



Informe I 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

I.- Resumen Ejecutivo

El presente informe se refiere 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 (Boletín N° 9885-07) cuya tramitación se inició con la presentación por la Presidenta de la República del Mensaje N° 1167-362, el 23 de enero de 2015, y actualizado al estado en que quedó tras la primera fase de su primer trámite constitucional, ante la Comisión de Seguridad Ciudadana, cuyo Informe fuera aprobado con fecha 2 de julio.

En primer lugar, el informe se refiere a los antecedentes de este Proyecto, tal cual son manifestados en el Mensaje referido. A continuación, se revisan los principales estándares de derechos humanos que dicen relación con la política criminal y la seguridad ciudadana, tal cual aparecen contemplados en tratados internacionales, en la Constitución, y han sido entendidos por órganos de tratados y el Tribunal Constitucional. Posteriormente, se explica en qué consisten las reformas legales proyectadas tanto respecto al Código Penal, Código Procesal Penal, y otros cuerpos legales, para pasar al análisis crítico de las mismas desde el punto de vista de los derechos humanos.

Finalmente, el Informe contiene las conclusiones que sintetizan la opinión del Instituto Nacional de Derechos Humanos sobre esta iniciativa.

II.-Antecedentes del proyecto

En el Mensaje del Proyecto de Ley de referencia se señala que se busca enfrentar el aumento de la criminalidad y la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía, y lo hace tomando la decisión de “combatir los delitos de mayor connotación social, sin alterar las bases de nuestro sistema procesal penal acusatorio”.

A lo largo de su fundamentación se reitera 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” si bien no se hace referencia explícita a las investigaciones o documentos en que constan tales propuestas.

Las estadísticas que se mencionan son las policiales de los años 2013 y 2014, tomadas del “Plan Nacional de Seguridad Pública y Prevención de la Violencia y del Delito” las que darían cuenta de un incremento de la actividad delictiva y no sólo de la percepción de inseguridad. Se destaca que en el 2013 se habrían cometido 600 mil delitos de mayor

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

connotación social (DMCS), de los cuales el 83% corresponde a delitos contra la propiedad y sólo el 17% a delitos contra las personas. También se destaca que el robo con violencia o intimidación, categoría que afectaría fuertemente la percepción de inseguridad, representaba sólo el 9,7% de ese total de DMCS.

En base a estas cifras, se concluye que “un pequeño grupo de personas reincidentes son responsables de la mayoría de los delitos de mayor connotación social”, y que “los delitos de mayor ocurrencia y que afectan en mayor medida a la ciudadanía son los delitos contra la propiedad por apropiación, ubicados en los primeros cuatro párrafos del Título IX del Libro II del Código Penal”. De acuerdo al texto existiría por tanto “una necesidad ciudadana absolutamente transversal de que esta categoría de delitos debe ser intervenida con medidas que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometan, sujetos a penas privativas de libertad”. En otras palabras, el Proyecto llama a “trancar la puerta giratoria” en esta clase de delitos.

A esa finalidad apunta en síntesis este Proyecto, aunque en principio se acota únicamente a ciertas formas de DMCS: los delitos contra la propiedad. De todas formas, se señala que es necesario adoptar un abordaje integral y sistemático del problema, y no sólo medidas parciales. Explícitamente se declara que el modelo a seguir en estos temas es el de la “Ley Emilia” (N° 20.770), sobre todo en lo relativo a aplicar sanciones efectivas de cárcel.

Esta reforma puntual se entiende como parte de un conjunto de ejes de la Política Criminal definida por el actual gobierno, que son los siguientes: implementar una mayor dotación policial para el período 2015-2018 (6000 carabineros y 1500 funcionarios de la PDI); modificaciones a la ley 17.798, de control de armas y explosivos (ya aprobadas mediante la Ley 20.813); fortalecimiento del Ministerio Público; reforma de la Ley Antiterrorista (en actual tramitación, Boletín 9692-07); ampliación de la infraestructura y personal penitenciario; proyecto de ley a presentar el 2015, destinado a crear la “institucionalidad para el trabajo de reinserción y reintegración de los condenados”; reforma y reforzamiento de los Tribunales de Tratamiento de Drogas; defensa de las víctimas del delito mediante la creación de un Servicio Nacional de Apoyo a Víctimas.

Así, los contenidos de esta agenda se enuncian de la siguiente manera:

1.- Modificaciones a los delitos contra la propiedad. Las que incluyen: a) regla especial de determinación de la pena para delitos contra la propiedad por apropiación; b) mayor sanción de la reincidencia en los delitos de hurto y robo; c) “Ley Emilia” para condenados por robos en lugar habitado, con violencia o intimidación (suspensión por 1 año de las penas sustitutivas a aplicar, período durante el cual debe aplicarse pena de cárcel efectiva); d) elevación de penas para robos y receptaciones cuantiosas.

2.- Modificaciones al Código Procesal Penal. Éstas incluyen: a) aumento de las capacidades de investigación del sistema penal; b) limitación del principio de oportunidad; c) modificaciones en el régimen de suspensión condicional del procedimiento.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

- 3.- Modificaciones a la ley N° 18.216 (sobre penas sustitutivas).
- 4.- Modificación del Decreto Ley N° 321 de 1925 (sobre libertad condicional).
- 5.- Modificación a la ley N° 19.970 (que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN).
- 6.- Modificación a cuerpos legales para liberar a Carabineros de Chile de labores administrativas (Ley del Tránsito y ley que establece procedimiento ante los Juzgados de Policía Local).
- 7.- Consagración legal del Banco Unificado de Datos.
- 8.- Régimen especial de ampliación de establecimientos penitenciarios.

III.- Estándares de derechos humanos

La iniciativa legal en comento se refiere a variados aspectos del sistema penal vigente en Chile. En tanto política criminal cuyos intereses y objetivos se declaran abiertamente en el Mensaje, debe ajustarse al conjunto de los estándares que tanto desde el Derecho internacional de los Derechos Humanos como en la Constitución Política de la República limitan y orientan la acción del Estado en estas materias.

Atendido los fines y contenido del proyecto, si bien éstos se relacionan con las garantías tanto sustantivas como procesales que en lo esencial se encuentran reguladas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 14 y 15¹), y en la Convención

¹ “Artículo 14: 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

Americana de Derechos Humanos (artículos 8 y 9)², las principales observaciones al proyecto se extraen más bien de los estándares que dicen relación con límites y principios

de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Artículo 15: “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

² “Artículo 8. Garantías judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

que deben ser respetados y aplicados en el diseño de la actividad político-criminal que desde el Estado vela por la seguridad pública. Concretamente, los estándares relevantes en esta discusión dicen relación con el principio de proporcionalidad en la imposición de penas (también conocido como principio de prohibición de exceso), y con el principio de igualdad y no discriminación, los cuales se vinculan con el debido proceso legal y las garantías penales de fondo³.

III.1. Política criminal y seguridad democrática

La seguridad es una necesidad humana. Si asumimos lo anterior podríamos definir a la seguridad humana como la condición de vivir libre de temor y libre de necesidad⁴. Por ende toda política de seguridad que provenga del Estado necesariamente debe estar encaminada a satisfacer las necesidades reales de los seres humanos y de esta forma asegurar las condiciones mínimas de una vida digna. De tal manera que, y traduciendo lo anterior al ámbito normativo, las políticas de seguridad emprendidas por el Estado son fundamentales en la medida que se constituyen en uno de los instrumentos principales para la protección de los derechos humanos como la vida, la integridad física y psíquica, la vivienda, la educación, etc.

En este contexto, la seguridad ciudadana –especie de seguridad humana- específicamente tiene un rol preponderante en la protección de “un núcleo básico de derechos, incluidos el derecho a la vida, el respeto a la integridad física y material de la persona y su derecho a tener una vida digna”⁵, los cuales pueden verse amenazados por eventuales comisiones de delitos.

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

“Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

³ La Comisión IDH se ha referido a la obligación que tienen los Estados de implementar políticas de seguridad que tengan en cuenta el derecho a las garantías procesales y a la protección, y “en especial: respetar los principios fundamentales de derecho penal reconocidos internacionalmente: presunción de inocencia; *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* y *non bis in ídem*” (Comisión IDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, recomendación específica N° 16, letra a).

⁴ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, “*Seguridad Ciudadana con Rostro Humano: Diagnósticos y Propuestas Para Latinoamérica*, 2013-2014, p. 5.

