial problemática, ya planteada desde el capítulo primero, relativa a si efectivamente el artículo 449 del Código Penal vigente en la actualidad, afecta al principio fundamental de Igualdad Ante la Ley. Para ello, se hará una explicación del Estado Social y Democrático de Derecho, en conjunto con las consecuencias que la instauración de dicho sistema provoca. Así también, realizaré una sucinta exposición sobre el principio general y derecho de Igualdad, en sus dos dimensiones, su consagración internacional, constitucional y legal, y los efectos que ello produce en nuestro ordenamiento jurídico, para posteriormente fundamentar si, en sus diversas manifestaciones, es afectado o no por la disposición ya analizada anteriormente.

3.1 Estado Social y Democrático de Derecho

Los orígenes más remotos de este término radican desde Francia, en el año 1848, siendo utilizado, a groso modo, por Louis Blanc, con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de las clases sociales más vulnerables, de tal manera que se buscaba crear un “derecho a un puesto de trabajo”¹²⁷. Así, el Estado Social de Derecho nace como una reacción frente a la “cuestión social”¹²⁸.

Hicieron suya esta postura diversas doctrinas y sectores políticos, siendo los principales precursores del Estado Social de Derecho; el socialismo pre marxista, la doctrina social de la Iglesia Católica y la Socialdemocracia. Cabe también mencionar el rol jugado por personas individualmente determinadas, como lo fueron Lorenz Von Stein y Hermann Heller¹²⁹.

¹²⁷ ALDUNATE, Eduardo, “*Derechos Fundamentales*”, Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2008, p. 69.

¹²⁸ QUINZIO, Jorge, “*Tratado de Derecho Constitucional*”, t. I, 2º Ed., Santiago, Ed. LexisNexis, 2006, p. 24.

¹²⁹ NOGUEIRA, Humberto, “*Instituciones Políticas y Teoría Constitucional*”, t. I, Talca, Ed. de la Universidad de Talca, 2001, p. 228.

De esta forma, en la Alemania de aquellos años, Von Stein establecía que; *“el Estado tiene que mantener con su poder, para cada persona individual, la igualdad jurídica absoluta frente a todas las diferencias (de clase) y en ese sentido le llamamos Estado de Derecho; pero también tiene que promover con su poder el progreso social y económico de todos sus miembros, porque el último término del desarrollo de lo uno, constituye la condición y asimismo, la consecuencia del desarrollo de lo otro; y en este sentido hablamos de Estado Social”*.

Posteriormente en el año 1894, Julis Ofner vincula democracia, Estado de Derecho y Estado Social, reconociéndole a éste una función de distribución de cargas y privilegios más justa: *“La democracia exige con carácter fundamental el Estado social, un organismo que se asemeja al Estado de Derecho, pero que no se limita como éste a conservar lo mío y lo tuyo, mientras que confía su formación al juego del poder y la casualidad, sino que pone como objeto de su previsión una justa distribución de cargas y privilegios en su totalidad sobre la base de la igualdad de todos”*¹³⁰.

Así, el Estado Social de Derecho tuvo como predecesor al Estado de Derecho Clásico, pudiendo ser explicado con lo siguiente; *“El poder, en cuanto mera manifestación de la sola voluntad, no es racional y por lo tanto, debe ser racionalizado, y el medio para ello es el derecho, es decir, la ley y, especialmente, la Ley fundamental o Constitucional”*. Así, el *constitucionalismo*, en tanto doctrina de los distintos movimientos históricos, resume todos los esfuerzos de los individuos para controlar el poder, siendo uno de esos esfuerzos el “Estado de Derecho”¹³¹. En el mismo sentido y para precisar el concepto de Estado de Derecho, podemos establecer que éste se constituye como una de las principales utopías del Constitucionalismo Clásico, destinándolo de esta manera a establecer límites a la Potestad Estatal¹³².

¹³⁰ ALDUNATE, Eduardo, *“Derechos”*, cit. nota n° 127, p. 68 y ss.

¹³¹ QUINZIO, Jorge, *“Tratado”*, cit. nota n° 128, p. 19 y ss.

¹³² QUINZIO, Jorge y BERNALES, Gerardo, *“Derecho Político”*, Santiago, Ed. LexisNexis, 2005, p. 118 y 119.

Entonces, podemos decir que existe una estrecha interrelación entre Estado y derecho, ya que este último da forma al primero, y el Estado a su vez, otorga al derecho la fuerza irresistible, la coerción que permite al derecho concretarse pese a la posible oposición de los individuos. De la misma forma, es el Estado quien ejerce una considerable influencia en la formación y aplicación de las normas jurídicas, mientras que el derecho limita la actividad estatal¹³³.

Cabe mencionar, que respecto del Estado de Derecho, opera la doctrina de la existencia de Derechos Naturales inalienables e imprescriptibles, que fundamentan la sociedad política, y respecto de los cuales se excluye al Estado de toda competencia. Así también, opera la doctrina que parte de la base que todo poder debe ser sujeto a control, y de que el poder debe controlar al poder, para así lograr constituir un concepto de separación equilibrada entre los distintos órganos del Estado”¹³⁴.

Así las cosas, la concepción de Estado de Derecho tiene distintas acepciones, nosotros explicaremos las más importantes: Las primeras son aquellas de carácter formalista, que consisten básicamente en que “las personas deben obedecer al derecho y regirse por él”¹³⁵, lo que para efectos de este estudio, se considera que es insuficiente, ya que esta idea solo sirve a un número determinado de valores, como lo son; evitar excesivas expresiones del poder arbitrario, promover la existencia de marcos estables y seguros para la vida, y con ello a la estabilización de las relaciones sociales, pero ello no obsta a que se transgredan otros ideales, de tal manera que la conformidad a esta concepción no causa por si sola el bien, pudiendo el mal haberse producido por el propio derecho. De esta manera, si consideráramos al derecho solo en su aspecto formal, no habría una mayor diferencia entre el Estado de Poder y el Estado de Derecho¹³⁶.

¹³³ NOGUEIRA, Humberto, “*Instituciones*”, cit. nota n° 129, p. 211.

¹³⁴ QUINZIO, J. y BERNALES, G., “*Derecho*”, cit. nota n° 132, p. 118 y 119.

¹³⁵ NOGUEIRA, Humberto, “*Instituciones*”, cit. nota n° 129, p. 216 y ss.

¹³⁶ QUINZIO, Jorge, “*Tratado*”, cit. nota n° 128, p. 28.

Por otro lado, en una concepción instrumental del Estado de Derecho, éste debe servir al fin para el cual él es empleado con eficiencia, así, el Estado de Derecho es una virtud inherente al derecho, pero no una virtud moral en cuanto tal¹³⁷.

Para nosotros, el Estado de Derecho es un “estado de la razón” o un “estado de entendimiento”, en el cual se gobierna a través de una voluntad general racional y en que la única finalidad perseguida es lo mejor para todos¹³⁸. Para conseguir lo anterior, y más aún, si queremos que ello se conserve debemos necesariamente considerar su contenido, esto es, debemos tener en cuenta la manera en que se hará la distribución de derechos, poderes, garantías y deberes de los individuos, grupos y gobierno dentro del sistema social, de forma que se garantice el imperio y supremacía del derecho¹³⁹.

Así, podemos identificar al Estado de Derecho con las siguientes características: *Existe una división de poderes*, esto es, el poder del Estado se encuentra distribuido en distintas funciones, realizadas por órganos diferentes; *las autoridades del Estado son elegidas en elecciones competitivas, pacíficas y reguladas*; *se establece el imperio de la ley* como expresión de la voluntad popular; *existe un reconocimiento y garantía de los derechos humanos*; *se establece el principio de legalidad de la administración y el control jurisdiccional de ella*; y finalmente, *se consagra el control y responsabilidad de los gobernantes*¹⁴⁰.

Volviendo a la explicación del Estado Social y Democrático de Derecho, podemos incluir como parte integrante en él, toda la concepción ya pormenorizada del Estado de Derecho, esto es, todos los elementos del mismo ya vistos. Así, procederemos a analizar el Estado Democrático, también como parte integrante de esta forma de organización social.

¹³⁷ NOGUEIRA, Humberto, “Instituciones”, cit. nota n° 129, p. 218.

¹³⁸ ALDUNATE, Eduardo, “Derechos”, cit. nota n° 127, p. 63.

¹³⁹ QUINZIO, Jorge, “Tratado”, cit. nota n° 128, p. 28 y 29.

¹⁴⁰ NOGUEIRA, Humberto, “Instituciones”, cit. nota n° 129, p. 220.

