



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho



ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES DE LA LEY N° 20.931, DEL 5 DE JULIO DE 2016, A LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS POR LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Enrique Alberto Rodríguez Segovia
Profesor guía: Dr. Guillermo Oliver Calderón

Valparaíso, noviembre de 2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE TIPOS PENALES Y AGRAVANTES EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD	5
1. Aspectos punitivos e interpretativos de las modificaciones en materia de robo calificado del artículo 433 del Código Penal	5
a) Aspectos punitivos	5
b) Aspectos interpretativos	7
2. El alcance de la modificación efectuada por la Ley N° 20.931 al delito de receptación del artículo 456 bis A del Código Penal.....	12
3. Antecedentes y efectos prácticos de la derogación de la agravante de pluralidad de malhechores contenida en el N°3 del artículo 456 bis del Código Penal.....	14
a) Antecedentes de la derogación del N°3 del artículo 456 bis Código Penal	14
b) Efectos prácticos de la derogación del N°3 del artículo 456 bis del Código Penal .	15
4. Requisitos de procedencia y efectos prácticos de la creación de la agravante especial del artículo 449 bis del Código Penal.....	25
a) Requisitos de procedencia de la agravante especial del artículo 449 bis del Código Penal	25
b) Efectos prácticos de la creación de la agravante especial del artículo 449 bis del Código Penal.....	25
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES EN LA REGLA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD	29
1. Nuevo sistema de determinación de la pena	29
2. Ámbito de aplicación del artículo 449 del Código Penal	30
3. Regla de determinación de la pena del artículo 449 N°1 del Código Penal	31
4. Aspectos interpretativos del N°1 del artículo 449 del Código Penal: el N°1 del artículo 449 del Código Penal solo es aplicable al autor de delito consumado.....	33
a) Argumento de historia de la ley	34
b) Argumento de interpretación sistemática de los tipos del Código Penal	35
c) Aplicación especial y excepcional	36
5. Nueva regla de determinación de la pena del artículo 449 N°2 del Código Penal para condenados reincidentes, en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal	37
6. Aspectos interpretativos del N°2 del artículo 449 del Código Penal.....	38

6.1 El N°2 del artículo 449 solo es aplicable al autor de delito consumado	38
6.2 La inclusión del artículo 456 bis A dentro del ámbito de aplicación del artículo 449 del Código Penal.....	38
7. Antinomia entre el artículo 449 N°2 y el artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal	43
8. Solución a la colisión normativa.....	45
9. Problemas que presenta la aplicación del artículo 449 N°2 al delito de receptación con agravante de reincidencia del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal	49
CONCLUSIONES.....	54
BIBLIOGRAFÍA.....	59

INTRODUCCIÓN

La Ley N°20.931, publicada en el Diario Oficial el 5 de julio de 2016, tiene por finalidad facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y así mejorar la persecución penal de dichos delitos. Con ese propósito, añade importantes modificaciones a los siguientes cuerpos normativos: Código Penal, Código Procesal Penal, Ley N°18.216 y el Código de Justicia Militar, entre otros, que en lo medular, se refieren a los delitos contra la propiedad.

En este orden de ideas, es preciso indicar que los fundamentos expresados en el mensaje de la Ley N°20.931 naturalmente se relacionan con el aumento de la actividad criminal y la sensación de inseguridad ciudadana, lo que, en términos del Poder Ejecutivo, debe ser solucionado “combatiendo” los delitos de mayor connotación social, entendiendo por tales, a los delitos contra la propiedad, especialmente si son cometidos por reincidentes o por el denominado “crimen organizado”. En este sentido, es dable afirmar que la intención del legislador con la dictación de la denominada “Segunda Agenda Corta Antidelincuencia”, radica en una finalidad político-criminal de orientación preventiva general intimidatoria, mediante la cual se busca aumentar el rigor penal y procesal penal en la persecución de los delitos contra la propiedad, optando preferentemente por las penas privativas de libertad y su cumplimiento efectivo. Dicho lo anterior, cabe destacar que tales motivaciones tienen una notable similitud con las ideas expresadas en el mensaje del anterior proyecto de ley de “Agenda Corta” (Ley N°20.253, del 14 de marzo de 2008).

Una vez manifestada la finalidad de la ley en estudio y la serie de cuerpos normativos que han sido reformados, debemos señalar que el objeto del presente trabajo radica esencialmente en el análisis crítico de las modificaciones impuestas por Ley N°20.931 al Código Penal, específicamente a lo que concierne a los delitos contra la propiedad. Con este fin, abordamos en el primer capítulo los cambios en materia de tipos penales contra la propiedad, tal como el efectuado al artículo 433 del Código Penal que fue modificado en cuanto a su estructura típica, puesto que se le agregó un nuevo numeral tercero, se reformularon sus penas y se alteró la tipificación del tiempo que deben permanecer las víctimas del delito de robo con violencia o intimidación para que se trate de un robo calificado. Asimismo, analizamos el artículo 456 bis A del mismo cuerpo legal, haciendo una remisión al propósito del legislador para agravar el régimen punitivo del delito de receptación mediante la inserción de un nuevo inciso final a la disposición. Por otro lado, dentro del mismo capítulo, tratamos la derogada agravante del artículo 456 bis N°3 del Código Penal, indicando los antecedentes que llevaron a su derogación y las consecuencias prácticas e interpretativas derivadas de la misma. De igual forma, estudiamos la nueva agravante especial del artículo 449 bis, abordando sus requisitos de procedencia y los efectos que derivan de su comparación con el tipo de asociación ilícita.

Posteriormente, en el capítulo segundo analizamos la nueva regla de determinación de la pena del artículo 449 del Código Penal, indicando su ámbito de aplicación y los problemas interpretativos y prácticos derivados de sus dos numerales, para, finalmente, terminar con la elaboración de supuestos hipotéticos de delitos de receptación con agravante de reincidencia, a partir de los cuales, a mi juicio, es posible afirmar que, respecto del tipo del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal, la regla de determinación de la pena del artículo 449 N°2 del mismo cuerpo legal, incluida por la Ley N°20.931, no cumple con la finalidad de endurecer el régimen de determinación de la pena para los delitos contra la propiedad.

En definitiva, dentro del presente estudio abordaremos la reforma efectuada por la Ley N°20.931 a los tipos contra la propiedad, a la nueva circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal y a la nueva regla de determinación de la pena. Para ello, nos avocaremos, principalmente, a los problemas de interpretación y de aplicación que conllevan los mismos. Cabe precisar, finalmente, que todas las disposiciones en comento tienen en común el propósito de agravar el régimen punitivo y la aplicación de las penas para los delitos contra la propiedad.

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE TIPOS PENALES Y
AGRAVANTES EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

1. Aspectos punitivos e interpretativos de las modificaciones en materia de robo calificado del artículo 433 del Código Penal
 - a) Aspectos punitivos

En primer término, es necesario hacer mención a lo que prescribía el antiguo artículo 433 del Código Penal, objeto de modificación por la Ley N°20.931, del 5 de julio de 2016¹, con el propósito de efectuar una comparación entre el antiguo y el modificado precepto. La mencionada norma, en palabras de la Defensoría Penal Pública, disponía en un solo numeral y con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado, el robo con homicidio, robo con violación y robo con lesiones de los artículos 395, 396 y 397 N°1 del Código Penal, esto es, castración, mutilaciones y lesiones grave – gravísimas.²A su vez, el N°2 del antiguo artículo 433 sancionaba con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo, cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por más de un día, o se cometieren lesiones de las que trata el N° 2° del artículo 397.