⁵ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *op. cit.*, p. 5.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

Efectivamente comprender en su real dimensión el fenómeno del “delito” implica asumir que al igual que otros problemas sociales, su ocurrencia afecta más intensamente –ya sea que provenga de delitos callejeros, criminalidad organizada y/o corporativa- a los grupos vulnerables y más postergados de la sociedad. En este sentido, razón tiene el proyecto al sostener que, sea cual fuere la dirección de donde provenga el delito, las víctimas y grupos vulnerables siempre son las que deben soportar la acumulación de distintos tipos de delitos (contra la propiedad y contra el orden financiero), además de los demás problemas sociales (como el desempleo o la mala calidad de la educación, etc.)⁶.

La anterior explica que una política criminal o de seguridad ciudadana no debe basarse exclusivamente en una estrategia punitiva para reducir los índices de criminalidad sino que debe ser parte de una política social integral que comprenda “la mejora de la calidad de vida de la población, la acción comunitaria para la prevención de delito, una justicia accesible, ágil y eficaz, una educación que se base en valores de convivencia pacífica, el respeto a la ley, en la tolerancia y la cohesión social”⁷. Precisamente lo que se quiere destacar es que si bien es importante reconocer el impacto del delito en la vida de las víctimas y en desarrollo de toda la sociedad, de la misma manera es fundamental entender que la seguridad ciudadana, en tanto forma específica de la seguridad humana, no puede agotarse en la “mano dura” o la “guerra contra la delincuencia” sino que debe enmarcarse en políticas (comunitarias, urbanísticas, institucionales, etc.) que de manera integral permitan hacer frente al delito y sus consecuencias negativas. Esto nos permitirá avanzar no exclusivamente hacia una cultura de la “seguridad” –con la respectiva restricción de garantías fundamentales- sino que nos permitirá avanzar hacia una cultura de “seguridad de los derechos”⁸.

En este sentido, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en su Informe de Desarrollo Humano 2013-2014, en relación a la experiencia en la región en cuanto a la articulación de la seguridad ciudadana de una manera preferentemente “punitiva” ha sido enfático al señalar que:

“Las políticas de mano dura adoptadas en la región han fracasado en su intención de disminuir los niveles de violencia y delitos. También han tenido un impacto negativo y profundo en la convivencia democrática y el respeto a los derechos humanos, que están en la base del desarrollo humano (...)

Las políticas de mano dura –con un enfoque punitivo que privilegia la represión, el aumento en la severidad de las penas y el uso de la fuerza- han tenido repercusiones negativas, muchas de ellas inesperadas, entre las cuales destacan el aumento en los niveles de violencia letal, el fortalecimiento de redes criminales, el congestionamiento de los sistemas carcelarios –ya sobrecargados-, violación de derechos humanos –particularmente en contra de jóvenes y menores de edad y abuso de autoridad”⁹.

⁶ Lea John, Young Jock, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, pp. 264 y 265.

⁷ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *op. cit.*, p. 6.

⁸ Baratta Alessandro, “*El concepto actual de seguridad en Europa*”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2001, Núm. 8, p. 19.

⁹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *op. cit.*, p. 182.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

Un efecto similar se pudo observar en Nueva York cuna de la “Tolerancia Cero”. Si bien los estudios criminológicos hasta hoy discuten si la disminución de la criminalidad violenta en Nueva York a partir de 1994 fue el fruto de las políticas del control del delito implementadas por el Alcalde Rudolph Giuliani y su Jefe de Policía William Bratton (asimismo los índices de criminalidad violenta en el mismo periodo bajaron en ciudades como San Francisco, Chicago y Los Ángeles, lugares donde no se aplicaron las políticas de tolerancia cero), lo que no se puede discutir es que en dicho periodo se pudo observar, desde un punto de vista de las garantías individuales y los derechos humanos, varias consecuencias negativas que si pueden ser imputables a la aplicación de dicho modelo de seguridad ciudadana:

- a) 1994-1997: incremento del 50% de las demandas de resarcimiento por daños causados por las persecuciones violentas efectuadas por el NYPD.
- b) 1994-1997: incremento del 41% de las demandas penales contra el NYPD por abusos cometidos durante las operaciones policiales.
- c) 1993-1994: incremento del 35% del número de civiles muertos por el NYPD durante las operaciones de policía.
- d) 1993-1994: aumento del 53% del número de personas fallecidas en circunstancias *sospechosas* durante la custodia policial.
- e) 1992-1997: los resarcimientos abonados a civiles por violencia cometida por el NYPD pasaron de 13,5 millones de dólares a 24 millones de dólares¹⁰

Un informe de 1996 del Amnistía Internacional llamado *Police brutality and excessive force in the New York Police Department* documentó detalladamente una serie de casos de violencia y presentó datos que demostraron en qué medida el llamado “patrullaje agresivo” inaugurado por Giuliani y Bratton había agravado ya el serio problema de la violación sistemática de los derechos humanos por parte de la policía de NY. Entre los datos más significativos que relevó el estudio de Amnistía Internacional podemos destacar:

- a) La sospecha de prácticas abiertamente racistas por parte del NYPD: el 75% de los que denuncian violencia por parte de la policía está constituido por afroamericanos y latinos, mientras que el 21% de blancos. Los porcentajes, si los miramos desde los policías acusados de violencia, se invierten: el 69% de los policías acusados son blancos y el 12% son policías afroamericanos o latinos.
- b) La existencia de un código del silencio, como parte de una cultura dentro del NYPD, incluso auspiciada por Bratton. Desde 1977 a la fecha del informe había habido solo una condena por homicidio¹¹.

A nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió el año 2009 un Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, donde se apunta a la construcción de un “gobierno de la seguridad”, concebido como “*la capacidad institucional por parte de las autoridades legítimas de diseñar, implementar y evaluar políticas de prevención y control de la violencia y el delito*”¹². Esta perspectiva es acorde al grado de

¹⁰ Di Giorgi Alessandro, *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control.*, Barcelona, Editorial Virus, 2005, pp. 168-169.

¹¹ Amnesty International, *United States of America: Police brutality and excessive force in the New York City Police Department*, 1996, citado en Di Giorgi, *op. cit.*, p. 169.

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc.57, 2009, párr. 74.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

desarrollo actual del Derecho internacional de los Derechos Humanos, y se diferencia notoriamente de la tendencia previa a entregar todos esos temas a las fuerzas de seguridad¹³.

Adicionalmente, la Comisión IDH entiende que si bien “*los Estados Miembros tienen el deber de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en el área de la seguridad ciudadana, a través de planes y programas de prevención, disuasión y, cuando ello sea necesario, de medidas de represión legítima respecto a los hechos de violencia y criminalidad*”, ello debe hacerse “*a partir de las orientaciones y dentro de los límites que establecen los estándares y los principios de derechos humanos recogidos en el marco de los Sistemas Universal y Regional de derechos humanos*”¹⁴. Así, en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad “*en ciertas ocasiones los Estados miembros pueden limitar o restringir el ejercicio de ciertos derechos humanos*”, pero “*estas limitaciones o restricciones solamente se ajustan a los estándares internacionalmente aceptados en materia de derechos humanos cuando se aplican respetando los principios de necesidad; finalidad legítima; proporcionalidad; razonabilidad y no discriminación*”¹⁵.

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que “*en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado*”¹⁶.

III.2. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad aparece explícitamente recogido en la Convención Americana de Derechos Humanos cuando en el artículo 4.2, a propósito del derecho a la vida y la pena de muerte, se consagra que “*ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves*”. Una disposición equivalente está contenida en el artículo 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En relación con lo anterior, también hay que tener en cuenta que la Convención Americana se pronuncia expresamente acerca de la finalidad que deben tener las penas privativas de libertad, cuando en el artículo 5.6 señala que ésta será “*la reforma y la readaptación social de los condenados*”. A partir de ello, Cecilia Medina ha comentado que “*en estricto rigor, las penas deberían controlarse a la luz de todas las limitaciones existentes para la restricción*”

¹³ El INDH se ha referido en detalle a esto en el capítulo 1, “Seguridad democrática y derechos humanos”, de su Informe Anual 2012.

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc.57, 2009, Párr. 227.

¹⁵ *Ibíd.*, párr. 228.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 76.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

de un derecho humano, y determinarse, por ejemplo, si la pena es conducente para alcanzar el objetivo, que en el caso de la pena privativa de libertad no será solamente el proteger los derechos de terceros, sino que también ‘la reforma y la readaptación social de los condenados’¹⁷.

