

Principales modificaciones al Libro I del Código Penal en los últimos 10 años (período 1999-2009)¹

Sergio Huidobro Martínez

Profesor Titular de Derecho Penal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En las próximas páginas haremos mención a las principales modificaciones introducidas durante los últimos diez años al Libro I del Código Penal, recordando algunos de los argumentos y explicaciones dados durante la tramitación de los proyectos de ley respectivos y haciendo algunos comentarios respecto de las modificaciones que en definitiva se plasmaron en el Código.

Las leyes que en este período han modificado a nuestro Libro I del Código Penal han sido las siguientes: **Ley N° 19.734** (del 05 de junio de 2001), **Ley N° 19.806** (del 31 de mayo de 2002), **Ley N° 19.927** (del 14 de enero de 2004), **Ley N° 19.975** (del 05 de octubre de 2004), **Ley N° 20.066** (del 07 de octubre de 2005), **Ley N° 20.084** (del 07 de diciembre de 2005) y **Ley N° 20.253** (del 14 de marzo de 2008).

Para no dejar nada en el olvido, haremos el análisis ley por ley.

1. Ley N° 19.734, publicada en el Diario Oficial del 05 de junio de 2001 y que derogó la pena de muerte

Esta ley –cuyo origen estuvo en una moción del Senador Juan Hamilton (Boletín N° 2367-07) mediante la cual se pretendió derogar la pena de muerte de todo

¹ Artículo preparado para la Revista *Actualidad Jurídica* del mes de julio de 2009, por el profesor de Derecho Penal de la Facultad de la UDD en Santiago, Sr. Sergio A. Huidobro M., en colaboración con el ayudante de la cátedra, Sr. Pablo F. Huidobro M.

nuestro ordenamiento jurídico—² **modificó**, en el Libro I del Código Penal, los artículos 21, 27, 59, 66, 68, 75, 77, 91, 94 y 97; **derogó** los artículos 82 a 85, y **creó** el artículo 32 bis.

A) En términos generales, las **modificaciones** consistieron en eliminar de los preceptos las referencias a la pena de muerte, sustituyéndola por la de **presidio perpetuo calificado**.

Lo anterior ocurrió, por ejemplo, en el **artículo 21**, referido a la Escala General de las Penas, en este caso, las de los crímenes. También en el **artículo 59**, referido a las Escalas Graduales para la determinación de las penas y en el **inciso 2° del artículo 77**. Por último, en el **artículo 91 inciso 2°**, referido a los que después de haber sido condenados por sentencia ejecutoriada cometen otro crimen o simple delito, la **modificación** consistió en que cuando el nuevo crimen debe penarse con presidio o reclusión perpetuos y ya se halla cumpliendo una de esas penas, **en vez de poder imponérsele la pena de muerte o bien agravársele la pena perpetua con las de encierro en celda solitaria hasta por un año e incomunicación hasta por seis años con personas extrañas al establecimiento penal, sólo se le puede aplicar la de presidio perpetuo calificado**.

B) A su vez, hubo otros artículos en los que la **modificación** consistió simplemente en **eliminar la referencia a la pena de muerte**, como ocurrió con el **artículo 27**, que **eliminó** la referencia a esta pena —en la medida que no se ejecutara al condenado— como una de aquellas que conllevan otras penas accesorias. Por su parte, en los **artículos 66 y 68** se eliminó la posibilidad de imponer la pena de muerte cuando, no concurriendo ninguna circunstancia atenuante, pero sí una o dos agravantes, respectivamente, se llegara al grado máximo de la pena constituido por la de muerte. En el **artículo 75**, que trata del llamado concurso ideal de delitos,³ se eliminó de su inciso 2° la frase que permitía aumentar la pena a la de muerte. Por último, en los **artículos 94 y 97**, que tratan de la prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente, se eliminó la referencia a la pena de muerte para efectos de la fijación del tiempo de dichas prescripciones.

C) En lo que se refiere a artículos derogados por esta Ley 19.734, consistente con la idea de eliminar del Código a la pena de muerte, se derogaron los **artículos 82 a 85**, que establecían la forma y procedimientos para ejecutar dicha pena.

² POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

³ En estricto rigor, la doctrina está de acuerdo que sólo la primera parte del inciso primero de este artículo trata del concurso ideal, mientras que la segunda parte trata del concurso real.