La Real Academia Española (en adelante RAE), define “democracia” con distintas acepciones¹⁴¹, de las que rescataremos tres, que a mi parecer sirven más eficientemente a los fines de este estudio; primero, como *“forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por los ciudadanos”*; como *“doctrina política según la cual la soberanía reside en el pueblo, que ejerce el poder directamente o por medio de representantes”*; y finalmente, como una *“forma de sociedad que practica la igualdad de derechos individuales, con independencia de etnias, sexos, credos religiosos, etc.”*.

Así, podemos desprender un concepto único de democracia desde las tres definiciones entregadas en el párrafo anterior, de esta manera, la entenderemos como *“aquella forma de gobierno en que la soberanía nacional reside en el pueblo, quienes ejercen el poder por sí mismos o por medio de sus representantes, desarrollándose siempre bajo un sistema social de igualdad en derechos, sin discriminación arbitraria alguna”*.

Por su parte, la doctrina nacional estima que “la democracia” es un concepto difícil y complejo de precisar, estableciendo que ya desde su origen etimológico se definiría como; *“el gobierno del pueblo”*. Así, A. Lincoln la definió como “el gobierno del pueblo (como titular y depositario del poder), por el pueblo (en cuanto no es sólo el titular y depositario del poder, sino que lo ejerce real y efectivamente) y para el pueblo (en cuanto el objeto de la sociedad política es el bien común temporal de sus miembros)¹⁴².

De esta manera, Norberto Bobbio por su parte, establece que la única forma de entender el concepto de democracia, entendida como contrapuesto a todas las formas de gobierno autocráticas, es considerarla como *“un conjunto de reglas (primarias o fundamentales), que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas, y bajo qué procedimientos”*. Así pues, con el objeto de que una decisión tomada por individuos (uno, pocos, muchos, todos) pueda ser aceptada como una decisión colectiva, es necesario que sea tomada con base en reglas (no importa si son escritas o consuetudinarias) que

¹⁴¹ QUINZIO, J. y BERNALES, G., *“Derecho”*, cit. nota n° 132, p. 135.

¹⁴² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea], [Visitado el 15.12.2017]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=C9NX1Wr>

establecen quiénes son los individuos autorizados a tomar las decisiones obligatorias para todos los miembros del grupo, y con qué procedimientos¹⁴³.

Por otro lado, existen algunos que describen a la Democracia tanto como una forma de gobierno como una “*forma o estilo de vida*”, estableciendo que ya ello había sido expuesto por los pensadores griegos, y que consiste en que la Democracia como forma de gobierno no puede practicarse (ni siquiera concebirse) si no va aparejada de cierta actitud psicológica por parte de los miembros de la colectividad dentro de la cual ella se intenta establecer. En este mismo sentido, se parte desde la premisa de que los destinatarios del poder son a la vez los detentadores del mismo, razón por la cual la adhesión, comprensión y práctica del sistema por parte de los protagonistas del quehacer político, se hace insustituible. Así, podemos establecer como principios de la democracia, considerada como estado de vida, los siguientes: *La participación ciudadana; el pluralismo y la tolerancia; el consenso fundamental; y finalmente, el diálogo y el compromiso*¹⁴⁴.

Así las cosas, el Estado Social y Democrático de Derecho ha de suponer ambas cuestiones ya planteadas, esto es, el Estado de Derecho y la Democracia. Podemos también, a partir de lo ya dispuesto en este capítulo, establecer dos perspectivas sobre el contenido de la noción de Estado Social de Derecho:

Primero, El Estado Social de Derecho se entiende como un Estado que, a nivel Constitucional, consagra derechos económicos-sociales, y a nivel de organización administrativa, provee a los ciudadanos de una serie de prestaciones, especialmente en el ámbito de la seguridad social.

En segundo lugar, esta noción de Estado Social de Derecho se distancia de su comprensión como “Estado de Bienestar”, esto es, se aleja de las ideas dirigidas a

¹⁴³ BOBBIO, Norberto, “*El futuro de la democracia*”, 2º Ed., Trad.: FERNÁNDEZ, José, México, Ed. Iepsa, 1996, p. 24.

¹⁴⁴ VERDUGO, Mario y GARCÍA, Ana, “*Manual de Derecho Político: Las Fuerzas Políticas y los Regímenes Políticos*”, T. II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 134 y ss.

conceder prestaciones asistenciales, y radica más bien, en la liberación del hombre de sus ataduras respecto del poder del Estado¹⁴⁵.

Para concluir, consideramos de gran importancia la labor que una Constitución social y democrática tendrá respecto de la fundamentación de los fines del Derecho en general y sobretodo del Derecho penal, especialmente para justificar a través de dicha Constitución el establecimiento de un sistema de legitimación de la pena.

Además, debemos indicar la relevancia que una Constitución social y democrática tiene para la reforma del sistema penal en general y para el Derecho penal en particular, específicamente y en lo que nos concierne, para que la aplicabilidad práctica de la pena cobre efectivamente un realce garantista, ha de fundamentarse necesariamente en las orientaciones que solo un Estado Social y Democrático de Derecho puede entregar¹⁴⁶.

3.2 Derecho fundamental de la Igualdad

Para comenzar, podemos establecer que la igualdad y la libertad de las personas constituyen los valores y principios básicos del constitucionalismo, de tal forma que se concretan con el carácter de derechos esenciales y universales, muy próximos a la fuente de todos los atributos públicos, esto es, a la dignidad de los seres humanos¹⁴⁷. Para precisar, la igualdad tiene un valor fundamental en un sistema de libertades públicas, siendo solo ella la que permite la aplicación general del principio de libertad¹⁴⁸, constituye entonces un supuesto de la libertad.

Como vimos anteriormente, el Estado Social y Democrático de Derecho presupone la existencia de este valor fundamental de igualdad en la estructura de los distintos sistemas

¹⁴⁵ ALDUNATE, Eduardo, *Derechos*, cit. nota n° 127, p. 70-74.

¹⁴⁶ Cfr. DURAN MIGLIARDI, Mario, “*Constitución y legitimación de la pena: Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal*”. Polít. crim. [online]. 2011, vol.6, n.11, pp.143 y 144. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992011000100005&lng=es&nrm=iso [citado 2018-01-03].

¹⁴⁷ CEA, José, “*Derechos Constitucional Chileno: Derechos, Deberes y Garantías*”, t. II, Santiago, Ed. de la Universidad Católica de Chile, 2004, p. 119.

¹⁴⁸ MOLINA, Hernán, “*Derecho Constitucional*”, 4° Ed., Concepción, Ed.: de la Universidad de Concepción, 1998, p. 219.

constitucionales. Así, en nuestra Constitución Política de la República (En adelante Constitución o CPR) vigente a la fecha (26 de Diciembre del año 2017), en su inciso 1° del artículo primero, establece:

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Estableciendo de esta forma, el concepto de dignidad humana, que responde a una acepción antropológica-filosófica, en donde se le reconoce a cada individuo la calidad de tal, siendo sancionado el actuar contra ellos. Así, todo ser humano es un ser original¹⁴⁹.

En el mismo sentido, esta igualdad referida a la dignidad y a los derechos no es la simple igualdad, ya que los hombres naturalmente no son ni nacen iguales. Así, lo que nuestra Constitución está señalando al relacionar la igualdad con la dignidad y los derechos es una meta al Estado, que consiste en luchar por construirla, propendiendo de esta forma hacia la igualdad de oportunidades y creando las condiciones sociales necesarias para que estos hombres libres alcancen un desarrollo digno¹⁵⁰.

Por otro lado, el concepto de igualdad tiene distintas aristas, así, el profesor doctor en Derechos Humanos Iván Díaz García establece que existen 2 dimensiones de esta idea¹⁵¹, y en este sentido, comenzaremos analizando el concepto clásico de la igualdad para posteriormente centrarnos en dicha diferenciación. Así, gracias a las formulaciones entregadas por Aristóteles, podemos establecer como; *“tratar de la misma manera a lo igual y de diversa manera a lo desigual”*. De esta forma, Aristóteles para precisar su posición respecto de la igualdad, manifiesta que *“las propiedades no deben ser*

¹⁴⁹ ALDUNATE, Eduardo, *“Constitución Política de la República de Chile: Doctrina y Jurisprudencia”*, t. I, Santiago, Ed.: Thomson Reuters, 2009, p. 5.

¹⁵⁰ DIEZ, Sergio, *“Personas y Valores: Su Protección Constitucional”*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1999, p. 44.

¹⁵¹ DIAZ, Iván, *“Igualdad en la Aplicación de la Ley: Concepto, Iusfundamentalidad y Consecuencias”*. Ius et Praxis [online]. 2012, vol.18, n.2, p. 37 y ss. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200003&lng=es&nrm=iso. [Visitado el 20.12.2017].

consideradas como relevantes en sí mismas, sino que por referencia a un determinado ámbito de tratamiento”.