Nuestra Constitución no alude explícitamente al principio de proporcionalidad. No obstante, tal como lo ha entendido la doctrina “este principio se encuentra subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en la garantía de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la Institucionalidad que dan forma el Estado de Derecho (artículos 6° y 7°), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N° 2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26 de la Constitución), además del valor justicia inherente al Derecho”¹⁸.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional (TC) en numerosas sentencias, donde ha dado aplicación al llamado “test de proporcionalidad” desarrollado en la doctrina alemana por Alexy, exigiendo que exista una relación de razonabilidad entre los medios legítimos utilizados y el fin que se persigue por el legislador. A modo de ejemplo, el TC ha señalado que la regulación legal de los derechos consagrados en la Carta Fundamental “*debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos*”¹⁹.

En otra sentencia, el TC señaló que “*si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean -las mismas restricciones- proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando, por ende, tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes*”²⁰.

Así, en relación con cuestiones de política criminal, y particularmente en las iniciativas legales referidas al sistema penal es necesario tener en cuenta dicho principio y las exigencias de razonabilidad que de él emanan, realizando siempre una ponderación entre el fin lícito perseguido (el control de la criminalidad) y los medios concretos empleados. Una expresión puntual de esto es la obligación para el legislador de emplear la herramienta penal más intensa (privación de libertad de personas, sea como pena o como medida cautelar) como *ultima ratio*.

¹⁷ Cecilia Medina Quiroga, La convención americana: teoría y jurisprudencia, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, pág. 350/351.

¹⁸ Humberto Nogueira, El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en: Miguel Carbonell, coordinador, El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, Santiago, Librotecnia, 2010, pág. 374.

¹⁹ STC Rol 541-06, de 13 de julio de 2006, considerando 15.

²⁰ STC Rol N° 1.061-08, de 17 de abril de 2008, considerando 17.

Esta afirmación debe relacionarse con el mandato constitucional de racionalidad y justicia que se consagra a raíz del debido proceso legal (art. 19 N°3), y que se extiende no sólo a cuestiones estrictamente procesales penales. Además, estas consideraciones hacen necesario aplicar y tener también siempre en cuenta la manera en que distintas medidas y políticas afectan a los derechos fundamentales reconocidos tanto en el artículo 19 como en el 5 de la Constitución. En relación a esto, el TC ha tenido ocasión de señalar que, si bien en principio la facultad de determinar penas y sus modalidades de cumplimiento es resorte del legislador, la justicia constitucional debe resguardar el que *“las penas deben obedecer a fines constitucionalmente lícitos sin que se vulneren los límites precisos que la Constitución ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del art. 19 N° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del art. 19 N° 7, inc. 2º, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inc. 2º del art. 5º CPR que impone a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano”*²¹.

III.3. Igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra a la base de todo el sistema de garantías y protección de derechos humanos, y necesariamente debe aplicarse también en el Derecho Penal, que regula precisamente la afectación de derechos de las personas mediante la intervención punitiva del Estado. Una derivación o “corolario negativo” del principio de igualdad es la exigencia a los Estados de que las personas sean tratadas sin discriminación²².

En el sistema universal, el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²³ prescribe que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados *sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*. Una fórmula similar se repite en el artículo 2º la Convención de los Derechos del Niño (CDN), en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 2 de la Carta Africana, a través de la cual en definitiva todos los Estados Parte se comprometen a garantizar los derechos de los tratados respectivos para todos sin ningún tipo de discriminación e incluso a contrarrestar algunas formas de distinción que son fuertemente desaprobadas, como las distinciones en términos de raza, color, idioma, nacimiento y religión, sexo, origen social o nacional.

²¹ STC Rol N° 786-07, de 13 de junio de 2007, considerando 30.

²² Patricia Palacios, *La No Discriminación. Estudio de la jurisprudencia del comité de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, 2006, p.29.

²³ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴, en su artículo 26 establece la igualdad de todas las personas ante la ley, prohibiéndose toda discriminación y garantizándoseles una protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El Comité de Derechos Humanos, para resolver los casos de supuesta discriminación presentados a dicho organismo en relación con el Pacto, ha señalado que esta *“debe entenderse referida a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”*²⁵.

Por su parte, la Corte IDH en una Opinión Consultiva ha hecho notar que *“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio”*. Así, *“no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”*²⁶.

De esto no se colige necesariamente que toda distinción de trato sea ofensiva de la dignidad humana, puesto que *“no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, o a la naturaleza de las cosas”*. Por ello es que según la Corte IDH señale que *“no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”*²⁷.

De esta, sólo resulta legítimo en un Estado de Derecho hacer distinciones que se basen en la aplicación del principio de igualdad, y por ende se orienten a corregir una situación de

24 Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; suscrito por Chile en esa misma fecha y el instrumento de ratificación depositado en la Secretaría General del referido organismo el 10 de febrero de 1972. Se promulgó por el decreto supremo N° 778, de Relaciones Exteriores, de 1976, y se publicó en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.

25 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General N°18: No Discriminación*, 11 de septiembre de 1989, párrafo 7.

26 Corte IDH, Opinión Consultiva 4-84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Párr. 54.

27 Corte IDH, Opinión Consultiva 4-84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Párr. 57.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

hecho en que exista una diferencia que se estime necesaria de ser compensada en base a criterios de razonabilidad y que cumplan además con el principio de proporcionalidad.

IV.- Contenido del Proyecto de Ley

Se trata de un proyecto que en ocho artículos más uno transitorio modifica una serie de cuerpos legales (Código Penal, Código Procesal Penal, Ley 18.216, Decreto Ley 321, Ley 19.970, Ley 18.290). Nos referiremos a su contenido siguiendo ese mismo orden.

IV.I. Modificaciones al Código Penal

El artículo 1 del proyecto introduce los artículos 449 y 449 bis en el Código Penal.

En el 449 se señala que para la determinación de la pena en relación a los delitos de los párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis del Título IX del Libro II de dicho Código no se aplicará lo establecido en los artículos 65 a 69, y se estructura un sistema especial de determinación de penas en cuatro numerales.

En el numeral 1 se señala que el tribunal determinará la cuantía de la pena tomando en cuenta el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren, y la mayor o menor extensión del mal causado, “dentro del límite del grado o de los grados señalados por la ley al delito”.

Por su parte, el numeral 2 contempla que en los casos de condenados reincidentes, en los términos de las agravantes de los números 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal, el juez deberá determinar la pena de acuerdo a los mismos criterios señalados en el punto anterior, pero “dentro del grado inmediatamente superior al señalado por la ley, tratándose de simples delitos”. En el caso de crímenes, además “se deberá excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta o la mitad inferior si consta de un solo grado”.

Con esto se cumple el objetivo señalado en orden a evitar que la concurrencia de atenuantes produzca por aplicación de las reglas generales del Código Penal una rebaja de grados en la determinación de la sanción penal, finalidad en la cual el Mensaje declara haber tenido a la vista como modelo la llamada “Ley Emilia”. La única excepción a esto viene regulada en el numeral 3, donde se señala que solamente en los casos en que el imputado acepte los hechos y su participación en el juicio, la pena se rebajará “hasta el tramo comprendido en la mitad superior del grado inferior al mínimo de los señalados por la ley”. Dicha rebaja se calculará después de efectuados los aumentos regulados en el numeral 2.

Adicionalmente, el Proyecto original agregaba un numeral 4 al artículo 449 que establecía que para los/las condenados/as por estos delitos que merezcan pena de crimen, en caso de que se les aplique una pena sustitutiva, “la ejecución de ésta 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”. Dicha modificación fue rechazada en la Comisión de Seguridad Ciudadana.

La otra disposición que se incorpora al CP es el artículo 449 bis, que asigna la pena de presidio mayor en su grado mínimo “cuando la cuantía de lo robado o receptado exceda de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que el hecho constituya uno de los crímenes señalados en el párrafo 2º anterior, caso en el que se impondrá la pena prevista para cada delito, con exclusión de su grado mínimo”.

Con esto se busca atacar a la criminalidad organizada, “pues este tipo de delitos generalmente es ejecutado por bandas, respecto de las cuales es complejo –procesalmente– acreditar los elementos subjetivos de las agrupaciones, asociaciones, grupos o pandillas, imponiéndose penas que no se condicen con la gravedad del delito”.

IV.II. Modificaciones al Código Procesal Penal

El artículo 2 del proyecto contiene varias modificaciones al CPP que según se declara tienden a aumentar las capacidades de investigación, limitar la aplicación del principio de oportunidad, y modificar el régimen de la suspensión condicional del procedimiento. Cabe destacar que estas modificaciones no se limitan a la persecución de los delitos a los que se alude en las modificaciones del CP (DMCS contra la propiedad), sino que modifican el régimen general regulado en el CPP.