D) Finalmente, como sustitución de la pena de muerte, se creó el **presidio perpetuo** calificado en el **nuevo artículo 32 bis**, que estableció que el mismo importa la privación de libertad del condenado de por vida, bajo un régimen especial de cumplimiento que se señala en el mismo artículo y consistente, en lo esencial, en que: **a)** sólo se puede acceder a la libertad condicional transcurridos 40 años de privación de libertad efectiva, dándose además cumplimiento a las otras normas que ahí se indican; **b)** No se tiene derecho a beneficios que importen libertad transitoria, salvo los casos ahí indicados; **c)** no lo favorecen leyes de amnistías ni indultos generales, salvo que le sean expresamente aplicables, dándose además una norma especial respecto del indulto particular.

Como comentario general a esta ley, podríamos señalar que no obstante haber significado una adecuación de nuestra legislación al proceso universal de humanización de las penas y al Pacto de San José de Costa Rica,⁴ parece lamentable que no haya logrado la derogación de la misma de todo nuestro ordenamiento jurídico y la haya dejado vigente en el Código de Justicia Militar y en algunas leyes especiales para los delitos que pudiesen cometerse en tiempo de guerra, sin distinguirse siquiera entre guerra externa o interna.⁵

2. Ley N°19.806, publicada en el Diario Oficial del 31 de mayo de 2002, sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal

Esta ley modificó una gran cantidad de cuerpos legales –el Código Penal entre otros– para efectos de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal a lo largo de nuestro territorio nacional.

En lo que se refiere al Libro I de nuestro Código Penal, la Ley N° 19.806 **derogó y modificó** algunos preceptos, según se indica a continuación.

A) Dentro de las causales **eximentes de responsabilidad penal** tratadas en el **artículo 10**, **derogó el inciso 2° de la circunstancia 3ª** que establecía: “El Tribunal de Menores respectivo hará declaración previa sobre este punto para que pueda procesársele”.

⁴ La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en 1969, estableció en su artículo 4 y como expresión del derecho a la vida, disposiciones tendientes a la abolición de la pena de muerte.

⁵ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

El **inciso 1º**, que se mantuvo igual, disponía que estaba exento de responsabilidad criminal: "Nº 3. El mayor de 16 años y menor de 18, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento".

Según da cuenta el Primer Informe de la Comisión de Constitución en el Segundo Trámite Constitucional ante el Senado, la razón de la derogación del inciso 2º antes mencionado estuvo en que se estimó inoficioso considerar en esta disposición sustantiva del artículo 10 del Código Penal una materia de índole procesal orgánico, desde el momento en que la Ley de Menores, en virtud de las modificaciones que sufriría a raíz de esta misma ley adecuatoria, señalaría con claridad el tribunal competente para pronunciarse sobre ese discernimiento.

En efecto, dependiendo de la gravedad de los hechos cometidos por el menor, el pronunciamiento respecto de su discernimiento lo haría el Juez de Letras de Menores (si el hecho era grave) o el de Garantía (si el hecho era de una gravedad menor).⁶

Como veremos más adelante, el trámite del discernimiento fue finalmente eliminado por la Ley N° 20.084, del 07 de diciembre de 2005.

B) En lo que se refiere a las **atenuantes** tratadas en el **artículo 11**, reemplazó la del **Nº 9**, que establecía: "Si del proceso no resulta contra el procesado otro antecedente que su espontánea confesión", por la siguiente: "**Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos**".

Sobre este punto, el Primer Informe de la Comisión de Constitución en el Segundo Trámite Constitucional ante el Senado declaró que, dado que en el nuevo régimen procesal no sólo se excluye a la confesión como medio de prueba, sino que no admite que se llegue a acusar a alguien con el único mérito de este antecedente, resulta inadecuado mantener esta atenuante en la forma actual, incluso aunque haya querido sustituirse el término "procesado" por "imputado".

Señala también este Informe que, consultado el profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile Sr. Antonio Bascuñán Rodríguez, además de ser coincidente con la opinión antes señalada, propuso como modelo el Código Penal austríaco de 1974, que en la parte

⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.806. Primer Informe Comisión Constitución. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Página 207 de 1224. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19806/HL19806.pdf>

pertinente contiene una atenuante que señala: *“Cuando el autor mediante su declaración ha contribuido esencialmente al descubrimiento de la verdad”*.