Para poder explicar lo anterior, indica que “es evidente que también en los asuntos de la política no se discute razonablemente por los cargos basándose en cualquier desigualdad (pues si unos son lentos y otros rápidos, no por eso deben unos tener más y otros menos) sino que en las competiciones atléticas que recibe esa diferencia su recompensa”.

De tal forma, la igualdad en el campo jurídico significa que todos los que están dentro de un mismo grupo o subgrupo, deberán tener, en relación a la situación que ocupan, y a las funciones que desempeñan, los mismos derechos y obligaciones. Así, la justicia exige que se dé “a cada uno lo suyo”, y no “a cada uno lo mismo”¹⁵². En este sentido, la igualdad como la expresamos comprende dos elementos que deben ser explicados¹⁵³:

En primer lugar, se trata de una igualdad normativa y no una igualdad en sentido fáctico, es decir, aquélla no describe un estado de cosas, no alude a la realidad, esto es, a cómo se presentan los hechos en el mundo. Así, ello no se trata de una exigencia, de una prescripción o de una afirmación que se mueva en el plano del deber ser. Esta aclaración parece casi innecesaria si se consideramos que no existe ningún rasgo con respecto al cual todos los seres humanos seamos iguales, es decir, que todos (o un número lo bastante elevado) lo tengamos en el mismo grado.

En segundo lugar, la noción de igualdad es un concepto relacional, aquello significa que vincula a dos personas, objetos o situaciones, esto es, los “pares en comparación”. En este sentido, la igualdad se cumple cuando se trata de la misma manera a dos elementos que se consideran iguales entre sí y cuando se trata de diversa manera a dos elementos que se consideran desiguales entre sí. A la inversa, la igualdad se vulnera cuando se trata de diversa manera a dos elementos iguales y cuando se trata de la misma manera a dos elementos desiguales.

¹⁵² MOLINA, Hernán, “*Derecho*”, cit. nota n° 148, p. 219.

¹⁵³ DIAZ, Iván, “*Igualdad*” cit. nota n° 151, p. 37 y ss.

En consecuencia, si en un determinado caso no existen elementos en comparación, entonces en el mismo no se encuentra involucrada la igualdad. Este carácter relacional de la igualdad permite concluir que en aquellos casos en que el derecho utiliza expresiones como “todo”, “toda”, “nadie” y otros similares, que se refieren a los sujetos de manera genérica, no hay una vulneración al principio de igualdad.

De esta forma, la igualdad de la persona humana hace referencia al hecho de que no hay mejor o peor calidad ni clases de seres humanos, siendo todos tratados de la misma forma. Por lo tanto, este principio se materializa a través de la “no discriminación” de las personas, es decir, que éstas no sean tratadas de forma irracional, injusta o arbitraria¹⁵⁴.

Es en este punto en donde debemos establecer la distinción ya abordada, y en este sentido, no es solo el profesor Díaz García quien la ha planteado, sino que lo han hecho diversos autores¹⁵⁵, así, tenemos en un primer punto “*la igualdad en el contenido de la ley*” o la “*igualdad ante la ley*”; que constituye un “mandato realizado al legislador” y consiste en que las prescripciones del Derecho deben tratar de la misma manera a los iguales y de diversa manera a los desiguales.

Por otro lado tenemos a “*la igualdad en la aplicación de la ley*”, que por su parte, se refiere a la noción clásica de igualdad direccionada hacia el juzgador, esto es, consiste en que el órgano que ejerce jurisdicción debe tratar de la misma manera a lo igual y tratar de diversa manera a lo desigual¹⁵⁶. Estas dos dimensiones se desprenden del artículo 19, numerales 2 y 3 de la Constitución, los que establecen el principio de la Igualdad Ante la Ley y el de la Igualdad Ante la Justicia respectivamente;

Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

¹⁵⁴ ALDUNATE, Eduardo, “*Constitución*”, cit. nota n° 149, p. 5.

¹⁵⁵ Entre ellos encontramos a; VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, “Derecho Constitucional”, t. I, 2° Ed., Santiago, Ed.: Jurídica de Chile, 2005, p. 214 y ss.; CEA, José, “*Derechos*” cit. nota n° 147, p. 119 y ss.; MOLINA, Hernán, “*Derecho*” cit. nota n° 148, p. 219 y ss.; y también QUINZIO, Jorge, “*Tratado*”, cit. nota n° 128, p. 165 y ss.

¹⁵⁶ DIAZ, Iván, “*Igualdad*” cit. nota n° 151, p. 41 y ss.

2° *“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

3° *La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.*

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”;

Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (En adelante CADH) establece:

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Por lo tanto, ambas igualdades están consagradas tanto internacionalmente como por la vía Constitucional.

La Igualdad Ante la Justicia, como ya hemos mencionado, se encuentra dirigida hacia el órgano jurisdiccional pues no basta con que la Constitución proclame la igualdad ante la ley, sino que ésta debe estar protegida por la vía jurisdiccional¹⁵⁷, y supone no solamente un trato igualitario a todas las personas comprometidas o sometidas a un mismo proceso o juicio, sino también el derecho de quienes son juzgados en un juicio determinado a recibir el mismo trato que en otros juicios o procesos han recibido otras personas que estaban en su misma situación¹⁵⁸.

En otras palabras, la igualdad ante la justicia significa, además de igualdad de jurisdicción, igualdad del régimen procesal, esto es, las partes están colocadas en un mismo plano de legal y pueden ejercer los mismos medios de defensa, petición, prueba y alegación¹⁵⁹. Así, esta dimensión comprende un conjunto de elementos destinados a asegurar un ejercicio imparcial y ajustado a derecho de la función jurisdiccional, que se

¹⁵⁷ QUINZIO, Jorge, “*Tratado*”, cit. nota n° 128, p. 167.

¹⁵⁸ VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, “*Derecho*”, cit. nota n° 155, p. 217.

¹⁵⁹ QUINZIO, Jorge, “*Tratado*”, cit. nota n° 128, p. 167.

corresponden de igual forma a los distintos incisos del n° 3¹⁶⁰ del artículo 19 de nuestra Constitución, ellos son los siguientes:

La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, de tal forma que las personas están constitucionalmente garantizadas cuando ejerzan sus derechos ante cualquier órgano del Estado; *el derecho a la defensa*, esto es, se procura el asesoramiento y defensa letrada (por abogado) a quienes carecen de los medios para ello; *la legalidad del tribunal*, lo que quiere decir que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino que por el tribunal que señale la ley y que además, se halle establecido con anterioridad por ésta, de tal manera que este inciso se configura a su vez, dentro del principio del “debido proceso”¹⁶¹; *la legalidad del juzgamiento*, que consiste en que todo órgano que ejerce jurisdicción está obligado a fundar sus sentencias en un procedimiento previo que haya sido tramitado en conformidad a la ley¹⁶²; *la exclusión de presunciones de derecho en materia penal*, lo que significa que no se permitirán presunciones cuya prueba contraria es inadmisibles¹⁶³; *la reserva legal e irretroactividad de la ley penal*, en cuanto a la reserva de la ley penal, la podemos entender con el aforismo “no hay delito ni hay pena sino en virtud de una ley” y respecto de la irretroactividad de la ley penal, consiste en que la ley penal debe promulgarse con anterioridad a la perpetración del hecho punible¹⁶⁴; y por último, tenemos *el principio de tipicidad*, esto es, que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella¹⁶⁵.

Ahora, procederemos a dar una explicación pormenorizada del derecho supralegal de la Igualdad Ante la Ley. Como vimos, este derecho se configura como uno de los principios fundamentales del sistema Democrático de Derecho, y se desprende en nuestro ordenamiento jurídico, del artículo 19 n°2 de la Constitución. De esta forma, la

¹⁶⁰ MOLINA, Hernán, “Derecho” cit. nota n° 148, p. 221.

¹⁶¹ CEA, José, “Derechos” cit. nota n° 147, p. 152.

¹⁶² MOLINA, Hernán, “Derecho” cit. nota n° 148, p. 222.

¹⁶³ VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, “Derecho”, cit. nota n° 155, p. 224.

¹⁶⁴ MOLINA, Hernán, “Derecho” cit. nota n° 148, p. 225.

¹⁶⁵ VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, “Derecho”, cit. nota n° 155, p. 224.

consagración de la igualdad ante la ley en un texto de valor constitucional tiene su antecedente más remoto en la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia en 1789, la cual estableció en su artículo 1º:

*“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”*¹⁶⁶.

En nuestro país, la igualdad ante la ley ya se encontraba consagrada en el artículo 24 del Reglamento Constitucional de 1812, antes de su instauración Constitucional propiamente tal, en el texto del año 1925.