Algunas de ellas dicen relación con las facultades policiales. Así, en el artículo 83 del CPP, que regula las actuaciones autónomas de la policía (es decir, sin necesidad de instrucciones del Fiscal), se reemplaza la letra d) que actualmente se refiere a la identificación de testigos y consignación de sus declaraciones en los casos de las letras b) y d) del mismo artículo (que respectivamente se refieren a la detención por flagrancia y al resguardo de sitios del suceso), y la amplía en los siguientes términos: “Identificar en el menor plazo posible a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, tratándose de casos de delito flagrante y cada vez que en el ejercicio de sus funciones, tomen conocimiento de un hecho que revista caracteres de delito”.

Durante la tramitación del proyecto en la Comisión de Seguridad Ciudadana, surgió una indicación que incorpora al CPP un artículo 85 bis, sobre “control de identidad preventivo”, cuestión que hemos abordado en otro Informe específico sobre el tema.

En el artículo 127, que regula las hipótesis de detención judicial, se hace aplicable el artículo 89, que faculta a las policías para proceder al registro de vestimentas, vehículo y equipaje del imputado, a los casos en que el juez ordene la detención sin previa citación, cuando la comparecencia a su presencia de otra forma pudiera verse demorada o dificultada. Además se agrega que “el juez podrá considerar como razón suficiente para entender que la comparecencia del imputado se verá demorada o dificultada, si el hecho que motivare la solicitud de orden de detención constituyere un hecho punible al que la ley asignare una pena privativa de libertad de crimen”.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

En el artículo 129 del CPP, relativo a la detención por flagrancia, se agrega que “en el mismo acto, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona detenida”.

En el artículo 132, que regula la comparecencia judicial, a la regulación actual que establece que la inasistencia del fiscal o su abogado asistente a la primera audiencia “dará lugar a la liberación del detenido”, se agrega que “el juez de garantía informará de ello al Fiscal Regional respectivo a la mayor brevedad, con el objeto de determinar la eventual responsabilidad disciplinaria que correspondiere”.

En el artículo 140, que es el que establece los requisitos para decretar la prisión preventiva, el proyecto incorpora un nuevo inciso final que se refiere al peligro de fuga: “El tribunal podrá considerar especialmente que existe un peligro de que el imputado se dé a la fuga cuando registre una o más órdenes de detención judicial pendientes. Además, tendrá en consideración la existencia de reiteradas detenciones anteriores”.

Durante la tramitación en la CSC se agregó un nuevo inciso final, que señala que “para efectos del inciso anterior, sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido contra el sujeto, para su concurrencia ante el tribunal o el ministerio público, en calidad de imputado”.

A propósito de la regulación del mecanismo del principio de oportunidad, en el artículo 170 se introduce un nuevo inciso segundo, que señala: “Tampoco procederá el ejercicio de esta facultad respecto del imputado que hubiese sido condenado anteriormente, hubiese sido beneficiado anteriormente con su ejercicio, o bien, hubiese acordado una suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio, dentro de los cinco años anteriores al nuevo hecho denunciado”.

En el artículo 206, que regula la entrada y registro en lugares cerrados sin autorización u orden, el proyecto agrega al final del inciso primero (que faculta a la policía a ingresar a lugares cerrados sin consentimiento expreso del propietario ni autorización u orden previa, cuando desde el interior se efectúen llamadas de auxilio u otros signos hagan evidente que se está cometiendo un delito), la siguiente frase: “o de que se está procediendo a la destrucción de objetos, documentos, instrumentos, de cualquier clase, que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren. Para la validez de esta diligencia y las que se practiquen durante su realización deberá acompañarse su registro audiovisual”.

La tramitación en la CSC llevó a modificar ligeramente la propuesta original y, en vez de hablar de “hecho investigado”, se optó por “hecho constitutivo de delito”.

Por último, en el artículo 237, referente a la suspensión condicional del procedimiento, se agrega un nuevo requisito: “d) Si el imputado no hubiere acordado anteriormente una suspensión condicional o un acuerdo reparatorio, dentro de los cinco años anteriores al nuevo hecho denunciado”.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

IV.III. Modificaciones a otros cuerpos legales

a) Ley 18.216. (de penas sustitutivas)

Se agrega (sin referir a qué artículo) un inciso final que señala que “Igualmente, si una misma sentencia impusiere a la persona dos o más penas privativas de libertad, se sumará su duración y el total que así resulte se considerará como la pena impuesta a efectos de su eventual sustitución y para la aplicación de la pena mixta del artículo 33”.

Se intercala un nuevo artículo, 2° bis: “Las penas del artículo 1° y el régimen del artículo 33 sólo serán aplicables, en los casos de condenados por delitos de hurto y robo contemplados en los párrafos 1 a 4 bis, inclusive, y 456 bis A, del Título IX del Libro II del Código Penal, a aquellos respecto de los cuales se haya podido obtener la huella genética de acuerdo a las previsiones de la ley N° 19.970 y sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que, para cada una de las penas sustitutivas o para el régimen intensivo del artículo 33 establece la presente ley y su reglamento”.

Posteriormente, la CSC acotó este régimen especial a los robos: artículos 433, 436 inciso 1°, 440, 443 y 443 bis. Además, se agregó un nuevo inciso final que establece lo siguiente: “Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, el tribunal deberá ordenar la diligencia señalada en la respectiva sentencia. En aquellos casos en que el condenado, debidamente notificado, no compareciere para tales efectos el tribunal podrá ordenar revocar la pena sustitutiva, pudiendo (sic) ordenar se cumpla la pena efectiva”.

El artículo 15 bis es sustituido por el que sigue: “La libertad vigilada intensiva podrá decretarse si la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia fuere superior a tres años y no excediere de cinco y se cumplen además las condiciones indicadas en ambos numerales del inciso segundo del artículo anterior”.

Por último, también durante la tramitación ante la CSC, se agregaron cuatro incisos al final del artículo 33 (aunque en lo que suponemos un error formal, se señala que serían tres los incisos agregados):

“Asimismo, el tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, previo informe favorable de Gendarmería de Chile, en los términos expuestos precedentemente, disponer la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, de acuerdo a lo establecido en el inciso primero, cuando la persona condenada cumpla 80 años de edad.

No procederán los beneficios contemplados en esta ley respecto de los condenados por los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142; 361; 372 bis; 390 y 391, números 1° y 2°, del Código Penal; en los Párrafos 5, 6, 7 y 8 del Título VII del Libro II, cuando las víctimas fueren menores de edad; en el Párrafo 5 bis del Título VIII del Libro II, y en los artículos 433, 436 y 440 del mismo Código, ni respecto de los condenados por crímenes o simples delitos tipificados en la ley N° 19.913, que crea la

Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

Salvo el caso contemplado en el artículo 5° de esta ley, no procederán los beneficios contemplados respecto de los condenados por crímenes o simples delitos tipificados en la ley N° 20.000, en la ley N° 19.366 y en la ley N° 18.403, que sancionan el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Tampoco procederán estos beneficios respecto de los condenados por los delitos contemplados en la ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, crímenes contra los derechos humanos o de aquellos señalados como imprescriptibles”.

b) Decreto Ley N° 321

En el artículo 3, inciso tercero, a la alusión al artículo 367 del Código Penal se agregan los artículos 436, 440 y 443 bis.

c) Ley 19.970 (que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN)

La letra a) del artículo 17, se reemplaza por una nueva letra a) que alude a los delitos “previstos en los artículos 141, 142, 150 A, 150 B, 296 N°s 1 y 2, 313 d, 315, 316, 348, 352, 395, 396, 397 N°1, 401, 403 bis, 433, 436, 440, 442, 443, 443 bis, 474, 475, 476 y 480 del Código Penal”.

d) DFL N° 1, de 2009 (texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito)

Se agregan dos numerales al artículo 167 (N°s 2° y 21), incorporando dos nuevas hipótesis de presunción de responsabilidad del conductor en caso de accidente de tránsito (20: “No dar cuenta a la autoridad policial de un accidente de tránsito, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 168”; 21: “Abandonar el lugar del accidente sin dar cumplimiento a la obligación establecida por el artículo 176”).

Se reemplaza el artículo 18 por uno nuevo cuyo texto es el siguiente:

“En todo accidente de tránsito, los participantes estarán obligados a dar cuenta inmediata a la autoridad policial más próxima, salvo que sólo resultaren daños materiales, caso en el cual será Carabineros de Chile quien formulará la respectiva denuncia ante el Juez de Policía Local competente y siempre que alguno de los interesados lo solicite y, en todo caso, sin proceder al retiro de la licencia, permiso u otro documento para conducir. Para hacer efectivos los seguros de daños a terceros o propios, el interesado deberá denunciar el siniestro mediante declaración jurada simple prestada ante la respectiva compañía aseguradora”.