Respecto de lo anterior, en virtud del nuevo artículo 433 del Código Penal³, Winter señala que la Ley N°20.931 introduce un aumento de la pena para el robo con homicidio o violación del artículo 433 N°1 del Código Penal, mediante la eliminación del grado mínimo de la pena, quedando ésta en presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo

¹ *Antiguo artículo 433. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado:*

1°. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, N° 1°.

2°. Con presidio mayor en su grado medio a máximo, cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por más de un día, o se cometieren lesiones de las que trata el N° 2° del artículo 397.

² DEFENSORIA PENAL PÚBLICA, *Minuta: Sobre las modificaciones introducidas por la denominada Ley de “Agenda Corta”* (Santiago, Departamento de Estudios Defensoría Nacional- Defensoría Penal Pública, 2016), p.4.

³ *Nuevo artículo 433. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado:*

1°. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio o violación.

2°. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, número 1°.

3°. Con presidio mayor en su grado medio a máximo cuando se cometieren lesiones de las que trata el número 2° del artículo 397 o cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito.

calificado.⁴El autor agrega que la Agenda Corta modifica el antiguo numeral 2° del artículo 433 del Código Penal, introduciéndose un tipo de robo con castración, mutilación o lesiones graves gravísimas –que antes estaban también en el primer numeral– sancionado con una pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, esto es, la pena del N°1, pero excluido su grado máximo. En definitiva, no hay un aumento punitivo para estas hipótesis, toda vez que mantiene la pena que ellas tenían en el antiguo numeral 1.⁵

De la descomposición del antiguo numeral primero del artículo 433 del Código Penal, en el numeral primero y segundo del nuevo artículo 433 del Código Penal, es posible afirmar que la diferencia entre los modificados numerales radica en el rango máximo de pena posible de aplicar. En ambos numerales, el rango mínimo de la pena se eleva desde el presidio mayor en su grado medio (10 años y un día) a presidio mayor en su grado máximo (15 años y un día). Por ende, el criterio diferenciador se encuentra en que, en el caso del robo con homicidio o violación, la pena puede llegar a presidio perpetuo calificado y en el caso del robo con castración, mutilación o lesiones graves gravísimas, solo puede llegar al presidio perpetuo simple.

Por causa directa de la modificación en estudio, se produce una distorsión en el sistema de penas del Código Penal. Ejemplo de ello es el siguiente: un robo con violencia con mutilación de miembro menos importante cometido por un imputado con irreprochable conducta anterior tiene una pena mínima, en abstracto, de 15 años y un día de presidio. Un homicidio simple consumado cometido por el mismo imputado tiene una pena mínima, también en abstracto, de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio. El autor del robo con violencia referido no puede rebajar el grado mínimo de su pena, cualesquiera sean las atenuantes que le beneficien, en tanto que el autor del homicidio puede optar a dicha rebaja si cuenta con más atenuantes que la mera irreprochable conducta anterior.

Por otro lado, la Defensoría Penal Pública, respecto del nuevo N°3 del artículo 433, añade que una de las modificaciones que se introduce en este artículo dice relación con el antiguo numeral segundo del artículo 433 que pasa a ser el nuevo numeral tercero. Se mantiene la penalidad, pero se altera la tipificación del tiempo que deben permanecer las víctimas del delito de robo con violencia o intimidación para que se trate de un robo calificado. La norma antigua contenía la frase “por más de un día”, pasando con la nueva norma a exigirse que la retención lo sea “por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito”.⁶

En virtud de lo anterior, la modificación de los antiguos numerales del artículo objeto de estudio, según la Fundación Paz Ciudadana, pretende dos fines. Uno de ellos es aumentar

⁴ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, *Panorama de la Ley N° 20.931 que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, más conocida como agenda corta antidelinuencia* (Santiago, Academia Judicial de Chile, 2016), p.3.

⁵ *Ibid.*, p.6.

⁶ DEFENSORIA PENAL PÚBLICA, cit. (n.2), p.5.

la penalidad de los tipos de robo con homicidio, robo con violación, robo con castraciones, robo con mutilación y robo con lesiones graves, aumentando la pena mínima desde 10 años y 1 día a 15 años y 1 día. El otro es perfeccionar la descripción típica de la hipótesis de robo con retención, configurándose no solo cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate, sino que además cuando son retenidas por un lapso mayor a aquel necesario para la comisión de un delito.⁷ Adiciona la fundación y con razón, indicando que ambas modificaciones son positivas y pertinentes. La primera, por cuanto corrige un problema sistemático que produjo la reciente modificación del delito de homicidio simple, el cual estableció como mínimo una pena de 10 años y 1 día, situación en la cual podía llegar a ser igual de grave sólo matar, que matar y además robar, lo cual es contrario al principio de proporcionalidad de las penas. En el caso de la segunda, el perfeccionamiento de la descripción del robo con retención permite configurarlo no por el simple paso del tiempo, sino toda vez que la privación de libertad de la víctima exceda la necesaria para consumar el robo.⁸

b) Aspectos interpretativos

Producto de las modificaciones al antiguo artículo 433 del Código Penal, quedan de manifiesto algunos aspectos interpretativos de los que es necesario hacernos cargo. En primer término, cabe hacer referencia a una discusión que se produce a propósito del robo con homicidio y cuya solución podría haber variado en virtud de la modificación actual. Hacemos alusión a la interrogante, de si el tipo de robo con homicidio, encuadra además del homicidio simple, al homicidio calificado y al parricidio. Respecto del primero, Etcheberry indica que no caben dudas respecto a que el vocablo homicidio alude al homicidio simple⁹. Asimismo, Rodríguez señala que este planteamiento, si bien es válido e irrefutable respecto de las conductas susceptibles de ser incluidas bajo la denominación de homicidio simple, merece algunas precisiones en relación con los delitos de parricidio y homicidio calificado.¹⁰ En términos similares, Matus y Ramírez señalan que no hay duda que el homicidio simple sí se incluye, por lo que restaría precisar la situación del homicidio calificado y del parricidio.¹¹

Respecto del tipo de parricidio, se ha sostenido por algunos autores que el artículo 433 N°1 del Código Penal no hace distinción entre las distintas figuras de homicidio; es más, el párrafo 1 del título VIII del Libro II del Código Penal está titulado como “Del homicidio” e incluye no solo el homicidio simple y el calificado, sino que también el parricidio y

⁷ FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, *Boletín N° 9.885-07: Análisis del proyecto de agenda corta anti delincuencia* (Santiago, 2016), p.8.

⁸ *Ibid.*, p.9.

⁹ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Luis Alfredo, *Derecho Penal, tomo IV, 3ª edición parte especial* (1997), p. 340.

¹⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Robo con homicidio*, en *Revista de Estudios de la Justicia* 11(2009), p.137.