Así, como ya vimos¹⁶⁷, el concepto de igualdad tomado por nuestra Constitución constituye un mandato dirigido hacia el legislador, pero también hacia la autoridad en general, quienes deben contribuir a que se pueda concretizar de la manera más efectiva dicho derecho. Sin embargo, la defensa contra la infracción será diferente según quién sea el agente causante del agravio, de tal manera que en el primer caso, se podrá aplicar un recurso de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad, y en el segundo caso, podría recurrirse de protección¹⁶⁸.

Por otro lado, también debemos establecer que la concepción de nuestra Constitución sobre este derecho no es absoluto, sino que tiene el carácter de “relativo”, esto es, consiste en que las personas deben ser tratadas igualmente siempre que se encuentren en situaciones de hechos similares, o sea, igualdad para los que se encuentran en las mismas condiciones¹⁶⁹. En el mismo sentido, dicho derecho se constituye como una “igualdad jurídica”, de tal manera que impide que se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias¹⁷⁰. De esta forma,

¹⁶⁶ SILVA, Alejandro, *“Tratado de Derecho Constitucional: De los Derechos y Deberes Constitucionales”*, t. XI, 2º Ed., Santiago, Ed.: Jurídica de Chile, 2006, p. 97.

¹⁶⁷ Supra p. 58.

¹⁶⁸ VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, *“Derecho”*, cit. nota nº 155, p. 216.

¹⁶⁹ QUINZIO, Jorge, *“Tratado”*, cit. nota nº 128, p. 161.

¹⁷⁰ VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, *“Derecho”*, cit. nota nº 155, p. 214.

y para precisar aún más el contenido de este derecho, en virtud las actas emanadas en el procedimiento de formación de la Constitución de 1980, se puede tener el siguiente esquema medular¹⁷¹ sobre el alcance de la disposición constitucional que lo consagra:

Primero, en la práctica, tanto el legislador como la autoridad se ven en la necesidad de establecer, en el ámbito jurídico, múltiples diferencias: Entre chilenos y extranjeros; entre mayores y menores de edad; hombre o mujer; entre civiles y militares; entre empleados públicos y particulares, etc. De esta manera, dichas distinciones en algunos casos son producto de la naturaleza y en otros es por causa de la conveniencia social, razón por la que no se vulnera el principio de la generalidad que caracteriza la ley.

En segundo lugar, lo que se castiga son las distinciones arbitrarias, y serán tales las que no se funden en la razón, en la justicia o no propendan al bien común. En otras palabras, las que solo representan un mero capricho y carecen de una motivación o fundamento racional.

En otras palabras, esta disposición tiene un doble carácter, toda vez que manda a no discriminar a las personas que se encuentren en las mismas o similares circunstancias o condiciones; mientras que se permite realizar distinciones razonables entre quienes no se encuentren en igualdad de condiciones. De esta forma, el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera, y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos.

Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido. Cabe preguntarse entonces sí y cómo puede encontrarse un punto medio entre estos extremos, una clave para ello la ofrece la fórmula clásica de “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”¹⁷².

De esta manera, la posición mayoritaria de la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en igual sentido a lo ya expuesto, así la Corte de Apelaciones de Coyhaique (en adelante

¹⁷¹ VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, “Derecho”, cit. nota n° 155, p. 215.

¹⁷² ALDUNATE, Eduardo, “Constitución”, cit. nota n° 149, p. 125 y 126.

CA.), conociendo de un recurso de protección¹⁷³ deducido por la Ilustre Municipalidad de Aysén en contra de la Contraloría Regional de Aysén, el día 4 de Octubre del año 2016, en rol: 140-16, establece en su considerando noveno que; la igualdad ante la ley “*se trata de una igualdad jurídica que impide que se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias*”. Establece también que; “*puede señalarse que la doctrina y la jurisprudencia, respecto a la garantía de igualdad ante la ley, ha señalado que ella consiste en que la normativa jurídica debe ser igual para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares y supone que todos los habitantes gocen de los mismos derechos protegiendo éstos; dice relación a bienes jurídicos y valores humanos de carácter político y social, sin establecer diferencias por atributos de orden particular y que la norma legal, al respetar ésta garantía, debe tener caracteres de generalidad sin que sea posible la discriminación arbitraria*”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia (en adelante Corte o CS.) precisa lo que debe entenderse por este derecho al conocer de un recurso de protección¹⁷⁴ interpuesto por la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, contra la Contraloría Regional de la Segunda Región (en adelante Contraloría), el día 20 de Septiembre del año 2017, en rol: 16660-17, en razón de haber incurrido dicha Contraloría en un acto que se estima ilegal y arbitrario, consistente en la dictación de un oficio mediante el cual se le comunicó la negativa a la recurrente de acceder a dos solicitudes que hiciera de entrega de copias íntegras de las investigaciones especiales, y de los antecedentes que fundaron dos preinformes evacuados por la recurrida, elaborados por irregularidades en la contratación de

¹⁷³ CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, “*Sentencia judicial que conoce del recurso de protección cuyo rol es: 140-16*” [en línea], disponible en: [http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ46702&links=\[14016,%20140,%2016\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ46702&links=[14016,%20140,%2016]) [visitado el 28.12.2017].

¹⁷⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “*Sentencia judicial que conoce del recurso de protección cuyo rol es: 16660-17*” [en línea], disponible en: [http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ51403&links=\[1666017,%2016660,%2017\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ51403&links=[1666017,%2016660,%2017]) [visitado el 28.12.2017].

asesorías comunicacionales y de servicios en la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta, a los que otorgó el carácter de reservado y en los que se le ordenaba aportar determinados antecedentes dentro de cierto plazo.

Alega la recurrente, que el argumento dado para no hacer lugar a la petición formulada, se sostiene, erradamente, en los artículos 5° y 21 N°1 letra b) de la Ley N°20.285, conclusión que considera ilegal y arbitraria, puesto que se le impide evacuar fundadamente el informe ordenado por la recurrida, creyendo vulnerada la garantía de igualdad ante la ley, establecida, en el artículo 19 N° 2 de la CPR. De esta forma, la Corte para poder arribar a su decisión tuvo que hacer un análisis de la supuesta disposición vulnerada, y para ello estimó en su considerando undécimo que es necesario hacer una distinción de ella, siguiendo a Paolo Comanducci, respecto de otros conceptos normativos, que la “identidad” y la “ semejanza”:

Para este autor, la “igualdad”, es *un concepto valorativo utilizado cuando se afirma que los términos en comparación coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes*, misma idea que replican Mendonca y Guibourg, para quienes *“no todas las propiedades son relevantes para la caracterización de un caso”*. La selección de las propiedades relevantes es, en buena medida, un problema valorativo”. (Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg, en “La Odisea Constitucional). Para estos efectos, prosigue Comanducci, *no interesa cuántas propiedades se consideren relevantes*, incluso puede ser una, sino sólo que la coincidencia se produzca en toda ella. *Tampoco interesan aquellas propiedades que se consideran irrelevantes*, de modo que carece de importancia si entre ellas existe coincidencia o divergencia.

Por otro lado, la semejanza es también una expresión valorativa y se emplea cuando los términos o elementos en comparación coinciden en al menos una propiedad relevante y divergen en al menos una propiedad relevante.

La identidad, en tanto, asume una perspectiva descriptiva, que permite afirmar que dos elementos en comparación coinciden en la totalidad de sus propiedades, características,

rasgos o cualidades, es decir, dos o más objetos tienen en común todas sus características, no sólo algunas no sólo las más relevantes (Ap. Paolo Comanducci, en “Igualdad Liberal” pp. 84 y ss.).

Así, en su considerando undécimotercero establece; que bajo esa premisa, la propiedad relevante a que se alude en el recurso para estimar vulnerada la garantía de igualdad en la aplicación de la ley, consiste en la alusión al secreto de una etapa preliminar indagatoria llevada adelante por la Contraloría Regional de Antofagasta, a fin de establecer presuntas responsabilidades de la edil de esa comuna, según denuncias hechas por un ex concejal.

Por su parte, en el considerando undécimocuarto concluye el razonamiento, al indicar que es posible advertir que el ejercicio comparativo que exige el análisis de la igualdad y concluir si concurren elementos y propiedades prevalentes, suficientes y necesarias, para realizar el correspondiente ejercicio de ponderación y de afectación al principio de igualdad, es que se ofrezca al menos un acto, un hecho o decisión, ejecutado o pronunciado por la misma autoridad, que revista cualidades susceptibles de cotejo y que los elementos sustanciales de las reglas aplicables, resulten asimismo equiparables. Decidiendo rechazar el recurso, por no haber la recurrente entregado los documentos necesarios para ejecutar el análisis de igualdad.