En la CSC se simplificó la redacción, y tras la tercera coma, se dice “caso en el cual quedarán exceptuados de tal obligación”.

e) Ley N° 18.287 (establece procedimiento ante los Juzgados de Policía Local)

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

Se modifica parte del inciso tercero del artículo 8, limitando a “casos calificados, que el tribunal determinará por resolución fundada” la realización por Carabineros de la diligencia de notificación.

f) Creación de Banco Unificado de Datos

El artículo 8 del proyecto contiene una norma relativa a la creación de un Banco Unificado de Datos personales de imputados y condenados, el que se regirá por un Decreto Supremo del Ministerio de Justicia, y en el que en principio podrán intercambiar datos el Ministerio Público, Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones, Gendarmería de Chile y el Poder Judicial.

El único cambio introducido aquí por la CSC consiste en sustituir la palabra “podrán” por “deberán”.

g) Ampliación y/o construcción de establecimientos penitenciarios

Por último, se contiene en el proyecto un artículo transitorio que contempla algunas reglas especiales para la ampliación y/o construcción de establecimientos penitenciarios en las regiones de Valparaíso, Bío-Bío y Metropolitana, hasta el 31 de enero de 2018, haciendo excepciones a la regulación general contenida en el Decreto N°75, 2004, del Ministerio de Obras Públicas, y a las exigencias del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental contemplado en la Ley 19.300 (sobre Bases Generales del medio ambiente).

Lo anterior es coherente con lo señalado en el Mensaje, en tanto se busca “posibilitar la rápida construcción de cárceles, reduciendo los actuales trámites, a efectos de aumentar la capacidad del sistema”.

Tras el paso por la CSC, ahora sólo se alude a “ampliación” de establecimientos, suprimiendo la referencia a su construcción.

V.- Análisis del contenido del proyecto

V.I Orientación político-criminal con perspectiva de derechos humanos

No sólo las clásicas garantías de fondo y procesales son un límite al accionar de la potestad punitiva del Estado, sino que los estándares de derechos humanos deben inspirar la política del Estado en materia de control, reducción, represión y tratamiento de la cuestión criminal. Tal cual se señaló en el Informe Anual 2012, hay un nuevo paradigma que se opone al del “populismo penal”, y que propugna “un modelo de seguridad ciudadana armónico con los derechos humanos, capaz de abordar de formas preventiva la complejidad de elementos (políticos, económicos, sociales, institucionales) involucrados en la violencia y la comisión de delitos, que en parte producen la sensación de inseguridad que se manifiesta en las encuestas de opinión pública”²⁸. En materia de política criminal, esto implica, además del respeto a los derechos que emanan del debido proceso, “un uso racional del poder punitivo y de la herramienta penal, con sistemas de control social para su correcto seguimiento, con límites claros a las autoridades para evitar su utilización arbitraria, con un sistema de

²⁸ INDH, Informe Anual 2012, pág. 20.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

información complejo que permita una continua revisión sobre su eficacia y, fundamentalmente, con una estrategia clara y esfuerzos sostenidos de reinserción social hacia quienes han delinquido”²⁹.

En primer lugar, en relación al objeto del proyecto de ley, cabe referir que el concepto de “delitos de mayor connotación social” (DMCS) no es propiamente un aporte de la ciencia penal ni criminológica. Fue acuñado en Chile para referirse al “conjunto de delitos que provocan, sea por los medios de comisión o por los bienes jurídicos que afectan, mayor impacto en la comunidad”, tal como fuera definido el 2004 por el Foro de Expertos de Seguridad Ciudadana convocado por el Ministerio del Interior³⁰. Su listado incluye: el robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, hurto, lesiones, homicidio y violación. Además, en el Glosario incluido en el Diagnóstico de Seguridad Ciudadana en Chile del 2004 se señala que a esta lista “se agrega la violencia intrafamiliar, que si bien no es susceptible de ser calificado (sic) como delito, crimen o falta por sí mismo, reúne características de infracción que causa impacto social”³¹. No obstante esa definición, este proyecto se acota a los llamados “delitos de apropiación” que indica, a los que por las razones ya señaladas (sobre todo la percepción de inseguridad) ameritarían un tratamiento más drástico que todo el resto de los delitos a que se refiere nuestro ordenamiento (incluyendo al homicidio y la violación, que también estarían dentro del listado de DMCS).

En los fundamentos del proyecto se alude a la existencia del fenómeno de la “puerta giratoria”, y a que la idea del mismo es “trabarla”. Si bien ese concepto goza de amplia aceptación a nivel periodístico informativo, la verdad es que los estudios y el nivel de conocimiento criminológico del funcionamiento del sistema penal chileno no avalan su existencia, sino que muy por el contrario lo que se detecta es una fuerte expansión del sistema, cuya capacidad de criminalización efectiva de personas no ha hecho sino aumentar en el tiempo. En contra de la idea de “puerta giratoria”, de acuerdo a cifras entregadas por el Poder Judicial, durante el período 2006-2013, el 87,69% de las solicitudes de prisión preventiva fueron acogidas por los tribunales de primera instancia, cifra que sube al 88,55% considerando los casos en que es concedida a nivel de Corte de Apelaciones³². Al INDH le preocupa la apropiación del concepto “puerta giratoria” y el uso oficial del mismo por parte de las autoridades, puesto que eso cubre con un manto de duda el funcionamiento de las instituciones del sistema penal, tales como, jueces, fiscales, defensores, policía y gendarmería.

²⁹ Ibid., pág. 21.

³⁰ Diagnóstico de la Seguridad Ciudadana en Chile, Documento de Trabajo N°1. Foro de Expertos de Seguridad Ciudadana, Santiago - Abril del 2004.

³¹ Ibid.

³² Citado en María Angélica Jiménez, Tamara Santos y Paula Medida, Un nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos, Santiago, Universidad Central, 2014, pág. 235. Por esta razón es que, en su momento, el Presidente de la Corte Suprema tuvo ocasión de señalar que este concepto “es más un mito que una realidad que se refleja no respecto a la generalidad de los casos sino de situaciones puntuales en la que el público espera que cualquier persona que sea detenida tiene que estar presa”. Entrevista a Milton Juica en Revista 93 Defensoría Penal Pública. 10 años de Reforma procesal penal en Chile, N° 4, (2010). Citado en Jiménez et al., pág. 234.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

El Proyecto asume que de ser aprobado, se producirá un notorio incremento de la población penal. La población penitenciaria del país ha aumentado desde 33.050 internos/as en el año 2000, a 50.923 el año 2009³³. El aumento más notorio se produce casi en coincidencia con la aprobación de la anterior “Agenda Corta antidelincuencia” (Ley 20.253, de 2008). De 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%.³⁴

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 habitantes³⁵).

Es alarmante que las referencias someras a la necesidad de tomar en serio el trabajo de reinserción social se queden en el plano de las declaraciones, y que este Proyecto no asuma una política en dicho sentido. Al efecto, basta considerar que del presupuesto total de Gendarmería de Chile tan sólo el 3,48% se asigna a programas de rehabilitación y reinserción social³⁶.

Estos vacíos de la política criminal son graves, y a mediano y largo plazo generan un efecto contraproducente: a mayores niveles de encarcelamiento sin políticas efectivas de

³³ Según datos de Ministerio del Interior (División Seguridad Pública) y Fundación Paz Ciudadana.

³⁴ Cabe hacer presente que los índices de ocupación de las cárceles Chilenas ha bajado en los últimos dos años. Este fenómeno no tiene su origen fundamental en la incorporación de nuevas cárceles al sistema o en la reducción de la población privada de libertad sino más bien en el proceso de “densificación de las cárceles concesionadas” por el que se aumentó significativamente la capacidad de estas cárceles. Este proceso implicó un aumento de las plazas disponibles sin una ampliación y/o mejora de la infraestructura existente lo que básicamente ha empeorado ostensiblemente las condiciones de privación de libertad. Por ejemplo, en CDP Santiago 1 hay problemas de abastecimiento de agua para la población penal ya que actualmente habitan en ella aproximadamente el doble de la población para la que fue diseñada.

³⁵ International Centre for Prison Studies, citado en INDH, Informe Anual 2013, pág. 115. Según algunos expertos, Chile es actualmente el país más encarcelador de la región, si es que tomamos en cuenta que los dos países que según la información disponible están por sobre nuestra tasa de encarcelamiento (Surinam y Guayana francesa) no tienen información actualizada ni válidamente comparable (ver: Sebastián Salinero, ¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal, en: Ius et Praxis Vol. 18 N° 1, 2012).