Por su parte, el Ministerio Público sugirió dejar en claro que la atenuante se extendería al aporte de antecedentes a la investigación que haga el imputado y que hubieren contribuido determinadamente al esclarecimiento de los hechos.

Sobre esas bases, la Comisión propuso entonces la **sustitución de la atenuante del N° 9**, por la que actualmente contiene nuestro Código y que en definitiva deja entregada a los jueces del fondo la decisión respecto a si la colaboración fue lo suficientemente *“sustancial”* como para configurar la atenuante.

C) En el **artículo 18**, que establece el principio de legalidad y de la irretroactividad de la ley penal, **modificó el inciso 3°** referido a los efectos de una ley penal más favorable para el imputado. Lo que se hizo en este caso fue **sustituir** la obligación del tribunal de primera instancia que hubiera pronunciado una sentencia que debiera ser modificada por haberse dictado posteriormente una ley que eximiera o asignara al condenado una pena menos rigurosa (ley más favorable), debiendo hacerlo de oficio o a petición de parte y **con consulta** a la Corte de Apelaciones respectiva, por la misma obligación, **pero** ahora imperante **tanto** para el tribunal que hubiera dictado esa sentencia en primera como en **única instancia, y eliminándose el trámite de la consulta**.

Esta modificación proviene de la consulta efectuada al profesor Sr. Raúl Tavolari, por la Comisión de Constitución en el Segundo Trámite Constitucional ante el Senado, según da cuenta el Primer Informe de esta Comisión. El profesor Tavolari advirtió que si la sentencia era dictada por un Tribunal Oral en lo Penal, la misma sería de única instancia, mientras que si era dictada por un Tribunal de Garantía en un Procedimiento Abreviado, cabría la apelación, con lo que habría ahí dos instancias, en cuyo caso la modificación del fallo le correspondería al de primera instancia.⁷ De este modo, debían cubrirse las dos alternativas, que fue lo que en definitiva se hizo con la modificación.

D) En el **artículo 20**, referido a las medidas o sanciones que no se reputan *“penas”*, **sustituyó** la expresión *“la restricción de libertad de los procesados”*, por la expresión *“...la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales”*.

⁷ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.806. Primer Informe Comisión Constitución. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Página 209 de 1224. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19806/HL19806.pdf>

E) En el **artículo 26**, referido a la duración de las penas temporales, sustituyó la expresión **“procesado”** por **“imputado”**, quedando entonces este artículo con el siguiente tenor: *“La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado”*.

F) En el **artículo 40 inciso 2º**, referido a las consecuencias que la pena de suspensión de cargo y oficio público y profesión titular, decretada durante el juicio, trae para el enjuiciado criminalmente, también se **sustituyó** la expresión **“procesado”**, por **“imputado”**.

La Comisión de Constitución prefirió utilizar la expresión **“imputado”** en vez de **“responsable”**, que se había propuesto en el Primer Trámite Constitucional, ya que la norma apunta a la calidad procesal y no a la participación que le haya cabido a una persona en los hechos, la que se determinaría en la sentencia definitiva.⁸

G) En los **artículos 52 inciso 2º y 76** se **sustituyeron** las expresiones **“procesado”** por **“condenado”** y **“acusado”**, respectivamente.

H) En el **artículo 91 inciso 1º**, referido a los que después de condenados delinquen de nuevo, se **sustituyó** la expresión **“ejecutoria”** por **“ejecutoriada”**, quedando la disposición con el siguiente tenor: *“Los que después de haber sido condenados por sentencia ejecutoriada cometieren algún crimen o simple delito...”*.

I) En el **artículo 93**, referido a las causales de extinción de responsabilidad penal, **sustituyó** en el **numeral 1º** las expresiones **“procesado”** por **“responsable”** y la frase **“... recaído sentencia ejecutoria”**, por **“... dictado sentencia ejecutoriada”**.

Así, la exigente quedó del siguiente tenor: *“La responsabilidad penal se extingue: N° 1 Por la muerte del responsable, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada”*.

El reemplazo en los **artículos 91 y 93** de las expresiones **“sentencias ejecutorias”** por **“sentencias ejecutoriadas”** tuvo su razón de ser en que nuestros ordenamientos procesales utilizan este último vocablo.