De esta manera, podemos concluir que en cuanto a las acciones judiciales entregadas por el legislador para poder reestablecer el derecho de igualdad ante la ley vulnerado (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y de protección), constituye un requisito de fondo el presentar los documentos suficientes para acreditar la situación de desigualdad existente entre dos hechos que tienen iguales elementos y propiedades relevantes.

3.3 ¿Existe una vulneración efectuada por el artículo 449 del Código Penal al derecho de Igualdad Ante la Ley?

Podemos establecer en un primer término, que en base a lo analizado a lo largo de todo este trabajo, una vulneración al principio general y derecho constitucional chileno de “la Igualdad Ante la Ley” constituye por sí misma una transgresión a todo nuestro sistema

jurídico de derechos y garantías, y asimismo, a los sistemas jurídicos internacionales, y también respecto de las exigencias que conforman al Estado moderno, consagrado internacionalmente como Social y Democrático de Derecho¹⁷⁵, esto es, una afectación al Estado de Derecho y a la Democracia misma.

Ahora bien, lo primero que debemos establecer para poder determinar si existe vulneración o no, es precisar alguna situación de hecho que revista de las mismas propiedades o elementos esenciales relevantes¹⁷⁶ que otra, y en este caso en particular que nos convoca, podemos establecer que ese hecho debe decir relación con “el momento de juzgamiento en cuanto a determinación legal e individualización judicial de la pena aplicable”. De esta forma, todo lo analizado en el segundo capítulo constituye la situación de hecho aplicable a todos aquellos condenados por delitos distintos de los que forman parte integrante en la aplicabilidad del artículo 449 del Código Penal. Así, tendrán tanto quienes no sean objeto de dicha normativa como a quienes les es aplicable dicha disposición, al momento de precisar la sanción que se les impondrá, una forma establecida en la ley para ello.

Una vez establecida dicha situación de hecho, podemos determinar que para cada persona que se encuentra en iguales condiciones, esto es, a la espera de la determinación respecto de la cuantía de su pena, les serán aplicables normas distintas, debiendo distinguirse para ello primero, qué delito o delitos ha cometido, y si en efecto, comete robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, hurto, receptación y abigeato, les serán aplicables las reglas especiales. Así, el artículo 449 del Código penal tiene una

¹⁷⁵ Respecto de la cual, algunos autores creen posible ser aplicable en nuestro país en base a nuestras normas constitucionales, algunos de ellos son: NASH, Claudio, “*Estado Social y Democrático de Derechos en Chile: Tan lejos, tan cerca*”, Revista de Derecho y Humanidades de la Universidad de Chile N° 18 [online]. 2011, p. 73-84. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126708/Estado-social-y-democratico-de-derechos-en-chile-tan-lejos-tan-cerca.pdf?sequence=1> [Visitado el 24.12.2017]. Y también: VIERA ALVAREZ, Christian, “*Estado Social Como Fórmula en la Constitución Chilena*”. RDUCN [online]. 2014, vol.21, n.2, p. 453-482. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532014000200014&lng=es&nrm=iso. [visitado el 24.12.2017].

¹⁷⁶ Supra p. 68.

forma especial de determinación legal e individualización judicial de la pena respecto de aquellos culpables por los delitos ya mencionados, los que atentan contra la propiedad.

La primera regla consiste en que, “dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena 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 a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia”.

Esta forma de precisión respecto de la sanción que se debe aplicar tiene un carácter excepcional, distinto de las reglas generales establecidas para los demás delitos que no son objeto de ella, las que como pudimos examinar en el segundo capítulo, no solo atienden a las circunstancias atenuantes y agravantes respectivas del caso concreto y a la mayor o menor extensión del mal causado, sino que también deben considerarse para determinar la cuantía de la pena:

En primer lugar, tenemos *la pena señalada por la ley al delito*, este elemento como podemos ver no se ve vulnerado con la disposición en comento, pues ella establece “dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito”.

En segundo lugar, encontramos *la etapa de desarrollo del delito*¹⁷⁷, respecto de lo que dicha disposición hace olvido, cercenando la facultad que tiene el juez para determinar en virtud de este criterio legal la sanción.

En tercer lugar encontramos que la misma situación ocurre con *la calidad de los partícipes del delito*¹⁷⁸, que consiste en que los intervinientes en un crimen o simple delito pueden revestir la calidad de “autores, cómplices o encubridores”.

Idéntica cuestión sucede con las *facultades económicas del culpable*¹⁷⁹, que si bien la doctrina ha desarrollado mayormente en cuanto a la pena de multa, ello no obsta a que

¹⁷⁷ Supra p. 42.

¹⁷⁸ Supra p. 43.

¹⁷⁹ Supra p. 45.

sea aplicable a otro tipo de penas, más aún si tratan respecto de delitos que atentan contra la propiedad.

Por otro lado, en este caso la pena concreta a imponer no puede bajar ni subir del marco legal establecido en un grado o grados para ella, constituyéndose como una situación desigual respecto de los demás condenados por delitos de distinto carácter, por cuanto en la práctica y según las reglas generales sobre determinación de las penas del Código Penal, nada obsta a, por lo menos, realizar una rebaja de la pena respecto de dicho límite legal.

Peor es la situación establecida en su numeral segundo, la cual se constituye como una regla aún más excepcionalísima, que les será aplicable solo a aquellos condenados reincidentes por los delitos contra la propiedad que integran dicha normativa, y que consiste en que “el tribunal deberá, para efectos de determinar la cuantía de la pena, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el *mínimum* si consta de un solo grado”. En otras palabras, ante la calidad de reincidentes de los condenados por estos delitos, el juez no podrá aplicar el *mínimum* de la pena si esta está compuesta de distintos grados, por ejemplo, si la pena abstracta es de presidio menor en su grado *mínimo* a *máximo*, no se le podrá aplicar el *mínimo*, sino solo los grados medios a *máximos*.

Por otro lado, tampoco se les podrá aplicar el *mínimum* si ella consta de un solo grado, como sabemos, para determinar en tales casos el *mínimum* de la pena, se divide por mitad el período de su duración, siendo la más baja de estas partes el *mínimum*, por lo tanto, solo se les podrá aplicar la mitad superior del período de duración que contempla la pena.

Podemos concluir que existe una notoria desigualdad respecto de estos sujetos, que si bien se encuentran en iguales situaciones, ya que éstas contienen las mismas propiedades relevantes, les son aplicadas normativas jurídicas diversas, con una dispar gravedad entre ellas. Más aun, encontrándose en el mismo contexto de hecho sujetos que han sido condenados por los mismos delitos, a unos les es aplicable un numeral, y a otros

por su sola calidad de reincidentes, les son aplicables ambos, agravándose manifiesta y desproporcionadamente la sanción.

En virtud de lo estudiado sobre el derecho de la igualdad ante la ley, podemos decir que éste se transgrede cuando existen distinciones arbitrarias, y lo serán aquellas que no se funden en la razón, en la justicia o no propendan al bien común¹⁸⁰. Así, nuestro legislador, como vimos en el primer capítulo, entregó una serie de argumentos para fundamentar dicha distinción respecto de las reglas para precisar la sanción. De tal manera que dichos motivos fueron:

El aumento de la actividad criminal y la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía respecto de aquellos delitos de mayor ocurrencia y connotación social, es decir, los que afectan en mayor medida a las personas, que según disponen, son los delitos contra la propiedad por apropiación, ubicados en los primeros cuatro párrafos del Título IX del Libro II del Código Penal. Para afirmar ello, el Ejecutivo se vio en la necesidad de recoger los avances de la investigación empírica y las propuestas de mejoramiento del sistema, recabados desde la instalación de la Reforma Procesal Penal por las diferentes “comisiones de expertos, instituciones y académicos que han evaluado su funcionamiento”. Sin embargo, no se hace referencia explícita a las investigaciones o documentos en que constan tales propuestas, asimismo, entrega diversas estadísticas¹⁸¹ que dan razón sobre la anterior afirmación, y que además existe “un pequeño grupo de personas reincidentes que son responsables de la mayoría de los delitos de mayor connotación social”¹⁸², constituyéndose como uno de los objetivos específicos, el agravar las penas respecto de ellos.

¹⁸⁰ Supra p. 65.

¹⁸¹ Supra, p. 11 y 12.

¹⁸² INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, “Informe sobre 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” [en línea], p. 2, Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/811/Informe-I.pdf?sequence=1> [Visitado el 26.12.2017]

Así, el Informe emanado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos indica que los “delitos de mayor connotación social” constituyen el conjunto de delitos que provocan, sea por los medios de comisión o por los bienes jurídicos que afectan, mayor impacto en la comunidad, por lo que su listado incluye: el robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, hurto, lesiones, homicidio, violación y también la violencia intrafamiliar. No obstante lo anterior, este proyecto se acota a los llamados “delitos de apropiación” que indica, a los que por las razones ya señaladas ameritarían un tratamiento más drástico que todo el resto de los delitos a que se refiere nuestro ordenamiento.