³⁶ INDH, Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2013, pág. 118. En concreto, según fuentes de GENCHI, el año 2012 dicho presupuesto total fue de M\$268.349.506, y el destinado a reinserción ascendió a M\$9.354.733.-

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

reinserción, mayor efecto tiene el fenómeno de la prisionización y la tendencia a la consolidación de carreras delictivas que conlleva. Este efecto resulta tanto más criticable cuando tal como se propone en la especie, se trata de situaciones que en principio ameritarían la aplicación de salidas alternativas y/o de penas sustitutivas.

Una política criminal bien entendida no concibe como contradictorios sino como complementarios sus dos objetivos: protección de bienes jurídicos relevantes (función protectora-preventiva del sistema penal) y protección de los derechos de las personas (función garantista). De lo contrario, por más que las intenciones declaradas de reformas legales como la que estamos comentando se orienten supuestamente a priorizar el primer aspecto en desmedro del segundo, en los hechos tienen un efecto criminógeno que genera un empeoramiento de la situación inicial sobre la cual se trataba de incidir.

V.II.- Modificaciones al Código Penal

En primer lugar, llama la atención que se proponga una reforma que alteraría las reglas de determinación de la pena contenidas en el Libro del Código Penal que contiene la Parte General de nuestro Derecho Penal, mediante la cual las reglas contenidas en los artículos 65 a 69 del CP no se aplicarían a los delitos de robo, hurto y receptación, en circunstancias que una Comisión está estudiando una reforma general que llevaría a un nuevo Código Penal acorde a nuestros tiempos.

El proyecto en análisis propone una reforma solo en relación a determinados delitos de apropiación, en que más allá de las razones político-criminales señaladas en el Mensaje, no brinda una justificación suficiente para establecer una diferencia tan radical entre la forma general de determinación de penas y la que se propone como sistema especial para este tipo de delitos, fórmula que podría significar una afectación al principio de igualdad y no discriminación consagrado en el Art. 19 n° 2 de la Constitución Política de la República. Así, al consagrar un sistema de determinación de penas que impide que en la fase de individualización de las mismas en sede judicial respecto de los señalados delitos de apropiación la concurrencia de circunstancias atenuantes genere el efecto general de rebajas de grado para efectos de determinar la pena concreta, no parece justificado ni razonable si se tiene en cuenta que para otros delitos mucho más graves –tanto desde el punto de vista de las penas asignadas, como del bien jurídico protegido- subsista siempre la posibilidad de aplicar dicho mecanismo. Si bien el Mensaje tiene en cuenta que los delitos de apropiación referidos generan inquietud ciudadana y sensación de inseguridad, y en base a ello se genera este proyecto de ley, el legislador no debe perder de vista que en aras del principio de proporcionalidad, el tratamiento punitivo más intenso debe reservarse a los delitos de mayor gravedad. De aprobarse esta iniciativa, nos encontraríamos con una situación en la cual los autores de homicidios, apremios ilegítimos y violaciones (por dar algunos ejemplos de criminalidad grave) podrían optar a rebajas de grado en la determinación de las penas, no así los autores de hurtos, robos y receptaciones. En efecto, el proyecto de ley en análisis propone una valoración mayor respecto a los delitos contra la propiedad en contraposición a delitos que protegen otros bienes jurídicos, cuestión que implica una vulneración a la igualdad ante la ley de cual todas las personas son titulares.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

Lo mismo puede decirse de la propuesta de agravar el régimen de la reincidencia de los artículos 12 N° 15 y 16 del CP, lo cual viene a agravar una situación que en sí misma es cuestionable desde el punto de vista del derecho penal de acto y el *ne bis in idem*, dado que se desplaza hacia un reproche a la forma de conducción de la vida de las personas. Por lo demás, al menos en los casos de la reincidencia en las infracciones más graves (crímenes), las consecuencias de la propuesta analizada no tienen un efecto real en cuanto en el régimen vigente las posibilidades de que se opte a penas sustitutivas es prácticamente inexistente. De ahí que en este punto la propuesta manifieste su enmarque en plano de un uso simbólico del Derecho penal.

De esta forma, la propuesta en comento afecta notoriamente tanto el principio de proporcionalidad como el principio de igualdad, sin justificar adecuadamente la razonabilidad de la diferencia que pretende establecer y que ciertamente tendría como efecto práctico un incremento considerable de los niveles de privación de libertad en el país. Por lo demás, en cuanto a los efectos sobre el comportamiento de las personas, que el Derecho Penal en su fase de conminación busca motivar, podría generar un verdadero efecto perverso el mensaje político-criminal de que es más probable recibir penas efectivas de cárcel por delitos contra la propiedad y no así por diferentes delitos contra la vida.

También resulta preocupante en el proyecto la concepción de fondo que trasluce en cuanto a la determinación de penas y la función que en cada fase de la misma cumplen los distintos poderes del Estado. En efecto, al fundamentar los objetivos se señala que se quiere “modificar el sistema de determinación de penas para los delitos contra la propiedad (robos, hurtos y receptaciones), de modo que los responsables por dichos delitos reciban la pena prevista por la ley para el delito que se trate”.

Dicha afirmación pasa por alto todo el sentido del desarrollo del Derecho Penal moderno, que contempla una fase de determinación legal de la pena, cuyo protagonista es el legislador y se realiza a un nivel abstracto (lo que la criminología denomina fase de criminalización primaria o normativa), y una fase de determinación concreta o individualización judicial de la pena (fase de “criminalización secundaria”). Lo que define precisamente la segunda, son las reglas relativas tanto a *iter criminis* como a circunstancias modificatorias y formas de participación, y en un Estado de Derecho es el tipo de actividad que por definición está entregada al Poder Judicial. Desconocer lo anterior va en contra del sentido y fisonomía del Derecho Penal moderno y lleva a la desconfianza hacia los jueces a un nivel de cercenamiento o recorte de facultades que constitucionalmente son propias de la judicatura, y que están reconocidas en el artículo 76 y siguientes de la Constitución. Además, hay que tener en cuenta que el Mensaje del Código Penal vigente expresamente menciona que incorpora un sistema de “circunstancias atenuantes y agravantes sometidas a reglas fijas, para apreciar el grado de responsabilidad resultante de los delitos”, y que “se ha procurado dar reglas bastante comprensivas, pero precisas al mismo tiempo, para que puedan fácilmente ser aplicadas por el tribunal en cualquier caso sometido a su decisión”, para lo cual es indispensable confiar en “la rectitud y al sano criterio del magistrado”, dado que “no hay precepto alguno general, por claro y perfecto que se suponga, que pueda suplir a la apreciación juiciosa de los hechos, propia sólo del tribunal que los ve y los pesa”.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

Particularmente preocupante resultaba lo dispuesto en el art. 449 N° 4 que se propone y que no fuera aprobado en la CSC. En virtud de la propuesta original los condenados por estos delitos, cuando merezcan pena de crimen, en caso de ser condenados a penas sustitutivas, debían cumplir efectivamente una privativa de libertad durante un año antes de que se produzca la sustitución. Además de una cuestión de orden lógico, que recomendaría tratar este tipo de excepciones en la Ley de penas sustitutivas (18.216, modificada por la 20.603) y no en el Código Penal, lo dispuesto contraviene el fundamento mismo del establecimiento y aplicación de penas sustitutivas, que precisamente tienen por finalidad el constituir una alternativa a la privación de libertad, las que incluso por esta vía dejarían de ser tales para transformarse en una especie sui generis de cumplimiento de penas privativas de libertad de corta duración.

De hecho, en el Mensaje que dio origen a la Ley 20.603 se aludía explícitamente a que en relación a las medidas alternativas y/o penas sustitutivas “existe consenso en cuanto a su rol en la reinserción social de las personas condenadas por delitos, evitando por su intermedio la formación de carreras delictivas”³⁷.

En sentido opuesto, el encarcelamiento efectivo de personas por un año, redundaría en un impulso hacia la formación de carreras delictivas que hará más difícil el trabajo posterior de reinserción, habiéndose producido por un período importante de tiempo en la vida de una persona todos los efectos nocivos asociados a la “prisonización”, y por esa vía el proyecto que comentamos puede ser visto como incoherente, disfuncional y regresivo en relación a los objetivos perseguidos al establecer la Ley 20.603.

Por otra parte, resulta bastante preocupante que a esta Ley, en vigencia hace poco más de un año (diciembre de 2013), se la pretenda modificar sin mediar ningún estudio acerca de su aplicación.