⁸ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.806. Primer Informe Comisión Constitución. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Página 210 de 1224. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19806/HL19806.pdf>

J) En el artículo **100 inciso 1°**, referido al cómputo de la prescripción de la acción penal y de la pena respecto de sujetos que se ausentaren del territorio de la República, **sustituyó** la expresión **“inculpado”** por **“responsable”**, quedando el inciso 1° con el siguiente tenor: *“Cuando el **responsable** se ausentare del territorio de la República sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años”*.

K) En el artículo **102**, referido a la obligación del tribunal de declarar de oficio la prescripción, **sustituyó** la expresión **“procesado”** por **“imputado o acusado”**, quedando entonces el precepto con el siguiente texto: *“La prescripción será declarada de oficio por el tribunal aun cuando el **imputado o acusado** no la alegue, con tal que se halle presente en el juicio”*.

L) En el artículo **103 inciso 1°**, relativo a las consecuencias de la presentación voluntaria o forzada del responsable respecto de una prescripción de la acción penal o la pena en que ha transcurrido más de la mitad de su tiempo, **sustituyó**, la expresión **“inculpado”** por **“responsable”**, quedando entonces el inciso 1° del precepto con el siguiente texto: *“Si el **responsable** se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos...”*.

Como se ve, gran parte de estas modificaciones (las mencionadas en las letras D, E, F, G, I, J, K y L anteriores) tuvieron como objeto –según se señaló en el Primer Informe de la Comisión de Constitución– *“...reemplazar a lo largo de todo el articulado del Código Penal una serie de expresiones propias del actual procedimiento que será derogado, por lo que quedarán caducas en la nueva regulación. Es lo que acontece, principalmente, con los conceptos de “inculpado”, “reo”, “procesado”, que deberán ser reemplazados por los de “imputado o acusado” u otros (“responsable”, por ejemplo), según corresponda”*.⁹

De ese modo, lo que se hizo al modificar los artículos 20, 26, 40 inc. 2°, 52 inc. 2°, 76, 91 inc. 1°, 93 N° 1, 100 inc. 1°, 102 y 103 inc. 1°, no fue sino adecuar la terminología del Libro I del Código Penal a la nomenclatura del nuevo Código Procesal Penal.

⁹ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.806. Primer Informe Comisión Constitución. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Página 63 de 1224. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19806/HL19806.pdf>

3. Ley N° 19.927, publicada en el Diario Oficial del 14 de enero de 2004, que modificó el Código Penal en materia de delitos de pornografía infantil

Esta Ley N° 19.927, que tuvo por objeto principal castigar de manera más eficaz los delitos de pornografía infantil, también incorporó cambios al régimen general de los delitos sexuales (cambió incluso el nombre del epígrafe del Título VII del Libro II, que pasó a denominarse “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”) y, para lo que nos interesa en este trabajo, creó una **nueva pena** en el Libro I, a la que nos referiremos a continuación.

A) En el artículo 21, que contiene la Escala General de las penas, **agregó** como nueva **pena** para los **crímenes** y para los **simples delitos** la de “Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en **ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad**”.

B) Además, **creó el nuevo artículo 39 bis** para indicar cuáles son los **efectos de la pena** antes mencionada y que consisten en: **1) La privación** de todos los cargos, empleos, oficios y profesiones que tenga el condenado; y **2) La incapacidad para obtener** los cargos, empleos, oficios y profesiones mencionadas antes de transcurrido el tiempo de la condena de inhabilitación, indicando desde cuándo se cuenta ese tiempo.

Señala por último este artículo 39 bis, que la pena de inhabilitación de que trata tiene una **extensión** de 3 años y 1 día a 10 años y es **divisible** en la misma forma que las penas de inhabilitación absoluta y especial temporales.

C) Por último, en el artículo 90, que establece las penas que se aplican a los que quebrantan sus condenas, incorporó en el N° 5 a los que quebrantan la condena de inhabilitación para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

Esta ley se dictó, entre otras razones, frente a la constatación de la cada vez más proliferante utilización de menores de edad en la producción de material pornográfico, que, aprovechando los avances tecnológicos, especialmente el tráfico a través de Internet, proveía de una cada vez mayor cantidad de sujetos demandantes de esa producción. Además, por haberse descubierto redes de personas que consumían, almacenaban y comercializaban esa producción, varias de las cuales desarrollaban trabajos que les permitían mantener un contacto cercano y permanente con menores de edad (por ejemplo, chóferes de furgones escolares) o realizaban labores en recintos o establecimientos que

recibían a esos menores (por ejemplo, profesores de establecimientos educacionales, deportivos, etc.)