Además, el proyecto asume que de ser aprobado, se producirá un notorio incremento de la población penal. Es por ello que cabe destacar que la población penitenciaria del país ha aumentado desde 33.050 internos/as en el año 2000, a 50.923 el año 2009. El aumento más notorio se produce casi en coincidencia con la aprobación de la anterior “Agenda Corta antidelinuencia” (Ley 20.253, de 2008).

Por otro lado, y acuerdo a la información estadística proporcionada por Gendarmería, al 15 de abril de 2015, en nueve regiones del país existe una tasa de ocupación femenina, masculina o ambas superiores al 100%, presentándose índices especialmente preocupantes en las regiones de Atacama, Valparaíso y Maule, con tasas de sobrepoblación 185,2%, 156,6% y 157,2% respectivamente. En términos de sobrepoblación por unidad penal, 9 cárceles en nuestro país presentan índices de hacinamiento, esto es una tasa de ocupación mayor al 200%, en su gran mayoría se trata de cárceles pequeñas como Calama, Copiapó, Limache pero también afecta al principal centro penitenciario del país; CDP Santiago Sur. A su vez existen 49 recintos penitenciarios que presentan sobrepoblación, esto es una tasa superior al 100% e inferior al 200%. Hay que tener en cuenta que Chile es uno de los países con más alto nivel de

encarcelamiento a nivel global, y el tercero a nivel regional (después de Surinam y Guayana francesa), con una tasa de 305 personas presas por cada 100.000 habitantes¹⁸³.

Cabe mencionar también que se alude respecto de esta iniciativa legal, que gracias a ella se “refuerzan los derechos de todos los chilenos en un sistema plenamente democrático”¹⁸⁴. Sin embargo, y en virtud de lo analizado en relación al principio de igualdad, ¿cómo es posible que se promueva con este proyecto un sistema democrático, si precisamente con ello se vulnera uno de los principios generales que constituye la base del mismo?

De esta forma, podemos concluir que esta normativa nuevamente infringe el principio general y derecho fundamental de la Igualdad Ante la Ley, ya que si bien la distinción que realiza dicha disposición fue fundamentada en el proyecto, lo consideramos insuficiente en orden a las consideraciones explicitadas en los párrafos anteriores, ello porque para establecer medidas que contemplen desigualdades tan manifiestas en el ámbito penal, esto es, pudiendo provocar consecuencias tan perjudiciales para los individuos respecto de su libertad, pareciera que debieran existir razones más claras y con un mayor nivel de comprobación en los hechos, que las expresadas por el ejecutivo. De manera que no parece razonable la aplicación de esta distinción, y por lo tanto, podemos desde ya distinguir señales de arbitrariedad en ella.

Sin perjuicio de nuestro análisis anterior, el Tribunal Constitucional (en adelante TC.) por su parte, se pronuncia sobre la procedencia de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad¹⁸⁵, en contra del N° 1 del artículo 449 del Código Penal, interpuesto por Cynthia Arias Gatica, el día 13 de Marzo del año 2017, por cuanto la aplicación concreta de dicho precepto en el proceso penal RUC N° 1610030050-1, RIT N° 41-2017

¹⁸³ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, “Informe”, cit. nota n° 182, p. 17.

¹⁸⁴ Supra p. 12.

¹⁸⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, “Sentencia que se pronuncia sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del N°1 del art. 449 del Código Penal, de RUC N° 1610030050-1” [en línea], disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/expedientes?rol=3399> [Visitado el 26.12.2017]

del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, seguido en contra de la recurrente por el presunto delito de robo con intimidación infringe el principio de igual ante la ley (también ante la justicia). Así, el TC. En su considerando decimotercero establece:

Que como señala la dogmática jurídica penal, si se parte de que “el derecho penal debe garantizar una libre y segura convivencia en la sociedad, entonces, las teorías de la pena determinan las vías por las cuáles puede garantizarse este objetivo: Influyendo en los propios delincuentes (prevención especial), o en todos los miembros de la sociedad (prevención general), o mejor, a través de ambas al mismo tiempo. De esto resulta una teoría penal de la prevención, que pone en relación la magnitud en la cual puedan perseguirse ambas posibilidades de influjo, de una manera que, según los parámetros del Estado Social de Derecho, sea útil o al menos aceptable, por igual, para la sociedad, la eventual víctima y el autor”.

Así, en su considerando decimocuarto establece que; respecto de lo anterior, la regla dispuesta por el legislador para que el tribunal la aplique al sancionar la conducta delictiva, obedece a una reacción del Estado para determinar la pena justa, conforme a un piso y a un techo congruente con el mínimo y máximo rango privativo de libertad, asignada por la ley al delito, y que tiene aplicación en todos los casos y respecto de todos los sujetos que satisfagan, objetiva y subjetivamente, los tipos penales referidos a los delitos contra la propiedad.

En la misma línea argumental, en su considerando decimoquinto establece que; la regla contenida en la disposición legal impugnada deberá ser aplicada por igual a todas aquellas personas que se consideren, por el tribunal respectivo, responsable de algunos de aquellos delitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Libro II del Código Criminal, y por consiguiente, se debe entender que existe una igualdad de trato en la aplicación de la ley que contiene la regla de la determinación de la pena en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas. Denegando de esta manera, el requerimiento.

Como podemos analizar, el TC. hizo una constatación de la igualdad en un sentido restringido, por cuanto quienes se encuentren dentro de la hipótesis legal de dicha disposición son juzgados con los mismos parámetros normativos, pero ello, en nuestra opinión, no comprende el carácter expansivo de los derechos¹⁸⁶, que en este caso debería tener la Igualdad, de tal manera que debiera poder considerarse con iguales elementos relevantes, aquella situación de hecho, relativa al momento de juzgamiento, respecto de la generalidad de los demás delitos.

¹⁸⁶ En este sentido, el profesor Nogueira establece que; los límites de los derechos deben ser interpretados con criterio restrictivo y siempre en el sentido más favorable a la eficacia y concreción del derecho en su delimitación constitucional. NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “*Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*”. *Ius et Praxis* [online]. 2005, vol.11, n.2, pp.15-64. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso [Visitado el 27.12.2017]

Conclusiones

Para finalizar la presente investigación, la que se llevó a cabo a través del análisis de los tres capítulos, denominados cada uno; “Antecedentes de la figura penal”; “Normativa general de determinación de penas”; “Principio general de igualdad ante la ley y su posible vulneración por el artículo 449 del Código Penal”, debemos proceder a determinar si la hipótesis formulada inicialmente ha sido efectivamente comprobada o por el contrario, desvirtuada. La hipótesis fue la siguiente: *“El artículo 449 del Código Penal vulnera el derecho fundamental de la Igualdad Ante la ley”*.

Para ello, el primer capítulo “Antecedentes de la figura penal”, trató de salvar todos los pormenores relativos a dicha disposición, tanto como estuvo conformada desde el inicio, a como la encontramos configurada en la actualidad. Así, se explicó cada inciso y numerales, con sus eventuales problemas y consideraciones, especialmente relacionados con la situación de desigualdad que manifiestamente expresan.

Por otro lado, también se analizó el procedimiento legislativo que le dio origen, sus fundamentos, objetivos, y su desarrollo, a través del cual se produjeron distintas modificaciones a dicha norma, con miras a eliminar algunas de sus cuatro reglas, así como también a introducir más delitos a los que les fuera aplicable, y otras tratando de eliminarlos de la hipótesis normativa, desenvolviéndose en distintas diferencias entre los diputados y senadores encargados de perfeccionarla. De esta forma, podemos concluir respecto de este primer capítulo:

De esta forma, el segundo capítulo, denominado “Normativa general de determinación de penas”, nos entrega todas las disposiciones establecidas para la situación común relativa a la determinación e individualización judicial de las penas, ello porque constituye la regla general en esta materia. Es en base a dicho análisis que conocemos el tratamiento en base al cual, se podrá comparar la regla especial del artículo 449 del Código Penal, y por lo tanto, establecer si efectivamente existe o no desigualdad.

Finalmente, en el tercer capítulo “Principio general de igualdad ante la ley y su posible vulneración por el artículo 449 del Código Penal”, pudimos conocer todas las características y exigencias que supone un Estado de Derecho Democrático, el que se constituye como la forma de un Estado moderno, estando en la cúspide de su evolución, y al que, podría tender nuestro país.