V.III.- Modificaciones al Código Procesal Penal

La incorporación en la letra d) del artículo 83 de la referencia a actuaciones que la policía puede realizar ya no sólo en casos de delito flagrante sino que “cada vez que en el ejercicio de sus funciones, tomen conocimiento de un hecho que revista caracteres de delito” resulta demasiado vaga y amplia, y además no resulta coherente con el diseño institucional que desde la Constitución entrega la función de dirigir las investigaciones penales al Ministerio Público.

La regulación propuesta en el artículo 129, que amplía la facultad policial de examinar vestimentas, equipajes y vehículos a todos los casos de detención por flagrancia, constituye una ampliación considerable del estándar actual contenido en el artículo 89 (que permite dicho registro en el caso de que “existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación”. En la forma propuesta, no se asegura que

³⁷ Historia de la Ley 20.603, pág. 5. En: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37271/1/HL20603.pdf>. Consultado el 13 de marzo de 2015.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

frente a esta ampliación de facultades se apliquen los resguardos necesarios (como los contemplados en el inciso final del artículo 89).

La frase final agregada al artículo 140, por la cual el juez podría entender que hay peligro de fuga cuando una persona ha tenido “reiteradas detenciones anteriores”, vulnera el derecho a la libertad personal dado que ni siquiera se está hablando de órdenes de detención pendientes, sino de un historial que en la medida que no ha generado condenas ni otras medidas perfectamente podría incluir infracciones de bagatela, detenciones ilegales, y detenciones que no han acarreado posteriores formalizaciones, pudiendo incluso darse el caso de detenciones que luego den lugar a absoluciones, aplicación de principio de oportunidad o facultad de no perseverar. El INDH en su Informe Anual 2014 ya manifestó su preocupación por el criterio que considera “condenas anteriores” establecido en el artículo 140 del CPP, señalando que “entender que la libertad de la persona imputada constituye un peligro para la seguridad de la sociedad cuando ella hubiese sido condenada con anterioridad por el delito al que la ley señale igual o superior pena que al delito que actualmente se le imputa. Esto se traduce en que la ley le asigna a la persona imputada nuevas consecuencias penales (la prisión preventiva) a partir de hechos por los cuales ya fue investigada y sancionada. Así, condicionar la prisión preventiva en un caso particular basándose en hechos sobre los cuales ya se estableció una responsabilidad penal, afecta garantías procesales mínimas reconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos y en la legislación interna³⁸. Mediante esta fórmula se le quita al tribunal el rol ponderador de circunstancias fácticas específicas en orden a determinar la procedencia de la prisión preventiva, acotándolo a una verificación de la existencia de una condena anterior para decretar la prisión preventiva originada por hechos posteriores³⁹. Los argumentos que fundamentan la preocupación del INDH por el criterio de “condenas anteriores” también son aplicables respecto a la reforma propuesta en el proyecto en análisis para considerar las “detenciones anteriores” como antecedente determinante para la procedencia de la prisión preventiva.

Si bien durante la tramitación en la CSC se agregó un inciso final que señala que para estos efectos “sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido contra el sujeto, para su concurrencia ante el tribunal o el ministerio público, en calidad de imputado”, que en parte restringe el alcance de la propuesta original, ello no modifica la crítica formulada en el párrafo anterior.

Respecto al uso indiscriminado de la prisión preventiva, producto de los sucesivos endurecimientos de la institución, la Defensoría Penal Pública en su cuenta anual 2015 ha manifestado su preocupación afirmando que “según las cifras oficiales de la Defensoría: de

³⁸ El artículo 8.4 de la CADH establece como garantía procesal que “el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Interpretando este derecho la Corte IDH ha señalado que “este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos”. Corte IDH, caso Loayza Tamayo vs. Perú, 17 de septiembre de 1997, párr. 66. Asimismo, el artículo 1, inciso último del CPP establece que “la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

³⁹ INDH, Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2014, pág. 76.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

las 347 mil 650 causas terminadas durante el año (2014), 45 mil 129 correspondieron a imputados que terminaron como inocentes o no condenados, lo que representó el 13 por ciento del total de términos. Preocupantemente, 2 mil 462 de esos imputados estuvieron en prisión preventiva o internación provisoria, lo que sostiene la preocupación de la institución por el uso exagerado de una medida que, a todas luces, se usa más de lo necesario, apareciendo incluso como pena anticipada en muchos casos”⁴⁰.

En definitiva, la reforma al artículo 140 del CPP transgrede la obligación de los Estados de recurrir a la privación de libertad como *ultima ratio*, e incorpora además elementos impropios de un derecho penal de acto, con la gravedad adicional de que se estaría reprochando a una persona no sólo el haber tenido condenas anteriores, sino que meras detenciones, las que de no derivar en condenas demostrarían haber sido incapaces de desvirtuar la presunción de inocencia de una persona y no podrían aparejarle consecuencias tan drásticas como la prisión preventiva.

Por su parte, las modificaciones que se proponen a los artículos 170 y 237 agregan exigentes requisitos adicionales a la aplicación de mecanismos como el principio de oportunidad y la suspensión condicional del procedimiento.

Las salidas alternativas forman parte esencial del nuevo sistema procesal penal, y tal como se destaca en el Mensaje del CPP, están destinadas tanto a descongestionar el sistema, como a evitar efectos criminógenos de la aplicación del proceso penal en casos en que político-criminalmente resulta aconsejable optar por otras formas de gestión del conflicto. Imponer estos requisitos adicionales limita la facultad de los tribunales de aplicar estos mecanismos, y va en contra del espíritu del nuevo CPP, que crea un sistema que además de ser un Derecho Penal garantista se concibe como un derecho de alternativas.

Cabe destacar nuevamente que estas modificaciones alteran de manera general la regulación del CPP, no quedando acotadas a los delitos de apropiación a que se refiere en principio el Proyecto de ley que comentamos (pese a que en su título se menciona que es respecto de tales delitos que se “mejora la persecución penal”).

V.IV.- Otros cuerpos legales

El INDH valora las modificaciones relativas a las leyes de Tránsito y de Procedimientos en Juzgados de Policía Local, en la medida en que efectivamente pretenden descomprimir el trabajo administrativo de Carabineros para que puedan dedicarse prioritariamente a la prevención y persecución de delitos.

No obstante, más complejo resulta lo que se propone en relación a la Ley 18.216 en relación a los registros de ADN, puesto que en relación a los delitos de hurto, robo y receptación, se estaría agregando como requisito adicional para la concesión de penas sustitutivas del artículo 1 y régimen especial del artículo 33, el que la persona acceda a que se tome su huella genética a efectos de lo dispuesto en La Ley 19.970. Esta exigencia

⁴⁰ Memoria 2014 Defensoría Penal Pública, pág. 9.

INDH - 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. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

adicional, limitada a estos delitos, contraviene los principios de proporcionalidad y de igualdad ante la ley, y no aparece razonablemente fundada. Además, contradice el propio texto de la Ley 19.970, que en su artículo 2 inciso segundo establece que “bajo ningún supuesto el Sistema podrá constituir base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna”. Al exigirse este requisito adicional respecto de personas condenadas por los delitos aludidos, respecto de las cuales no se haya podido obtener una huella genética, la imposibilidad de concederles penas sustitutivas resulta evidentemente discriminatoria.

La crítica anterior sigue siendo pertinente, aunque la CSC acotó los delitos aludidos a los robos de los artículos 433, 436 inciso 1°, 443 y 443 bis del CP.

Los incisos agregados al artículo 33 durante la tramitación en la CSC, por indicación del Ejecutivo, vienen a modificar de una manera importante el régimen de la llamada nueva ley de penas sustitutivas, que entró en vigencia hace tan sólo un año y medio. La necesidad de estas modificaciones no viene demostrada por ningún estudio ni cifras sobre su aplicación y eventuales problemas detectados.

En cuanto se pretende dar la posibilidad de interrumpir la pena privativa de libertad de personas mayores de 80 años no se aprecian problemas desde una perspectiva de derechos humanos⁴¹. Lo complejo es que de manera asistemática se termine consagrando un régimen especial para varias categorías de delitos, respecto de lo cual es posible reiterar todo lo ya señalado a propósito de la vulneración de los principios de proporcionalidad e igualdad al comentar las reformas al CP.