¹¹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, M° Cecilia, *Manual de derecho penal chileno parte especial* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2017), p.484.

femicidio (artículo 390 del Código Penal).¹² Otros autores han negado esta posibilidad, entre ellos se encuentra Rodríguez, quien estima que el único título de castigo es el parricidio, ya que la conducta de quien mata a su padre, para hacer posible la apropiación de un objeto que pertenece a este último, cumple las exigencias típicas del parricidio (un homicidio calificado en razón del vínculo del parentesco) y del robo con homicidio (en estricto rigor, un homicidio calificado en razón de la motivación pecuniaria que lo inspira). En estas circunstancias, en el caso propuesto en verdad estamos frente a un concurso aparente de leyes penales que debe ser solucionado en virtud del principio de subsidiariedad (tácita), motivo por el cual corresponde aplicar (únicamente) la pena prevista para el delito de parricidio.¹³ De manera contraria, otros han planteado que estamos frente a un concurso real de delitos.¹⁴ Entre ellos, Garrido plantea que la *ratio legis* del artículo 443 del Código Penal no parece haber pretendido comprender el parricidio y el homicidio calificado como posibles hipótesis de robo con homicidio, sino limitarlo al homicidio simple. Como se ha expresado con anterioridad, la finalidad de la disposición es agravar la responsabilidad penal del autor más allá del homicidio mismo y del robo; eso explica la alta penalidad del tipo penal en referencia.¹⁵ Continúa el autor, afirmando que resulta evidente que el parricidio (artículo 390 del Código Penal) tiene una sanción extremadamente grave y otro tanto sucede con el homicidio calificado (artículo 391 N°1 del Código Penal), muy distanciadas de la que corresponde al homicidio simple. Si se pretende comprender aquellos en el tipo penal de robo con homicidio podría el delincuente salir favorecido en definitiva, lo que no se corresponde con el trasfondo de los tipos en juego¹⁶.

En definitiva, Montt concluye que lo comentado lleva a sostener que solo puede integrar el delito de robo el homicidio simple, puesto que, si con motivo u ocasión del apoderamiento se comete parricidio u homicidio calificado,¹⁷ se enfrenta una hipótesis de concurso real entre estos delitos y el de robo con violencia, que correspondería sancionar de acuerdo con el artículo 75 del Código Penal, siempre que se diera la relación de medio a fin allí señalada.¹⁸

No obstante lo anterior, debido a la entrada en vigencia de la Ley N°20.931, tales argumentos desaparecen con el nuevo marco penal del artículo 433 N°1 del Código Penal establecido por la Agenda Corta, quedando dicho marco, en el caso de ambos delitos, en presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Así, ya no podría existir

¹² LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal, Tomo II* (Santiago, 7ª ed. Editorial jurídica de Chile, 2000), p.320.

¹³ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, cit. (n.10), p.138.

¹⁴ En este sentido, véase ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Luis Alfredo, cit. (n.9), p.341.

¹⁵ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, Tomo IV, parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), p. 198.

¹⁶ *Ibid.*, p.199.

¹⁷ En este sentido, véase MERA FIGUEROA, Jorge, *Delitos contra la propiedad, revisión crítica y propuesta de reforma*, en Revista de Estudios de la Justicia 13(Revista Electrónica Jurídica, 2010), p. 66.

¹⁸ GARRIDO MONTT, Mario, cit. (n.15), p.199.

concurso real¹⁹ y de considerarse un concurso aparente, estimamos que se debe resolver a favor del robo calificado en virtud del principio de subsidiaridad tácita. Lo anterior, en atención a que, según Matus, podemos afirmar que existe una relación de subsidiaridad tácita, básicamente en los siguientes casos: i) entre las diversas especies de un mismo delito básico, por ejemplo, la relación entre las lesiones graves-gravísimas y las mutilaciones, y ii) en ciertos casos de delitos progresivos, donde el paso de una infracción penal a otra supone la mantención de una misma propiedad subjetiva u objetiva del hecho, como en el caso del paso del delito de peligro al de lesión (lo constituye la puesta en peligro del objeto de protección penal), como sucede con las distintas modalidades del estado de ebriedad de la ley de alcoholes.²⁰ Una vez clarificada la distinción entre los posibles supuestos de subsidiaridad tácita, estimamos que en el caso en comento, es procedente la primera alternativa; esta es, la existencia de diversas especies de un mismo delito básico. El mismo autor, señala que frente a este supuesto, se debe resolver el concurso aparente de leyes penales a favor de la figura que contenga la calificación más grave.²¹ En efecto, debido a que con la Ley N°20.931 se igualan las penas entre los delitos de parricidio y de robo calificado, naturalmente, no es posible elegir entre uno y otro delito bajo el criterio de cuál de ellos tiene asignada una pena mayor. No obstante, de todos modos es perfectamente posible resolver el concurso aparente a favor del robo calificado, ya que se encuentra sujeto a un sistema de determinación de la pena más gravoso que el que se le aplica al parricidio, lo cual lo lleva, según nuestro parecer, a tener una calificación más grave que la del delito de parricidio.

De manera contraria a lo estimado por nosotros, Matus y Ramírez señalan que el parricidio se encuentra incluido dentro del tipo de robo con homicidio a través de la absorción. Los autores remitiéndose al argumento entregado por Labatut²², consistente en que el término homicidio ésta tomado en sentido genérico con lo que si queda incluido dentro del robo con homicidio, indican que dicha afirmación debe ser tomada por buena, producto del aumento de la pena operado en el artículo 433 N° 1 por la Ley N°20.931, que la ha hecho idéntica a la del delito de parricidio del artículo 390 del Código Penal.²³

Ahora bien, respecto a la interrogante sobre si cabe la inclusión del homicidio calificado dentro del tipo de robo con homicidio del artículo 433 de Código Penal, Rodríguez ha expresado, como señalamos precedentemente, que el término “homicidio” que emplea el tipo de robo con homicidio comprende tanto al homicidio simple como al homicidio calificado. Para llegar a esta conclusión basta considerar, como ya se explicó, que este último delito pertenece a la categoría de los homicidios y si tal es la expresión que utiliza el tipo,

¹⁹ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.5. Cabe destacar que el autor estima que el concurso aparente de leyes penales entre los delitos de parricidio y robo calificado, debe resolverse a favor del delito de robo calificado en virtud del principio de especialidad.

²⁰ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *La teoría del concurso aparente de leyes penales y el “resurgimiento” de la ley en principio desplazada*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 9(Coquimbo, 2002), p.32.

²¹ *Ibíd.*

²² LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal*, cit. (n.12), p.203.

²³ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, M° Cecilia, cit. (n.11), 484.

ninguna razón hay para que aquel resulte excluido desde el punto de vista de una interpretación gramatical del precepto.²⁴ Continúa el autor, indicando que el marco penal asignado al homicidio calificado (que es inferior al del robo con homicidio) corrobora la tesis que aquí se plantea, porque es perfectamente entendible que la muerte causada con alguna de las calificantes que menciona el artículo 391 N°1 del Código Penal se castigue con el marco penal más elevado que prevé el artículo 433 N°1 del mismo Código, cuando ocurra con motivo u ocasión del robo. En otras palabras, la pena con que la ley castiga el robo con homicidio permite captar no solo el desvalor de la muerte, sino también el de la modalidad de ejecución utilizada y la apropiación que con ella se vincula.²⁵ En la misma línea argumentativa, Oliver ha dicho que, en todo caso, basta considerar que el tipo penal del artículo 433 N°1 alude a *homicidio* sin distinción, lo que lleva a concluir que no hay razón para excluir al homicidio calificado, más todavía si la pena del robo con homicidio es mayor,²⁶ al menos en su grado más alto, algo que se mantiene, en todo caso, con las modificaciones de la Agenda Corta.