Pensamos que no obstante pueda haber quienes aún pidan una respuesta penal más amplia y enérgica frente a este tipo de delitos, esta ley fue una correcta reacción frente a un fenómeno desenmascarado –valga la pena decirlo– con ayuda de los programas periodísticos televisivos.

4. Ley N° 19.975, publicada en el Diario Oficial del 05 de octubre de 2004, que modificó el Código Penal en materia de uso y porte de armas

Coincidente con lo señalado en el Mensaje del Ejecutivo con que se dio inicio al proyecto de esta ley, no sólo se modificó una de las agravantes que hacía mención al uso de armas (**artículo 12 N° 6**), sino que también se estableció un nuevo delito de porte de arma blanca en ciertos lugares de acceso público (**artículo 288 bis**). Además, se creó una nueva agravante relativa al uso de armas (**artículo 12 N° 20**). No se modificó, en cambio, la circunstancia 11ª del artículo 12, que hacía referencia a la “*gente armada*”.

Esta Ley se motivó en que de acuerdo a las cifras manejadas por la División de Seguridad Ciudadana del Ministerio del Interior, el año 2001 en el 5,5% de los delitos de connotación social denunciados en la Región Metropolitana se utilizó un arma de fuego. Esto llevaba a la idea de que los delitos en que se utilizasen estas armas debían tener penas más altas que las vigentes hasta ese momento.¹⁰

Las modificaciones, entonces, fueron las siguientes:

A) Se eliminó la referencia al **uso de armas** que contemplaba la **circunstancia 6ª del artículo 12**, referido a las circunstancias **agravantes** de la responsabilidad penal.

En efecto, **antes de esta supresión** la agravante estaba establecida de este modo: “Son circunstancias agravantes: **N° 6** Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo, de sus fuerzas o **de las armas**, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa”.

¹⁰ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.975. Mensaje del Ejecutivo. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Página 5 de 161. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19975/HL19975.pdf>

La **razón** que se da en el Mensaje del Ejecutivo para eliminar la expresión “de las armas” en este precepto, es que esta circunstancia solía no ser considerada o se entendía incorporada en la descripción de la figura típica.¹¹ En este segundo caso y según lo dispuesto por el artículo 63 del Código Penal, no procedía entonces aumentar la pena, puesto que se habría vulnerado el principio del *non bis in idem*.

Además, indica el Mensaje, para que con la incorporación de la circunstancia 20ª no hubiera dudas respecto de cuándo aplicar una u otra.

Por otra parte, cabe recordar que muchas veces no se aplicaba esta agravante, puesto que la jurisprudencia, basada en las discusiones doctrinarias, entendía que el uso de las armas equivalía a una forma de asegurar el resultado del delito, lo que equivalía a la “alevosía”, agravante ya contemplada en el N° 1 del artículo 12. O bien, entendía que permitía provocar un mayor sufrimiento en la víctima, lo que se equiparaba al “ensañamiento”, ya contemplado en el N° 4 del artículo 12.

B) Se creó la nueva circunstancia agravante del N° 20 del artículo 12 consistente en: “Ejecutarlo (el hecho) portando armas de fuego o de aquellas referidas en el artículo 132”.

De acuerdo al Mensaje antes comentado, se tuvo en consideración la especial peligrosidad que reviste para la víctima de cualquier delito el que el hechor sea portador de ese tipo de armas, dadas las mayores posibilidades que dicho porte dan al delincuente para la comisión del ilícito, así como el mayor riesgo para la integridad física de la víctima.¹²

En general, estamos de acuerdo con las modificaciones introducidas por esta ley, especialmente en lo que se refiere a la necesidad de eliminar la alusión al uso de las armas del artículo 12 N° 6, por constatarse que en la práctica no tenía mayor aplicación.

¹¹ Ídem nota anterior.

¹² Ídem nota anterior.

5. Ley N° 20.066, publicada en el Diario Oficial del 07 de octubre de 2005, que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar

La letra a) del artículo 21 de la Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, incorporó en la **circunstancia atenuante N° 4 del artículo 11 del Código Penal al “conviviente”** como una de aquellas personas que, habiendo sido víctimas de una ofensa grave, permiten la rebaja de la pena respecto del autor que comete el delito en vindicación próxima de dicha ofensa.

Así, la **circunstancia 4ª** quedó del siguiente tenor: “La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge o su **conviviente**, a sus parientes legítimos por consanguinidad...”.