También se examinó en este capítulo el principio general y derecho fundamental de la “libertad”, en sus dos dimensiones, esto es, la libertad ante la ley y la libertad ante la justicia, con consideraciones tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. Constituyéndose de esta manera, como uno de los supuestos fundamentales e inseparable del Estado de Derecho y de la Democracia.

Así, por último se desarrolló y contestó, en principio, la hipótesis que propuse en el inicio de este estudio, esto es, si se vulnera o no el derecho fundamental, consagrado internacionalmente y constitucionalmente en nuestra legislación, de la igualdad ante la ley, por parte del artículo 449 del Código Penal. Respondimos a dicha pregunta en afirmativo.

De esta manera, mis conclusiones respecto al análisis de las temáticas recién mencionadas, son las siguientes:

1. El artículo 449 del Código Penal actualmente vigente consta de dos numerales, los cuales constituyen reglas especiales de carácter menos beneficiosa, aplicables al momento de la determinación de las penas, respecto de los delitos contra la propiedad por apropiación, que son: El robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, hurto, receptación y respecto del abigeato, con las excepciones de los delitos de hurto de hallazgo y la apropiación de plumas, pelos, crines cerdas, lanas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos.

Así, en su primer numeral establece una regla relativa a los sujetos condenados por participar en alguno de los anteriores delitos, que se traduce en la imposibilidad de bajar o subir del límite de grado o grados establecidos por la ley a la pena, así como también,

establece una orden al juez respecto a la forma que tiene para determinar la cuantía de la pena, de tal forma que para dicha actividad deberá atender a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal atenuantes o agravantes, aplicables al caso concreto, y también a la mayor o menor extensión del mal causado.

En su segundo numeral establece una regla excepcionalísima, aplicable solo a aquellos que tengan la calidad de reincidentes, en los términos de los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal, de tal manera que el tribunal para determinar la cuantía de la pena, deberá excluir el grado mínimo si ella es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado, agravando considerablemente la pena.

Todo lo anterior tiene su razón de ser en uno de los objetivos establecidos por la iniciativa presidencial de la Ley N° 20.931, ya que es en ella donde se indica que las reglas anteriores se configuran como tales para efectos de impedir que aquellos sujetos, quienes se encuentren dentro de la hipótesis normativa del artículo 449, puedan acceder a los beneficios de la ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, provocando de esta forma consecuencias adversas relativas a la sobrepoblación carcelaria.

2. Podemos establecer que, respecto de la normativa general aplicable al momento de precisar la pena al caso concreto, constituirán las reglas y directrices a las que se deberá atender para dicha actividad:

La penalidad que señala el código o las leyes especiales; la extensión, en tiempo o cuantía de las sanciones establecidas por la ley; y sobretodo, que la fijación definitiva de la pena a imponer depende de la consideración de los siguientes factores: De la pena señalada por la ley para el delito; del grado de desarrollo del delito; de la participación de cada reo en el delito; de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal; del mayor o menor extensión del mal producido por el delito y finalmente, de la situación económica del condenado.

3. Por otro lado, las exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho suponen la consagración y efectiva garantía del principio general y derecho fundamental de la igualdad ante la ley en todo el sistema jurídico, y por lo tanto, el Estado de Derecho y la Democracia propiamente tal, exigen las mismas consideraciones. Por lo tanto, un Estado que no cumple con garantizar dicho derecho, no podrá nunca constituir un Estado de Derecho Democrático.

4. El principio de igualdad ante la ley se configura como un mandato constitucional, tanto para el legislador como para la autoridad en general, consagrado en el artículo 19 n° 2 de la carta fundamental, consistente en que deben tratar de la misma manera a los iguales y de diversa manera a los desiguales. De tal manera que se constituye como una “igualdad jurídica”, impidiendo de esta forma que se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

Así, nuestro legislador o la autoridad pueden imponer en ciertas circunstancias, algunas distinciones, que en algunos casos pueden producto de la naturaleza de dicha situación y en otros es por causa de la conveniencia social, razón por la que no se vulnera el principio de la igualdad ante la ley. Entonces, las distinciones mencionadas deben ser fundadas razonablemente en dichas causas, de tal manera que no quede duda alguna de que la decisión es ajena a todo tipo de arbitrariedad.

5. Nuestro ordenamiento jurídico nos entrega dos herramientas procesales para efectos de poder restituir el derecho conculcado de igualdad ante la ley, que son la “acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto jurídico al caso concreto”, y la “acción de protección. De esta forma, se exige como requisito de fondo la presentación de documentos que acrediten la desigualdad, es decir, en que dos situaciones fácticas que tengan iguales propiedades relevantes tengan un tratamiento diverso por parte, ya sea del legislador, o de la autoridad.

6. Solo una vez explicitadas las anteriores conclusiones, es cuando podemos determinar si efectivamente se trasgrede el derecho fundamental de la igualdad ante la ley por el

artículo 449 del Código Penal. Como ya lo anunciamos en la última parte del capítulo tercero, en un principio pudimos precisar que efectivamente, dicho derecho es vulnerado, cuestión que mantenemos firmes, en razón de las siguientes consideraciones:

Primero, establecimos como situación de hecho con iguales propiedades relevantes, el momento de juzgamiento de los acusados, es decir, el tiempo en que debe precisarse la pena que se les impondrá por el delito cometido, así, a aquellos que no se encuentran dentro de la hipótesis normativa del artículo 449, les serán aplicables las reglas generales establecidas en el Código Penal, reguladas en el Libro I, Título III, denominado “De las penas”, específicamente en su § IV: “De la aplicación de las penas”.

Por el contrario, aquellos que hayan cometido delitos contra la propiedad por apropiación, a los que hace alusión dicha disposición legal, se les aplicará ésta, de manera que la cuantía de la pena que se les impondrá, se verá agravada considerablemente al no poder precisarse una pena concreta por debajo del marco legal establecido para ella, y de igual forma, dicha determinación solo atenderá a las circunstancias atenuantes, agravantes y a la mayor o menor extensión del mal causado y no a las demás reglas generales establecidas por la ley para ejecutar dicha tarea. Entonces, como podemos desprender del análisis anterior, a dos personas en igual situación fáctica se les aplica normativa jurídica distinta.

Cuestión más grave aún es aquella que se da en el N° 2 del artículo 449, pues en ella se establece una regla excepcionalísima aplicable a aquellos que tengan la calidad de reincidentes, en los términos de los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal, quienes no podrán obtener el *mínimum* o el *mínimo* de la pena, sino que solo les serán aplicables los límites superiores de ella. En este caso, la vulneración es aún más notoria, pues aquellos que se encuentren dentro de la misma hipótesis legal en comento, pero no tengan la calidad de reincidentes, les podrán ser aplicables los *mínimos* y *mínimum* de la pena, en cambio aquellos que tengan dicho carácter, solo podrán obtener los límites superiores de la pena que les corresponda por la comisión del delito.

Segundo, si bien en la iniciativa presidencial de la Ley N° 20.931 se entregan fundamentos de las decisiones tomadas en ella, y para esto establecen algunas estadísticas relativas a la criminalidad efectuada durante el transcurso de los años 2013 a 2014, en nuestra opinión resulta insuficiente, en cuanto a precisión, claridad y razonabilidad, manifestar solo estadísticas para que efectivamente podamos aceptar la imposición de una distinción legal que está actualmente provocando diferencias tan notorias en cuanto a la gravedad de las penas que se le imponen solo respecto a algunos sujetos, restringiéndoles en forma desproporcionada, en ciertos casos, sus libertades.

De esta manera, se afecta también su derecho a la igualdad ante la ley, pues al no fundamentar razonablemente dicha distinción, que limita notablemente los derechos de aquellos condenados por los delitos que integra la disposición estudiada en el primer capítulo, se inclinaría mayormente a ser una decisión arbitraria más que a una razonable.

Bibliografía

1. Monografías

ACEVEDO, Carolina y TORRES, Angélica, “*Determinación de la pena en Chile: Principios de un Estado Democrático de Derecho y Fines de la pena*”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago: Universidad de Chile: Facultad de Derecho, 2009.

ALDUNATE, Eduardo, “*Constitución Política de la República de Chile: Doctrina y Jurisprudencia*”, t. I, Santiago, Ed.: Thomson Reuters, 2009.

ALDUNATE, Eduardo, “*Derechos Fundamentales*”, Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2008.

BOBBIO, Norberto, “*El futuro de la democracia*”, 2º Ed., Trad.: FERNÁNDEZ, José, México, Ed. Iepsa, 1996.

CEA, José, “*Derechos Constitucional Chileno: Derechos, Deberes y Garantías*”, t. II, Santiago, Ed. de la Universidad Católica de Chile, 2004.

CURY, Enrique, “*Derecho Penal: Parte general*”, t. II, 2º Ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1992.