Según Matus y Ramírez, con respecto al homicidio calificado, indican que el artículo 456 bis viene a despejar las dudas, toda vez que hace aplicable respecto al robo con violencia las circunstancias agravantes de premeditación y alevosía. Así, el homicidio calificado también se incluye en la figura del robo con homicidio, de tal manera que la circunstancias del artículo 391 N°1 no influyen en la fijación de su marco penal, pero como lo reconoce expresamente el inciso segundo del artículo 456 bis, las circunstancias que constituyen el homicidio calificado pueden tomarse en cuenta como agravantes de los Ns°. 1° a 5° del artículo 12 a la hora de determinar judicialmente la pena aplicable.²⁷

Por otro lado, también surgen problemas interpretativos a partir del nuevo numeral tercero del artículo 433 del Código Penal. Dicho numeral dispone la pena de “*presidio mayor en su grado medio a máximo cuando se cometieren lesiones de las que trata el número 2° del artículo 397 o cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito.*”²⁸ Observada la norma, en términos de la Defensoría Penal Pública, es posible percatarse de que la dificultad interpretativa proviene de lo amplio y abierto de los términos usados por el legislador para definir el límite temporal. Por eso, el dilema que llama a discusión es ¿cuál es la interpretación correcta que corresponde dar a este elemento normativo del tipo penal “tiempo necesario para la comisión del delito”?²⁹ Bajo esta línea, Winter indica que hasta antes de la

²⁴ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, cit. (n.10), p.138.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Delitos contra la propiedad* (Valparaíso, Editorial LegalPublishing, 2013), pp.310-311.

²⁷ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, M° Cecilia, cit. (n.11), p.484.

²⁸ En este sentido, véase GARRIDO MONTT, Mario, cit. (n.15), p. 205: “*Respecto del delito de robo con retención de personas, cabe señalar que el legislador no exigió en este caso que la retención fuera con motivo u con ocasión del robo, pero debe concluirse que va subentendida dicha exigencia; no se visualiza razón para que en este caso rigiere un criterio diferente.*”

²⁹ DEFENSORIA PENAL PÚBLICA, cit. (n.2), p.5.

modificación, se aplicaba esta pena para los casos en que la retención durara más de un día³⁰. El legislador, considerando que dicho plazo era demasiado amplio, buscó reducirlo, formulando la hipótesis en términos de que la pena se aplica “*cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito.*”³¹

Según la Defensoría Penal Pública, la respuesta a la interrogante es relevante pues, dado el nuevo parámetro normativo del artículo 433 N°3 del Código Penal, la determinación de este elemento del tipo queda entregado al órgano jurisdiccional (tiempo necesario) y, en consecuencia, amplía el ámbito de interpretación para determinar la calificación jurídica del hecho como robo calificado. En efecto, habida cuenta de que este tipo del Código Penal carecerá de un elemento objetivo y apreciable a través de una simple acción del intelecto, el tiempo necesario se deberá determinar caso a caso según las circunstancias fácticas del hecho materia de la acusación y, sobre todo, considerando cuál es la función concreta que cumple la retención de la víctima para efectos de la consumación del robo.³²

Aunado a esto, la misma Defensoría indica que dada la redacción final de la norma y el sentido de la modificación, no quedan comprendidas en este caso aquellas situaciones de los llamados “secuestros express”, esto es, aquellos casos en que la víctima es llevada a diversos cajeros automáticos para que realice giros de dinero, en la medida en que es liberada inmediatamente después de concluido el último giro de dinero. En ese caso existe claramente una situación de necesidad o inherencia de retención de la persona para cometer el delito.³³ Por el contrario, estimamos que si en el mismo caso mencionado, luego de terminado el último giro de dinero la víctima no es liberada, sino hasta 25 horas después, pensamos que, frente a este supuesto, estamos en presencia del delito de robo calificado del artículo 433 N°3 del Código Penal, puesto que la retención habrá sido “*por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito*”. En este mismo orden de ideas, agrega que se puede argumentar que la retención de la víctima que se produce o continúa una vez consumado el delito, y que tiene por objeto sólo evitar la denuncia del mismo, es también inherente al ilícito. Por ejemplo, si las víctimas son maniatadas durante el robo, es evidente que quien comete el ilícito no las liberará apenas consiga la sustracción de la cosa, pues no sería posible el agotamiento del delito –conservación o reducción de la especie-, dado que previsiblemente no alcanzaría a fugarse de la policía. Por ende, este tipo de retención

³⁰ En este sentido, véase GARRIDO MONTT, Mario, cit. (n.15), p. 206: “*esta exigencia se explicaba porque lo frecuente en estos delitos será que, por lo menos unos momentos, la víctima y demás afectados queden privados de su libertad material, pero mantenerlos en tales condiciones por más de un día es algo excesivo que motiva el agravamiento del hecho.*”

³¹ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.6.

³² DEFENSORIA PENAL PÚBLICA, cit. (n.2), p.6.

³³ *Ibid.*

constituye un robo con violencia o intimidación simple del 436 inciso 1°, y no un robo calificado del 433 N°3.³⁴

Sobre el particular, Garrido afirma que la presente modalidad de robo constituye un delito complejo, por cuanto retener personas es privarlas de su libertad ambulatoria y dejarlas sujetas a la voluntad de sus captores, lo que en el hecho puede dar lugar a un delito de secuestro, de detención ilegítima y aun, tratándose de menores, de sustracción de menores. De modo que fuera del robo, debe privarse de libertad a una o más personas con motivo o a consecuencia de la acción de apoderamiento.³⁵

Señala Winter y con justa razón, que esta hipótesis aporta la primera dificultad interpretativa de la nueva legislación, toda vez que, si bien parece más amplia que la disposición anterior, al haber renunciado a un plazo objetivo, puede que en la práctica su aplicación resulte más difícil. En efecto, mientras que con la antigua formulación pasado el plazo de un día se configuraba la hipótesis, sin mediar ninguna otra circunstancia, con la actual formulación debe acreditarse que el lapso de la retención fue mayor al necesario para la comisión del delito de robo.³⁶ Concluye el autor, indicando que el cambio parece ser positivo. En general, la interpretación que se hacía es que la coacción que excedía la necesidad de la comisión del robo –se considera incluido en el robo algún grado de privación o restricción de la libertad–, cuando no excedía las 24 horas, daba origen a un concurso con el respectivo delito contra la libertad. Con la modificación, entonces, esto ya no sucede y se aplica solamente el artículo 433 del Código Penal.³⁷

2. El alcance de la modificación efectuada por la Ley N° 20.931 al delito de receptación del artículo 456 bis A del Código Penal

La modificación efectuada por el legislador al artículo objeto de estudio se materializa en la inclusión de un nuevo inciso final al tipo de receptación, que versa así: “*si el valor de lo receptado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se impondrá el grado máximo de la pena o el máximo de la pena que corresponda en cada caso.*” Respecto de la presente modificación, Fundación Paz Ciudadana ha indicado que el cambio del artículo 465 bis A propone sancionar con el máximo de las penas establecidas para la receptación (5 años de privación de libertad) a quienes recepten especies cuyo valor supere las 400 UTM.³⁸ Continúa la Fundación, indicando que esta modificación permite sancionar con el máximo de las penas de la receptación en aquellos casos donde el condenado fue sorprendido en poder de bienes que superan los \$ 18.000.000, lo que: i) es adecuado en términos de proporcionalidad, pues permite imponer penas más altas a quienes receptan bienes de mayor valor, y además ii) permite imponer penas más altas a quienes, en

³⁴ *Ibíd.*, p.7.

³⁵ GARRIDO MONTT, Mario, cit. (n.15), p. 205.