Pensamos que la incorporación del conviviente en esta circunstancia atenuante tuvo la misma motivación que la que lo incluyó –a través de esta misma Ley N° 20.066– como una de las víctimas del **parricidio** en el artículo 390 de nuestro Código Penal.

En efecto, en ambos casos estimamos que el legislador no hizo más que sincerar la situación de facto en que consiste la convivencia como realidad social-familiar y que estadísticamente representaba una cifra lo suficientemente alta como para que ya no fuera posible omitir hacer referencia legal a ella.

Por otra parte y como bien se observa cuando se hace referencia a la incorporación del conviviente en el parricidio (se señala que respecto de su muerte y del mismo modo que ocurre con la muerte de alguien con quien se está unido por vínculo de sangre o conyugal, hay un mayor injusto y un mayor reproche, ya que social y políticamente resulta más grave matar a alguno de ellos que a un extraño), pensamos que esa misma connotación social y política permite entonces incorporar al conviviente en esta atenuante.

Sin embargo y dado que la ley no otorga una definición de conviviente, creemos que lo más difícil será –tanto para esta atenuante como para el parricidio– determinar a partir de qué momento y en qué circunstancias alguien deberá ser considerado conviviente. Al efecto, algunas sentencias recaídas en procesos por parricidios (pero que para estos efectos nos sirven) ya han esbozado que para poder hablar de conviviente habrá que cumplir con una serie de características, tales como la estabilidad del vínculo, un proyecto de vida en común y la unión afectiva entre el autor y la víctima (entre el autor y la persona en cuya vindicación se actúa en el caso de la atenuante que nos ocupa). Así, respecto de la estabilidad del vínculo, se ha dicho, por ejemplo, que en otros ordenamientos jurídicos se exigen períodos superiores a tres años de convivencia. Por

otra parte, se ha dicho también que la residencia en un mismo inmueble no resulta suficiente para acreditar una convivencia.¹³

6. Ley N° 20.084, publicada en el Diario Oficial del 07 de diciembre de 2005, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal

El artículo 60 de la Ley N° 20.084, que establece un **Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal**, también conocida como "**Ley sobre Responsabilidad Penal Juvenil**", **modificó el N° 2 y eliminó el N° 3, ambos del artículo 10 del Código Penal**, referido a las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal. Además, **suprimió el inciso 1° del artículo 72.**

A) Respecto de la **circunstancia 2ª del artículo 10**, sustituyó la eximente de responsabilidad criminal consistente en ser menor de 16 años, por otra –no eximente de responsabilidad penal, sino otorgante de un estatuto de responsabilidad especial– aplicable a los menores de 18 años y mayores de 14, quienes, de cometer delitos, quedan regidos por el estatuto de responsabilidad penal establecido en la Ley N° 20.084.

En el Mensaje del Ejecutivo con que se dio inicio a la tramitación de esta ley, se señaló que se decidió fijar el límite en los 14 años siguiendo las tendencias del derecho comparado y la posición de la doctrina que recomendaba no fijar este límite a una edad muy temprana, renunciando así el Estado a toda forma de reacción coactiva en el supuesto de comisión de un delito por un menor de esa edad.¹⁴ Cabe señalar en esta parte que a lo largo de nuestra historia legislativa, en reiteradas ocasiones ya se había modificado la edad mínima de responsabilidad penal.

Por lo anterior, el Proyecto de Ley definió a los adolescentes como las personas mayores de 14 y menores de 18 años, estando esto de acuerdo con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 40.3 letra a) exige "el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales".

¹³ Corte de Apelaciones de Iquique (2007): Rol I. Corte N° 71-2007, 09 de agosto de 2007.

¹⁴ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.084. Mensaje del Ejecutivo. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Página 10 de 1.207. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>

Además, el estatuto de responsabilidad aplicable a estos adolescentes se basó en el principio según el cual se les considera sujetos que si bien son irresponsables como adultos, se les puede exigir una responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo.

B) Además de lo anterior, **derogó la circunstancia 3ª**, que eximía de responsabilidad penal a los mayores de 16 años y menores de 18, a no ser que constara que habían obrado con discernimiento.