DIEZ, Sergio, “*Personas y Valores: Su Protección Constitucional*”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1999.

ETCHEBERRY, Alfredo, “*Derecho Penal: Parte General*”, t. II, 3º Ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1998.

GARRIDO, Mario, “*Derecho Penal: Parte General*”, t. I, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001.

JAKOBS, Günther, “*Derecho Penal: Parte General*”, Trad. por J. Cuello y J. SERRANO, 2º ed., Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997.

LABATUT, Gustavo, “*Derecho Penal*”, t. I, 9º Ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006.

MOLINA, Hernán, “*Derecho Constitucional*”, 4º Ed., Concepción, Ed.: de la Universidad de Concepción, 1998.

NOGUEIRA, Humberto, *“Instituciones Políticas y Teoría Constitucional”*, t. I, Talca, Ed. de la Universidad de Talca, 2001.

POLITOFF, S. et. al, *“Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General”*, 2º Ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2014.

QUINZIO, Jorge y BERNALES, Gerardo, *“Derecho Político”*, Santiago, Ed. LexisNexis, 2005.

QUINZIO, Jorge, *“Tratado de Derecho Constitucional”*, t. I, 2º Ed., Santiago, Ed. LexisNexis, 2006.

ROXIN, Claus, *“Derecho Penal: Parte General”*, Trad. por D. LUZÓN et. al, t. I, 2º ed., Madrid, Ed. Civitas, 1997.

SILVA, Alejandro, *“Tratado de Derecho Constitucional: De los Derechos y Deberes Constitucionales”*, t. XI, 2º Ed., Santiago, Ed.: Jurídica de Chile, 2006.

VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, *“Derecho Constitucional”*, t. I, 2º Ed., Santiago, Ed.: Jurídica de Chile, 2005.

VERDUGO, Mario y GARCÍA, Ana, *“Manual de Derecho Político: Las Fuerzas Políticas y los Regímenes Políticos”*, T. II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 134.

2. Leyes, decretos, resoluciones

Ley N° 20.931, 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”*, Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 5 de Julio, 2016. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1092269>.

3. Documentos electrónicos

CÁMARA DE DIPUTADOS, *“Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana”* [en línea], Valparaíso, p. 32. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_96471a26e756aa8c5c8a4488469ad9d1.pdf. [Visitado el 10.10.2017].

CÁMARA DE DIPUTADOS, *“Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento”* [en línea], Valparaíso, p, 33 y ss. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_4c6014fff64c91cc68c465aed9e44afb.pdf [visitado el 23.10.2017].

CÁMARA DE DIPUTADOS, “*Discusión en sala de la Cámara de Diputados*” [en línea], Valparaíso, p. 49. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_353458fec05d5577cc9f1f81e4c46a7.pdf [visitado el 24.10.2017].

CÁMARA DEL SENADO, “*Segundo Trámite Constitucional: Segundo Informe de Comisión Constitución*” [en línea], Valparaíso p. 13 y ss. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_9f765dd865419bb8c063b265c5063646.pdf [visitado el 02.11.2017].

CÁMARA DEL SENADO, “*Segundo Trámite Constitucional: Discusión en Sala*” [en línea], Valparaíso, p. 4 y ss. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_364bb9fc4d9e8db1636e2c3f70f9819c.pdf [visitado el 05.11.2017].

CÁMARA DE DIPUTADOS, “*Tercer Trámite Constitucional: Discusión en Sala*” [en línea], Valparaíso, p. 112 y ss. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_ae68cf2dfbb0d5581cd54df3d7ce72d.pdf [visitado el 05.11.2017].

CERDA, Rodrigo, “*Algunos comentarios relativos a la aplicación de la Ley N° 20.931*”, Revista de la Defensoría Penal Pública N° 15 (dic.-2016), p. 54-61. Disponible en: http://www.dpp.cl/resources/descargas/revista93/2017-05-30/Guardar_silencio.pdf [visitado el 09.10.2017].

CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, “*Sentencia judicial que conoce del recurso de protección cuyo rol es: 140-16*” [en línea], disponible en: [http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ46702&links=\[14016,%20140,%2016\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ46702&links=[14016,%20140,%2016]) [visitado el 28.12.2017].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “*Oficio a cámara de origen que remite Informe sobre 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*” [en línea], Santiago, p. 8. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_e47ba7d45468d4ea63633103d9452aed.pdf [visitado el 10.10.2017].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “*Oficio a Cámara de Origen*” [en línea], Santiago Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_b98774bd51225b20395e626133c58b3d.pdf [visitado el 24.10.2017].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “*Sentencia judicial que conoce del recurso de protección cuyo rol es: 16660-17*” [en línea], disponible en: [http://el.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ51403&links=\[1666017,%2016660,%202017\]](http://el.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ51403&links=[1666017,%2016660,%202017]) [visitado el 28.12.2017].

DEFENSORÍA NACIONAL. “*Minuta de Observaciones al 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*” [en línea], Santiago, p. 7 y ss. Disponible en: https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiYuqWyuZHXAhWKj5AKHbTNAn4QFgglMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.senado.cl%2Fappsenado%2Findex.php%3Fmo%3Dtramitacion%26ac%3DgetDocto%26iddocto%3D1753%26tipodoc%3Ddocto_comision&usg=AOvVaw3UgMeIW_j7MGi9FgKzyZM [visitado el 10.10.2017].

DEFENSORÍA NACIONAL, “*Minuta que establece observaciones al proyecto de ley que facilita la aplicación de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos*”, [en línea], Santiago, disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=34963&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> [visitado el 17.10.2017].

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, “*Minuta modificaciones al código penal; código procesal penal y leyes penales especiales*” [en línea], región del Biobío. P. 19 y ss. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/10813.pdf> [visitado el 09.10.2017].

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, “*Presentación sobre la Ley 20.931 de agenda corta, 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 de dichos delitos*” [en línea], p. 4 y ss. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/10814.pdf> [visitado el 15.10.2017].

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, “*Informe sobre 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*” [en línea], p. 2, Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/811/Informe-I.pdf?sequence=1> [Visitado el 26.12.2017]

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, “*Mensaje con el que se inicia un 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*” [en línea], Santiago, p. 3 y 4. Disponible en:

http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_96471a26e756aa8c5c8a4488469ad9d1.pdf. [Visitado el 12.10.2017].

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, “*Oficio Indicaciones del Ejecutivo*” [en línea], Santiago, p. 3 y 4. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_4ee2e09cb298ddf5317042b96fc06691.pdf [visitado el 17.10.2017].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea], [Visitado el 15.12.2017]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=C9NX1Wr>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, “*Oficio a Cámara de Origen*” [en línea], Valparaíso, p. 18 y ss. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_caa966e9053cdb1501c5c674cece02f2.pdf [visitado el 12.11.2017].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, “*Sentencia que se pronuncia sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del N°1 del art. 449 del Código Penal, de RUC N° 1610030050-1*” [en línea], disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/expedientes?rol=3399> [Visitado el 26.12.2017].

4. Artículos en publicaciones seriadas electrónicas

DIAZ, Iván, “*Igualdad en la Aplicación de la Ley: Concepto, Iusfundamentalidad y Consecuencias*”. Ius et Praxis [online]. 2012, vol.18, n.2, p. 37 y ss. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200003&lng=es&nrm=iso. [Visitado el 20.12.2017].

Cfr. DURAN MIGLIARDI, Mario, “*Constitución y legitimación de la pena: Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal*”. Polít. crim. [online]. 2011, vol.6, n.11, pp.143 y 144. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992011000100005&lng=es&nrm=iso [citado 2018-01-03].

MAÑALICH, Juan, “*Informe en Derecho: ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?*”, [online], 2009, p. 2 y ss. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/3767-2.pdf>. [Visitado el 22.11.2017]

NASH, Claudio, “*Estado Social y Democrático de Derechos en Chile: Tan lejos, tan cerca*”, Revista de Derecho y Humanidades de la Universidad de Chile N° 18 [online]. 2011, p. 73-84. Disponible en:

<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126708/Estado-social-y-democratico-de-derechos-en-chile-tan-lejos-tan-cerca.pdf?sequence=1>. [Visitado el 24.12.2017].

NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “*Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*”. Ius et Praxis [online]. 2005, vol.11, n.2, pp.15-64. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso. [Visitado el 27.12.2017]

OLIVER, Guillermo: “*Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno*”. Polít. crim. [online]. 2016, vol.11, n.22, p. 767 y ss. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200013&lng=es&nrm=iso. [Visitado el 15.12.2017]

VIERA ALVAREZ, Christian, “*Estado Social Como Fórmula en la Constitución Chilena*”. RDUCN [online]. 2014, vol.21, n.2, p. 453-482. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532014000200014&lng=es&nrm=iso. [Visitado el 24.12.2017].