³⁶ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.7.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, cit. (n.7), p.9.

atención al valor de lo receptado, posiblemente forman parte de mercados ilegales de bienes robados.³⁹

Por otro lado, Winter señala que, si bien el inciso segundo del artículo 456 bis A, que es el que contiene dicho delito, exige tomar en consideración el monto de lo receptado para la imposición de la pena, ahora se incluye un nuevo inciso final a la norma que obliga a imponer la pena en su grado máximo o en su *máximo*, dependiendo de la hipótesis respectiva, cuando el monto de lo receptado sea mayor a 400 Unidades Tributaria Mensuales.⁴⁰ Al respecto, el autor razona sobre la norma señalando, en primer lugar, que la elección del monto parece estar inspirada en el inciso final del artículo 467 inciso final del Código Penal, que establece el mismo monto mínimo como el de la hipótesis más grave de estafa. En segundo lugar, menciona que para hacer compatible este inciso final con el inciso 2º, la consideración que debe realizar el tribunal al aplicar dicho inciso 2º para la determinación de la pena exacta en casos en que se excedan las 400 UTM debe ser tomando este último monto como la base. Así, un monto que excede escasamente las 400 UTM debe ser considerado favorablemente al determinar la pena y solo un monto que la exceda con creces podrá ser considerado en contra del imputado. Otra interpretación del juego entre estos dos incisos implicaría una afectación del principio *non bis in idem*.⁴¹

Añade la Defensoría Penal Pública que, en concomitancia con la discusión legislativa del artículo 449 bis y de la derogación del 456 bis N° 3, se adoptó la decisión de incorporar como delito posible de ser cometido por las personas jurídicas, la receptación del artículo 456 bis A del Código Penal, el que se acordó sancionar con las penas que la Ley N° 20.393 contempla para los simples delitos, pero con la salvedad de que, en caso de que la persona jurídica sea reincidente en el delito de receptación, podrá aplicarse la sanción de su disolución.⁴²

En último término, la misma Defensoría estima que, finalmente, en esta parte, se aumenta la sanción de la receptación cuando lo receptado exceda de las 400 unidades tributarias mensuales, algo más de \$ 18.000.000.-. En este caso, la norma dispone que si la pena de la receptación consta de un solo grado, se impondrá en su *máximo* y si consta de varios grados, se impondrá en su grado máximo. La principal aplicación práctica de esta norma será en aquellos casos de receptación de vehículos motorizados de más de 400 UTM, caso en el cual la pena aplicable partiría en 4 años y un día de presidio menor en su grado máximo.⁴³

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.7.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² DEFENSORIA PENAL PÚBLICA, cit. (n.2), p.32.

⁴³ *Ibid.*

3. Antecedentes y efectos prácticos de la derogación de la agravante de pluralidad de malhechores contenida en el N°3 del artículo 456 bis del Código Penal
 - a) Antecedentes de la derogación del N°3 del artículo 456 bis Código Penal

Una de las escasas menciones que se da dentro de la tramitación de la Ley N°20.931 a la utilidad buscada por el legislador con la derogación del N°3 del artículo 456 bis, se encuentra en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento del Senado; en que, por medio de la indicación de los Honorables Senadores señores Espina, Coloma, García, Harboe y Larraín, se reemplaza el texto aprobado en general para este inciso segundo por dos incisos nuevos, del siguiente tenor: *"El juez podrá aumentar la pena en un grado si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delinquentes."*⁴⁴ A partir de ello, Acosta⁴⁵ puntualizó que si se quiere establecer una agravación focalizada en la comisión de los delitos de este párrafo facilitada por la concurrencia de una agrupación sin requerir que se constituya la figura de la asociación ilícita, es necesario derogar el número 3° del artículo 456 bis, que justamente agrava por esa misma causa la responsabilidad de los partícipes del robo y hurto.⁴⁶ Añade el mismo que la disposición asignada como nuevo artículo 449 bis parece bien formulada a la luz de la discusión que tuvo lugar en la sesión anterior, especialmente en lo relativo a establecer una agravante para el caso de comisión plural de delitos contra la propiedad que no alcancen a configurar una asociación ilícita. Observó que, en ese contexto, la supresión de la circunstancia 3ª del artículo 456 bis es acertada, porque la nueva agravación que se plantea ya la contiene.⁴⁷

Sobre el particular, Montes, Fiscal Nacional (S), manifestó que la disposición propuesta soluciona varios problemas prácticos. En primer lugar, supera los inconvenientes que existen para aplicar la circunstancia 3ª del artículo 456 bis, pues los tribunales han interpretado que la palabra "malhechores" se refiere a personas que han hecho del delito su ocupación, es decir, que tienen varias condenas previas por delitos de la misma índole. En cambio, si se trata de primerizos no opera la agravación, aunque en la práctica el delito haya sido cometido con el auxilio de un grupo. Por otro lado, planteó que es muy difícil configurar una asociación ilícita, porque se exige la acreditación de una estructura interna estable, que

⁴⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley N°20.931 del 5 de julio de 2016: Mensaje de S.E la Presidente de la Republica N°1167-362*(Valparaíso, Segundo Trámite Constitucional: Senado, 2016), p.24. Disponible el 27 de marzo de 2017 en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

⁴⁵ Los profesores Juan Domingo Acosta y Jean Pierre Matus fueron invitados como académicos expertos en Derecho Penal a la discusión sobre el primer informe de comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, 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.

⁴⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, cit. (n.44), p.2.

⁴⁷ *Ibid.*, p.25.

imponga cierta separación de funciones y que tenga un centro de decisión común. En razón de ello, no resulta fácil que ese tipo penal se dé, aunque el delito haya sido cometido con el auxilio de dos o más personas.⁴⁸

En último término, cabe mencionar que solo fue en esa sesión que se sancionó el texto derogatorio del artículo 456 bis N° 3, y en sesiones posteriores, solo se introdujeron mejoras de redacción en lo relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas.⁴⁹

b) Efectos prácticos de la derogación del N°3 del artículo 456 bis del Código Penal

En primer lugar, como ya señalamos en el apartado anterior, debemos comenzar indicando que durante la discusión parlamentaria se planteó la dificultad en torno a la aplicación de la agravante especial del N° 3 del artículo 456 bis del Código penal.⁵⁰ Lo anterior, dado que la noción de malhechores generaba cierta incertidumbre, por lo que se optó por eliminar esta circunstancia y reemplazarla por un nuevo artículo 449 bis.⁵¹ En virtud de lo anterior, Oliver señala que el problema de incertidumbre de la agravante derogada radicaba en la discusión relativa a si para que esta agravante se configure, se requiere que quienes participen en el hecho tengan condenas anteriores o no.⁵²

En esta línea, algunos autores, tales como Cerda⁵³ y Labatut,⁵⁴ han entendido que para que proceda la agravante en estudio, se requiere que los sujetos tengan condenas anteriores. Sobre esta misma postura, Mera ha señalado que la expresión malhechores significa algo más que personas que cometen un delito, va más allá de meros partícipes materiales en el hecho. Sin embargo, para el autor tampoco es sostenible que la ley se esté refiriendo a los delincuentes habituales, como podría argumentarse a partir de una de las acepciones del diccionario de la Real Academia de la Lengua (*quienes ejecutan el delito por hábito*). En efecto, tal interpretación no resulta compatible con la exclusión del concepto de los reincidentes. Por tanto, el autor al responder la interrogante sobre quiénes entonces son malhechores en el sentido de la disposición, responde que son aquellos que han delinquirido anteriormente, pero sin que esta circunstancia constituya reincidencia.⁵⁵ Por el contrario, tal como señalan Oliver, la doctrina y la jurisprudencia⁵⁶ mayoritaria, no es necesario que los

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ No obstante, en la práctica jurisprudencial el problema interpretativo es solucionado aplicando el concepto de malhechor a cualquier partícipe en el hecho.

⁵¹ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.10.

⁵² OLIVER CALDERÓN, Guillermo Oliver, cit. (n.26), p.464.

⁵³ CERDA CATALÁN, Mario, *¿Siempre es circunstancia agravante la comisión de los delitos de robo o hurto por dos o más individuos?*, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción 95 (1956), pp.33-35.

⁵⁴ LABATUT GLENA, Gustavo, cit. (n.12), p. 217.

⁵⁵ MERA FIGUEROA, *Hurto y robo* (Santiago, Editorial Lexisnexis, 1995), p. 163.