Respecto del **discernimiento**, el Mensaje Presidencial de esta ley señaló que como sistema para determinar la existencia o inexistencia de responsabilidad penal de las personas, era un criterio abandonado por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del mundo, por ser un concepto impreciso y de muy difícil determinación que provocaba decisiones jurisdiccionales excesivamente discrecionales. Se dijo también que nuestra legislación carecía de una definición del discernimiento, así como de una indicación respecto de cuáles son los elementos que el juez –de Menores o de Garantía– debía considerar para fundamentar su pronunciamiento.¹⁵

Nos llama la atención que al efectuar estas modificaciones no se haya mantenido la técnica legislativa de señalar expresamente que desde ahora en adelante quedarían totalmente exentos de responsabilidad penal los menores de 14 años, para aplicarse –como sí se indica– el estatuto especial de responsabilidad criminal a los menores entre 14 y 18 años de edad.

C) Respecto del **inciso 1º del artículo 72**, relativo a la aplicación de las penas a los menores de 18 años y mayores de 16 que no estuvieran exentos de responsabilidad criminal por haber obrado con discernimiento según declaración del tribunal respectivo (Tribunal de Menores o de Garantía), la Ley N° 20.084 lo **derogó**.

Lo anterior, por cuanto la mencionada Ley 20.084, tal como ya señalamos, trasladó la responsabilidad penal de los menores de entre 14 y 18 años a su propia normativa, y eliminó el trámite del discernimiento.

¹⁵ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.084. Mensaje del Ejecutivo. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Página 10 de 1.207. Fecha de consulta: 09 de junio de 2008. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>

7. Ley N° 20.253, publicada en el Diario Oficial del 14 de marzo de 2008, que modifica el Código Penal (y el Código Procesal Penal) en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de la policía

El artículo 1° de la Ley N° 20.253, también conocida como la “Agenda Corta Antidelincuencia”, introdujo las siguientes modificaciones a los artículos 10, 12 y 92 del Libro I del Código Penal.

A) En el artículo 10 circunstancia 6ª inciso 2°, referido a la llamada “legítima defensa privilegiada”, se sustituyó la referencia al artículo 365 inciso 2°, por los artículos 362 y 365 bis, extendiendo entonces la operatividad de la presunción legal en esta causal de justificación.

Conviene hacer presente que esta modificación en nada afectó al alcance de la presunción legal referida, la que, según una parte de la doctrina, sólo podría estar referida (como máximo) a las circunstancias segunda (necesidad racional) y tercera (falta de provocación suficiente) del art. 10 N° 4 CP, y en caso alguno a la circunstancia primera (agresión ilegítima) del mismo artículo, que como hecho conocido constitutivo de la presunción es el que permite la operatividad de esta última.¹⁶

Respecto de los artículos incorporados por la modificación, el **artículo 365 inciso 2°** hacía referencia a la llamada “**violación sodomítica**”, que consistía en el acceso carnal entre varones sin el consentimiento de la víctima y que a raíz de la modificación introducida por la **Ley N° 19.617**, del 12 de julio de 1999, había sido eliminada del artículo 365 para pasar a formar parte del artículo 361 referido a la violación.

A su vez, el **artículo 362** se refiere a la llamada “**violación impropia**”, que es aquella que se realiza contra personas menores de 14 años, debiendo recordarse que la **Ley N° 19.927**, del 14 de enero de 2004, aumentó la edad de la víctima de este delito de 12 a 14 años.

Finalmente, el **artículo 365 bis**, que también fue incorporado por la **Ley N° 19.927**, del 14 de enero de 2004, tipifica el llamado delito de “**abusos sexuales agravados**” consistente en una acción sexual –definida en el artículo 366 ter– que consista en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o utilizando animales en ello.

¹⁶ Departamento de Estudios/Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Nacional, marzo 2008. Minuta Informativa sobre la Ley N° 20.253, que Modifica el Código Penal y el CPP en Materias de Seguridad Ciudadana (Agenda Corta).

Lo que hizo entonces la **Ley N° 20.253** fue actualizar la legítima defensa privilegiada respecto de los nuevos delitos sexuales de nuestro Código Penal.

B) En el **artículo 12 circunstancias agravantes N°s 15 y 16**, consistentes en las llamadas “reincidencias impropias”, se introdujeron las siguientes **modificaciones**:

En la circunstancia agravante del **N° 15**, doctrinariamente conocida como “**Reincidencia Propia Genérica**”, se sustituyó la palabra “**castigado**” por la palabra “**condenado**”. Así, ahora este **N° 15** dice: “*Haber sido **condenado** el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena*”.