De hecho, la opción que se ha tomado es tan curiosa que traslada y amplía lo que hasta ahora estaba en el artículo 1 de esta ley al artículo 33, que en principio se refiere sólo al mecanismo de interrupción de la pena privativa de libertad, para desde ahí proclamar el listado de delitos respecto de los cuales “no procederán los beneficios contemplados en esta ley” (se entiende que todos estos “beneficios”, que en rigor no son tales sino que penas sustitutivas). Todo esto se realiza sin reformar el artículo 1.

También resulta criticable la inclusión en el listado de “delitos sin derecho a beneficios” de los de la ley 18.314 y de “crímenes contra los derechos humanos o de aquellos señalados como imprescriptibles”.

Respeto a los delitos de terrorismo, basta con mencionar que la Ley vigente ha sido objeto de severas críticas por vulnerar en su diseño mismo derechos y garantías esenciales y por

⁴¹ Si bien los estándares internacionales de derechos humanos no impiden el encarcelamiento de personas mayores de edad, sino que más bien lo que requieren de los Estados es que tengan en cuenta sus necesidades especiales. Al respecto, ver los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

ello, de no mediar una profunda reforma de dicha normativa, no es aceptable agravar aún más su estatuto actual⁴².

En relación a violaciones de derechos humanos, como ya hemos tenido ocasión de señalar, si bien “la determinación de la responsabilidad penal individual en materia de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos contiene un significado jurídico (y ético) que la distingue esencialmente de la responsabilidad por la comisión de un delito común”⁴³, y por eso “la persecución en materia de crímenes de Estado presenta diferencias con la persecución penal de un delito común”, ello no significa que la posibilidad de aplicar diversos beneficios esté totalmente excluida, sino que debe ajustarse a algunas exigencias mínimas⁴⁴.

Particularmente delicado resulta lo dispuesto en el artículo transitorio con que se cierra este Proyecto de ley en relación a la ampliación de recintos penales (habiéndose eliminado en la CSC la alusión a construcción de dichos recintos). Los autores del proyecto son conscientes de que de ser aprobado, la ya preocupantemente alta población penitenciaria del país se incrementará notablemente, y por eso es que declaran abiertamente que se necesita aumentar la capacidad de encarcelamiento del sistema “con menos trámites”. En este contexto, las alusiones a que se requiere de una estrategia integral que contemple también aumentar las posibilidades de trabajar por una efectiva reinserción, y la mención que se hace en el Mensaje a que deben otorgarse “condiciones dignas a los internos” resultan meramente declarativas a la luz de lo que finalmente se propone, que es sencillamente la relajación de las exigencias que tanto desde un punto de vista administrativo como ambiental se hacen normalmente a la construcción de nuevos recintos penitenciarios.

Esto contradice evidentemente lo que ha recomendado la Corte IDH en su ya mencionado Informe del año 2009, del cual parece necesario citar un párrafo completo: *“Las políticas que propician el empleo de la privación de la libertad como instrumento para la disminución de los niveles de violencia y las tasas de delincuencia, más allá de lo debatible de su eficacia, han generado incrementos en la población penitenciaria. Sin embargo, la inmensa mayoría de los países de la región no contaban, ni cuentan, con la infraestructura ni con los recursos humanos o técnicos necesarios en su sistema penitenciario para garantizar a las personas privadas de libertad un trato humano. Consecuentemente, dichos*

⁴² A todos estos problemas el INDH se ha referido en el Informe sobre cuestiones a considerar en una reforma de la Ley Antiterrorista a la luz de la observación de casos realizada por el INDH, aprobado por el Consejo del INDH el 22 de julio de 2014.

⁴³ Informe Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad, aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2013 – Sesión 153, pág. 3.

⁴⁴ Entre ellas: control judicial; transparencia en el otorgamiento de los beneficios; recoger la opinión de familiares y víctimas. Ver: Informe sobre los Beneficios Carcelarios Concedidos a Condenados por los Secuestros Seguidos de Homicidios de José Manuel Parada Maluenda, Manuel Guerrero Ceballos y Santiago Nattino Allende, aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 05 de agosto de 2013 – Sesión 166.

*sistemas no están en condiciones de constituirse en herramientas efectivas para contribuir a la prevención de la violencia y el delito. Las obligaciones asumidas por los Estados Miembros en relación con los derechos humanos directamente comprometidos en las políticas públicas de seguridad ciudadana imponen a éstos la responsabilidad de diseñar e implementar programas de adecuación de su normativa procesal-penal y de la infraestructura y asignación de recursos humanos y materiales de su sistema penitenciario, a los efectos de garantizar que la ejecución de las sanciones de privación de libertad dispuestas por la justicia competente se cumplirán respetando estrictamente los estándares internacionales en esta materia. La Comisión subraya muy especialmente que no es posible implementar planes o programas de prevención ni de efectivo control de la violencia y el delito si no se tienen en cuenta estos factores relacionados con el sistema penitenciario en el marco de la ejecución de una política pública sobre seguridad ciudadana”.*⁴⁵

Específicamente en materia ambiental la norma transitoria señala que “[t]ratándose de las exigencias asociadas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, contemplado en la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, éstas deberán materializarse en un plazo no superior a tres meses. Transcurrido dicho plazo **se prescindirá de dicho pronunciamiento**, entendiéndose aprobado el proyecto de inversión en los términos propuestos por Gendarmería” (el destacado es nuestro). En definitiva, el Estado establecería un régimen especial de evaluación ambiental, cuestión que preocupa al INDH toda vez que dará lugar a menores estándares de protección al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación afectándose la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 de la Constitución Política de la República.

VI.- Conclusiones

1.- El INDH valora el interés que el Ejecutivo muestra por las víctimas de los delitos que son objeto de la propuesta legislativa en análisis, ya que como se sostuvo en párrafos anteriores, son las personas pertenecientes a grupos vulnerables las que más duramente resienten las consecuencias de la comisión de delitos (ya sea que estos provengan de delincuencia común, económica u organizada). Sin embargo, preocupa al INDH que esta iniciativa legal no se enmarque en una política integral de prevención de delito y de la violencia.

2.- Resulta preocupante que el Mensaje presidencial que se propone no sea una política pública fundada en diagnósticos integrales y que su justificación desde el punto de vista de una política criminal no haya sido formulada preferentemente con una perspectiva de derechos humanos.

3.- Las reformas propuestas al Código Penal tienden a endurecer injustificadamente las penas aplicables a los delitos mencionados, de una manera que no resulta razonable de acuerdo a los requisitos propios de medidas restrictivas de derechos fundamentales en un Estado de Derecho, y a recortar las facultades de los tribunales en la fase de determinación

⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, párr. 157.

judicial de la pena. Además, en la medida que se contempla un régimen especial de determinación de penas y de regulación de la reincidencia para estos delitos, mucho más severo que el aplicable al resto de los delitos, entre ellos delitos graves contra las personas, se vulneran los principios básicos de proporcionalidad e igualdad ante la ley.

4.- Adicionalmente, no resulta razonable adelantar la reforma del Código Penal exclusivamente en lo referido a estos delitos, en circunstancias en que existe una Comisión trabajando en una reforma integral que tiene por objetivo aprobar un nuevo Código Penal para Chile.

5.- Las modificaciones que se plantean al Código Procesal Penal van más allá de lo anunciado en el título del proyecto de Ley, toda vez que se refieren a la regulación general de institutos como el principio de oportunidad y la suspensión condicional del procedimiento –entre otros-. Además, van en contra del espíritu del CPP vigente al contemplar requisitos adicionales para la aplicación de ciertos mecanismos y salidas alternativas, restringiendo así las facultades judiciales y propiciando un excesivo uso del sistema penal en casos que podrían ser resueltos de otra manera.

6.- El proyecto comentado genera una discriminación no justificada ni razonable en cuanto a la concesión de penas sustitutivas, las que quedarán sometidas a mayores exigencias en este tipo de delitos que en todo el resto, entre ellas la de contar con la huella genética de los condenados por hurto, robo y receptación en el respectivo registro de ADN, además de endurecer injustificadamente el régimen de la Ley de penas sustitutivas en relación a un amplio conjunto de delitos que se han agregado durante la tramitación en la Comisión de Seguridad Ciudadana.

7.- De la forma en que está planteada esta iniciativa legal, no existe ningún mecanismo ni política que se haga cargo de los altísimos niveles de privación de libertad efectiva que acarrearía, y el estado actual de hacinamiento carcelario y ausencia de políticas reales de reinserción. Por el contrario, el proyecto solamente se hace cargo de hacer menos exigencias legales y administrativas a la construcción y ampliación de cárceles en las tres regiones más pobladas del país de aquí al 2018, afectando además el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación al rebajar las exigencias ante el sistema de evaluación de impacto ambiental.