⁵⁶ Entre otras, véanse las sentencias de la Corte Suprema, de 15 de mayo de 2006, dictada en causa ROL N°3.008-2005; de 27 de diciembre de 2005, dictada en causa ROL N°1635-2005.

diversos intervinientes en el delito hayan sido condenados con anterioridad.⁵⁷ Agrega el profesor Oliver, indicando que la posición mayoritaria descansa en un argumento semántico, ya que conforme a la Real Academia de la Lengua Española, la voz malhechor significa “*que comete un delito y, especialmente, que los comete por habito*”, de lo cual se desprende que no solo se comprende a quienes se dedican a delinquir, sino también a quienes lo hacen por primera vez.⁵⁸ A mayor abundamiento, expresa el autor que el fundamento de la agravación conduce a no tener demasiado en cuenta el hecho de que quienes participen en el delito tengan antecedentes penales anteriores. En efecto, si dicho basamento consiste en que es más fácil cometer el delito cuando se actúa en grupo que cuando se lo hace solo, no resulta concluyente el hecho de que las personas que intervengan en su ejecución hayan sido condenadas con anterioridad. Aunque se trate de delincuentes primerizos, el fundamento de la agravación puede igualmente concurrir.⁵⁹

Destaca Oliver que, en todo caso, esto no quiere decir que en esta materia se deba operar en forma mecánica y, simplemente, contar cuántas personas intervienen en el hecho para decidir aplicar la agravante, como lamentablemente se observa con bastante frecuencia en la práctica. En cada hipótesis debe examinarse si concurre el fundamento de la agravación.⁶⁰ En este mismo orden de ideas y siguiendo al autor mencionado, el argumento consistente en exigir que para que operara la agravante derogada se requería que los sujetos imputados tuvieran condenas anteriores, es propio de un derecho penal de autor, ya que sostiene que se agrava la responsabilidad penal, no por la forma en que el hecho se ejecuta, sino por el modo en que el sujeto activo se ha comportado antes de su realización.⁶¹

Debido a esto, Fundación Paz Ciudadana, haciendo referencia al nuevo artículo 449 bis, ha indicado que la nueva agravante, en vez de referirse a la exigencia de dos o más malhechores, exige que el autor de un delito contra la propiedad haya actuado como parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinadas a cometer esa clase de delitos, siempre que ello no configure una hipótesis de asociación ilícita.⁶² En este sentido, la derogación del N°3 del artículo 456 bis resulta necesaria, entre otros motivos, porque viene a resolver un antiguo problema de interpretación en torno al concepto de malhechores. Ello permite que el único criterio relevante para fijar la penalidad, consiste en determinar si el acusado ha participado en una organización criminal que, aunque de inferior nivel que una asociación ilícita, es igualmente capaz de coordinar la realización masiva de delitos contra la

⁵⁷ OLIVER CALDERÓN, cit. (n.26), p.456.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 457.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Aspectos penales y procesales de la agravante de pluralidad de malhechores en los delitos de hurto y robo*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso, 2012), pp.235-249. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000200009>.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, cit. (n.7), p.8.

propiedad, y no reducir su aplicación a quien hubiere sido previamente condenado por esta clase de delitos, como daba a entender el término modificado.⁶³

Una vez aclarado por la doctrina el aparente problema interpretativo del término “malhechores” y la dificultad que producía su aplicación práctica, como antecedente directo de su consiguiente derogación y sustitución por el nuevo artículo 449 bis del Código Penal, es preciso resolver las consecuencias prácticas derivadas de su derogación. Sobre este aspecto, Winter ha señalado que, con la derogación de la agravante de pluralidad de malhechores se ha dado la situación de que imputados condenados para cuya decisión del *quantum* de la pena la agravante resultó decisiva, al derogarse ésta, por aplicación de la ley penal más favorable, tendrían derecho a una rebaja de la pena original, lo que podría derivar en la concesión de una pena sustitutiva.⁶⁴ Bajo los mismos términos, tal como señala la Defensoría Penal Pública, basta considerar la gran cantidad de sentencias dictadas en juicio oral en que el tribunal reconoce al imputado o a los imputados dos circunstancias atenuantes (típicamente 11 N°6 y 11 N°9) y, al mismo tiempo, aplica la agravante del artículo 456 bis N°3 de pluralidad de malhechores, con la consecuente imposibilidad de acceder a la rebaja en un grado al mínimo de la pena establecida por la ley al delito y, en muchas ocasiones, la imposibilidad adicional de optar a penas sustitutivas, cuando la pena mínima del delito perseguido era presidio mayor en su grado mínimo.⁶⁵

Por lo tanto, se presenta un nuevo escenario para los sujetos condenados, puesto que ya no concurriría la agravante de pluralidad de malhechores, quedando, bajo estos efectos, solamente la presencia de dos atenuantes para la determinación de la pena. En definitiva, toma fuerza el antiguo debate consistente en si la rebaja de los artículos 67 inciso cuarto y 68 inciso tercero del Código Penal obligan al tribunal a rebajar la pena, o si es meramente facultativa dicha rebaja. No obstante ello, concordamos con la Defensoría Penal Pública, al indicar que cualquiera sea el nuevo escenario (dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante), el tribunal está obligado a emitir un pronunciamiento acerca de si efectúa la rebaja, o no y, en el evento de dar lugar a la rebaja, cuál sería la nueva pena a aplicar.⁶⁶ Es de importancia señalar, sobre el particular, que el Fiscal Nacional del Ministerio Público ha indicado que ante cualquier pretensión de revisión de la cuantía de la pena impuesta -o a imponer, según se verá- en el marco de la modificación legal, los fiscales deberán oponerse a tales solicitudes.⁶⁷

Sobre este asunto, Winter declara que, si bien lo dicho por la Defensoría es correcto, le faltó considerar algo esencial: El autor manifiesta -equivocadamente según señalaré en los apartados siguientes- que en estricto respeto por la aplicación de la ley más favorable, se

⁶³ *Ibid.*, p.9.

⁶⁴ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.11.

⁶⁵ DEFENSORIA PENAL PÚBLICA, cit. (n.2), p.29.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, *Oficio FN N° 581/2016*(Santiago, Ministerio Público de Chile, 2016), p.11.

puede optar por la nueva ley, pero con todo lo que ella conlleva.⁶⁸ El principio de favorabilidad exige comparar dos realidades jurídicas, la antigua y la nueva. Esto implica que no es lícito construir lo que se conoce como *lex tertia* o tercera ley; es decir, tomar lo más favorable de la ley antigua y lo más favorable de la ley nueva. El problema con la *lex tertia* es que se busca una valoración jurídica que nunca estuvo realmente vigente.⁶⁹ En el caso en cuestión, señala el autor -erróneamente a nuestro entender- que si se opta por la nueva ley debe aplicarse también el nuevo sistema de determinación de la pena.⁷⁰ Así, en la práctica, si la aplicación de la derogada agravante impidió la rebaja en grados, optar por la nueva ley, que elimina la agravante, implica optar por un sistema de determinación de la pena que tampoco permite la rebaja en grados, haciendo ilusorio el beneficio de la nueva ley.⁷¹

Frente a la problemática indicada, es posible encontrar jurisprudencia actual⁷²-con la cual concordamos- que se ha pronunciado a favor de la procedencia de la modificación de la pena anteriormente impuesta al condenado, en virtud de la derogación de la agravante de pluralidad de malhechores que se tuvo en cuenta al momento de determinar la pena, y sin aplicar la nueva regla de determinación de la pena para los delitos contra la propiedad. Con el objeto de dar claridad a los argumentos que hacen procedente la modificación de la sentencia y así derrotar aquellas pretensiones contrarias a la misma, procederemos a detallar los elementos de la sentencia que utilizaremos como objeto de estudio.