A su vez, la modificación al **N° 16** del mismo artículo, referida a la denominada “**Reincidencia Propia Específica**”, consistió en la sustitución de la frase: “*Ser **reincidente en delito de la misma especie***”, por la frase “*Haber sido **condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie***”.

Como se ve, a partir de estas modificaciones pasaron a ser “**reincidentes**” no aquellos que hubieren **cumplido** la pena impuesta (“**castigados**”), sino que aquellos que sólo hubieren sido **condenados** por un delito. Es decir, se “**adelantó**” la categoría de reincidente, ya que desde esta ley en adelante, para tener esta calidad y ver, en consecuencia, agravada la pena que se imponga por el delito cometido, no será necesario haber cumplido la pena anterior, sino que bastará con haber **recibido una condena**, aunque ésta no se haya cumplido. Con esto además se objetivizó la norma, dado que ya no se podrá volver a discutir –como se hacía hasta antes de esta ley– respecto de qué significa ser reincidente.

Dicho de otro modo, las modificaciones en esta materia pretendieron hacer aplicables las agravantes de reincidencia (tanto genérica como específica) a quien, de acuerdo al entender doctrinal y jurisprudencial de la antigua normativa, no era considerado sujeto idóneo de ésta. En este sentido el término “**castigado**” –utilizado tanto en el artículo 12 N° 15 y artículo 92 del Código Penal (en su redacción previa a la modificación que ahora se analiza)– estaba referido a aquel que había cumplido material y efectivamente la condena, excluyéndose por lo tanto a quien había sido beneficiado con indulto, remisión condicional de la pena o con libertad vigilada.¹⁷

C) Finalmente, la **modificación al artículo 92**, ubicado en el párrafo relativo a las penas en que incurrir los que durante una condena delinquen de nuevo,

¹⁷ Departamento de Estudios/Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Nacional, marzo 2008. Minuta Informativa Sobre la Ley N° 20.253, que Modifica el Código Penal y el CPP en Materias de Seguridad Ciudadana (Agenda Corta).

reemplazó en el inciso 1° la expresión “cumplido” por “impuesto”, quedando entonces la norma con el siguiente texto: “Si el nuevo delito se cometiere después de haberse impuesto una condena...”.

A su vez, en los N°s 2 y 3 de este artículo 92, sustituyó las frases “ha sido castigado”, por “ha sido condenado”.

Estos cambios se hicieron con el fin de darle coherencia y sistematicidad a la modificación del artículo 12 N°s 15 y 16. Caben aquí los mismos comentarios hechos respecto de las modificaciones a dichos N°s 15 y 16 del artículo 12.

Algunos comentarios finales

Como se ve, las modificaciones que se han introducido durante los últimos 10 años al Libro I (Parte General) de nuestro Código Penal han dicho relación, especialmente, con las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, con la eliminación y creación de penas y con la adecuación de los preceptos a la nomenclatura de la Reforma Procesal Penal. En este sentido, pensamos que las modificaciones han sido, en la mayoría de los casos, las adecuadas.

Sin embargo –y esto cabe no sólo para las modificaciones al Libro I, sino que para las de todo el resto del Código–, no debemos olvidar que estos esfuerzos legislativos han venido efectuándose sobre un cuerpo normativo que comenzó a regir en 1874, es decir, hace 135 años.

Por lo anterior, no obstante las más o menos correctas modificaciones que se hayan hecho a su respecto en estos últimos 10 años, pareciera que para contar con un Código Penal completamente cohesionado, sistemático y capaz de responder adecuadamente a la realidad chilena de este siglo XXI, sería conveniente reformular uno totalmente nuevo.

Para estos efectos, y teniendo presente el esfuerzo que ya se hizo hace unos pocos años por el que se denominó “Foro Penal” para la creación de un nuevo Código Penal, y que se encuentra a la espera de su tramitación en el Congreso Nacional, pareciera que, desde estas líneas, no nos cabe más que expresar nuestras más sinceras esperanzas de que exista la voluntad política de tramitar y aprobar ese cuerpo normativo a la brevedad posible.

De no ser así, no sólo seguiremos con un sistema de “parches” a nuestro Código, sino que además se habrá echado por la borda todo el tiempo de trabajo, esfuerzo y dedicación de los mejores penalistas de nuestro país que dieron origen a ese Proyecto de Código Penal.