En primer término, es necesario indicar que, con fecha treinta de agosto de 2016, en el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, en audiencia sobre adecuación de la sanción penal impuesta a los condenados Enrique Orlando Caro Melián, Alejandro Miguel Mansilla Paillacar y Gerardo Rodrigo Mansilla Mansilla, convocada a instancia de petición formulada por las defensas técnicas de los referidos, con el propósito de ajustar la sanción impuesta en contra de sus representados, sin considerar en su determinación, la circunstancia agravante de responsabilidad especial contemplada en el artículo 456 bis N°3 del Código Penal, vigente al momento de cometerse los hechos por los cuales fueron sancionados y al momento de dictarse el fallo, pero según su entender derogada a partir del día 05 de julio de 2016, fecha de publicación de la ley 20.931.

En segundo lugar, frente a la solicitud de los condenados, el Ministerio Público se opuso a dicha petición, en tres líneas de argumentación: la primera de ellas aduciendo que en la especie no resulta aplicable la regla del artículo 18 del Código Penal, desde que dicha

⁶⁸ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.12.

⁶⁹ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *Lex tertia como ley penal más favorable*, en Revista de Derecho de Universidad Adolfo Ibáñez (Santiago, 2005), pp. 369-371.

⁷⁰ En este sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 5 de septiembre de 2016, dictada en causa ROL N° 365-2016: “para la revisión de la sentencia condenatoria, no solo debe contemplarse la eliminación de la agravante de pluralidad de malhechores, sino también la regla N°1 del artículo 449 nuevo del Código Penal.”

⁷¹ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.11.

⁷² Para mayor análisis, véase: Sentencia de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, RIT N° 29-2016, RUC N° 1510010603-2, del 7 de septiembre de 2016.

norma prevé hipótesis diversas a una supuesta derogación de una agravante de responsabilidad. La segunda de ellas, dice relación con que en la especie la norma agravatoria del artículo 456 bis N° 3, no fue "derogada" por la Ley N° 20.931, sino que solo "suprimida" (nomenclatura que en la especie importaría una suerte de preteractividad de la ley penal). Como tercer reparo, plantean la imposibilidad de que el tribunal cree una tercera ley, o dé curso a una llamada *lex tertia*, en el evento de aceptar la derogación del instituto.⁷³

Respecto al argumento entregado por el Ministerio Público, relativo a que el artículo 18 del Código Penal no resulta aplicable al caso en cuestión, puesto que esta disposición no tiene como supuesto de aplicación la derogación de una agravante, el tribunal resuelve indicando que, en términos de Cury, una nueva ley es más favorable para el procesado, no solo cuando suprime o disminuye directamente la punibilidad del hecho por el que se lo juzga, sino también cuando consagra eximentes de responsabilidad penal o atenuantes que lo benefician; cuando suprime agravantes que lo perjudican; cuando reduce los plazos de prescripción o modifica la forma de conmutarla de manera que resulta alcanzado por ella, o cuando altera la descripción del delito (el tipo delictivo) agregándole exigencias que no concurrían en la conducta por la cual se lo procesa. En todos estos casos, la pena del afectado, en efecto, se excluirá o reducirá indirectamente.⁷⁴ Por eso, es plenamente aplicable el artículo 18 del Código Penal.

En atención al argumento del Ministerio Público, consistente en la posibilidad de incurrir en un caso de *lex tertia* -en el evento de acogerse la tesis de la defensa y proceder a verificar la determinación de pena en el caso que nos ocupa, sin la consideración de la circunstancia agravante de responsabilidad de pluralidad de malhechores-, pues se estarían combinando aspectos favorables de la ley nueva (la derogación) con aspectos favorables de la ley antigua (vigencia de los artículos 65 y ss., del Código Penal), el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt rechaza dicha pretensión, al señalar que el Juez no crea ninguna inseguridad jurídica cuando aplica en el caso concreto las reglas establecidas por el propio legislador, sino que es un simple ejercicio de adecuación y conciliación entre una norma modificada que se aplicó en un caso particular generado con anterioridad a la nueva ley y que, con posterioridad, producto de la modificación legal, debe encasillarse al mismo caso concreto considerando siempre las particularidades y características propias de las circunstancias fácticas que se dieron en el mismo. No puede confundirse una consecuencia natural y obvia del ejercicio jurisdiccional de las reglas, con una aplicación abusiva de las normas en el caso concreto. El Juez, que cumple su labor interpretativa integrando el

⁷³ En este sentido se pronuncia el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, en sentencia de 2 de septiembre de 2016, dictada en causa ROL N° 348-2015: “*de entender que la normativa posterior es más favorable debe aplicarse en su integridad y no parcialmente, sino se quiere caer en el peligro de crear una lex tertia, esto es, una normativa que mediante el expediente de las mixturas normativas, permita elegir lo más favorable de la ley posterior y deje de aplicar aquello que resulte más perjudicial al condenado.*”

⁷⁴ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General* (Santiago, 7ª. Edición ampliada Ediciones Universidad Católica, 2005), p. 229.

Derecho al amparo de los principios cardinales del derecho penal, no puede dejar de cumplir su función, bajo el pretexto esgrimido por el Ministerio Público en orden a una suerte de inseguridad jurídica.

En este mismo sentido, pero desde una perspectiva de filosofía jurídica, Kelsen señala que la función judicial como la legislativa aplican y crean derecho, siendo la diferencia entre una y otra la concreción de cada norma.⁷⁵ En términos precisos, el autor declara que el acto de jurisdicción es creación, producción o posición de Derecho como el acto legislativo, y uno y otro no son sino dos etapas diferentes del proceso de creación jurídica. La unidad de los mismos se basa en la necesaria subordinación de la etapa inferior a la superior, por cuanto la norma de orden más elevado -es decir, la norma general y abstracta- determina más o menos el contenido de la norma de grado inferior -esto es, de la norma individual, concreta-. Por esto, la sentencia que declara ser dado el hecho legal en el caso concreto y falla que debe aplicarse la consecuencia jurídica concreta, no es otra cosa que una norma jurídica individual, la individualización o concreción de las normas generales o abstractas.⁷⁶

Asimismo, el tribunal resuelve que respecto a la posibilidad de estimar que la regla del artículo 456 bis N°3 del Código Penal no fue derogada por la Ley N° 20.931, sino que solo suprimida, lo cierto es que bajo la expresión "derogada o suprimida", la regla del artículo 456 bis N°3 del Código Penal hoy en día no puede ser aplicada a ninguno de los juzgamientos sobre los cuales se determinará el uso del imperio estatal sobre un ciudadano. Derivar de lo anterior, que dicha regla fue "sustituida" (que es en concreto el significado que pretenden darle los acusadores), solo implica desconocer el modo y forma en que se viene resolviendo en torno a dicha agravación en los diversos juzgamientos, y verificar una interpretación prohibida en contra de los acusados.

Producto de las afirmaciones anteriores, el tribunal resuelve que, conforme a los razonamientos precedentes, se acoge la petición de la defensa y, por tanto, se determinará nuevamente la pena sin tomar en consideración la circunstancia agravante derogada del artículo 456 bis N°3 del Código Penal.

Una vez expuestos los argumentos entregados por el Ministerio Público y el razonamiento desarrollado por el tribunal en la sentencia objeto de estudio, pensamos que es necesario hacernos cargo de dos cuestiones relevantes: la primera de ellas relativa a la interrogante de si es posible la aplicación válida de una *lex tertia* por parte de los tribunales con competencia penal a través de la revisión de una sentencia condenatoria que solo considere para resolver la derogación de la agravante del artículo 456 bis N°3 del Código Penal, y no así el nuevo sistema de determinación de la pena del artículo 449 N°1 del mismo

⁷⁵KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, p. 305. Disponible en <https://es.scribd.com/document/232184369/Hans-Kelsen-Compendio-Teoria-General-del-Estado>.

⁷⁶ *Ibíd.*

cuerpo legal. En segundo término, es necesario resolver si es procedente que el tribunal, al fallar sobre la modificación de una sentencia condenatoria, producto de haberse derogado el artículo 456 bis N°3 del Código Penal, no altere la condena previamente impuesta, debido a que, si bien ya no se encuentra vigente dicha agravante, es procedente el denominado “resurgimiento” de la ley desplazada, de modo que la agravante del artículo 12 N°11 del Código Penal pasa a ocupar el lugar jurídico que tuvo la circunstancia agravante derogada al momento en que el tribunal determinó la pena.

Respecto al primer punto, debemos entender la *lex tertia*, como aquella que lleva al Juez a tomar lo más favorable de la ley antigua y lo más favorable de la ley vigente, para aplicar el resultado de ello a un caso concreto. Asimismo, puede comprenderse como una creación judicial que toma disposiciones parciales o fragmentos de dos o más leyes penales, para crear una tercera que no existe en ninguna otra ley.⁷⁷ En este sentido, entendemos que el tribunal, al determinar la pena sin la consideración de la circunstancia agravante de responsabilidad de pluralidad de malhechores y, al mismo tiempo, aplicando el antiguo sistema de determinación de la pena para los delitos contra la propiedad -ubicado entre los artículos 65 y ss. del Código Penal-, estaría incurriendo en un caso de *lex tertia*, puesto que combinaría los aspectos favorables de la ley nueva (la derogación) con aspectos favorables de la ley antigua (vigencia de los artículos 65 y ss., del Código Penal). En efecto, cabe preguntarnos, si pese a las innumerables críticas tendientes a la imposibilidad de aplicar una *lex tertia*, de igual modo sería plenamente procedente la modificación de la sentencia condenatoria, sin considerar la circunstancia agravante derogada, pero aplicando el antiguo sistema de determinación de la pena para los delitos contra la propiedad.

A este respecto y en directa relación con nuestra línea de pensamiento, la Corte de Apelaciones de la Serena⁷⁸, en causa ROL N° 215-2016, ha señalado que, en cuanto a la objeción presentada por el Ministerio Público, de que el Juez crearía una tercera ley (*lex tertia*), como consecuencia de la aplicación de lo más favorable de ambas disposiciones, cabe señalar, en primer lugar, que dicha afirmación no tiene asidero normativo. Es más, los autores que sostienen esta tesis se basan esencialmente en la aplicación de principios generales, sin desarrollar otro fundamento o argumento a favor de la prohibición de la *lex tertia*.

Por otra parte, indica el tribunal que es discutible afirmar que el Juez estaría actuando como legislador al aplicar los elementos más favorables de cada regulación, como parece derivarse del mandato legal. Lo que distingue la actividad legislativa de la judicial -lo que en este caso los detractores probablemente identificarían con la distinción entre “crear” y “aplicar” derecho-, en la medida que ambas crean normas jurídicas, es la abstracción y mayor libertad de la norma jurídica creada por el Poder Legislativo, en comparación al

⁷⁷ CANDAMIL PINZÓN, José Gerardo, *El fenómeno de la lex tertia* (Colombia, Fundación Universitaria Los Libertadores, 2016), p.39.

⁷⁸ Corte de Apelaciones de La Serena, en sentencia de 14 de septiembre de 2016, dictada en causa ROL N° 215-2016.

mandato individualizado para un caso concreto que poseen las sentencias judiciales. Tampoco existe vulneración alguna a la separación de poderes, toda vez que el Juez cumple un mandato expreso y explícito efectuado por el Legislador en distintos cuerpos legales y en la misma Constitución (adecuar la sentencia a la ley más favorable al afectado), quien en el ejercicio de sus facultades, aplica la nueva ley al caso concreto, con sus particularidades propias.⁷⁹

En efecto, estimamos que lo que hace el juez, no es vulnerar la separación de poderes, sino que, por el contrario: respetar dicha separación, sometiéndose al mandato del artículo 18 del Código Penal y de la propia Constitución.

Finalmente, pensamos que es procedente la aplicación favorable de la *lex tertia*, puesto que no es unánime la opinión de los autores relativa a la prohibición de la misma. Aunque minoritaria, la tesis que seguimos sostiene que “la ley no solo contempla la posibilidad de que un tribunal haga aplicación de leyes penales de manera retroactiva, sino que además contempla la existencia de combinaciones de leyes”. A mayor abundamiento, “están las leyes penales incompletas y específicamente las leyes penales en blanco que exigen su integración con otras disposiciones, siempre y cuando existan bases claras de determinación legal. En el caso de *lex tertia* más favorable también ocurre así. No hay lesión del principio de legalidad, sino simple interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible”.⁸⁰ No sólo autores nacionales abogan a favor de esta tesis que parece conformarse más con el mandato legal y constitucional de excepcionar el principio de irretroactividad de la ley penal en aquellos casos en que la nueva ley favorezca al afectado.⁸¹

En definitiva, creemos que, producto de que aceptamos la existencia de una *lex tertia*, en el momento en que el juez modifica la sentencia condenatoria sin tomar en cuenta la agravante derogada del artículo 456 bis N°3 y, al mismo tiempo, aplicando el antiguo sistema de determinación de la pena para los delitos contra la propiedad, ello no obsta a que dicho razonamiento no sea válido, puesto que, a nuestro parecer, el artículo 18 del Código Penal no solo contempla la posibilidad de que un tribunal haga aplicación de leyes penales de manera retroactiva, sino que además contempla la existencia de combinaciones de leyes. Asimismo, concordamos con la Corte de Apelaciones de La Serena, al señalar que, en el caso de una *lex tertia* más favorable, no hay lesión del principio de legalidad, sino simple interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ A este respecto, la Corte Suprema de Colombia, en sentencia de 6 de octubre de 2004, en causa ROL N°19.445, ha señalado que, “desde hace bastantes días, desde antes de la sentencia de 2ª instancia, se viene diciendo por la Corte Suprema de Justicia que el fenómeno conocido con el nombre de conjugación, conjunción o combinación de disposiciones, igualmente llamado *lex tertia*, tiene cabal cabida en nuestro medio. Por tanto, frente a la sucesión de leyes en el tiempo es perfectamente posible tomar de una norma lo favorable y desechar lo odioso, así como tomar de la otra u otras lo benigno y dejar de lado lo desfavorable.”

Respecto del segundo punto, relativo al resurgimiento del artículo 12 N°11 del Código Penal producto de la derogación de la agravante del artículo 456 bis N°3 del mismo cuerpo legal, Matus afirma que no surgen problemas dogmáticos o conceptuales a la hora de admitir, en general (pero no sin excepciones), el resurgimiento de la ley en principio desplazada. Esto es, la aplicación de ésta cuando no se presentan en los hechos todos los requisitos de punibilidad o de procesabilidad de la ley en principio preferente; así como cuando el castigo por ésta se encuentra impedido por existir un error en el agente sobre un elemento del delito en principio preferente; por no serle aplicable al participe una característica especial atribuible solo al autor principal; o por haber sido éste indultado; o que con posterioridad el delito preferente sea amnistiado o prescriba; o que la ley preferente sea derogada, entre otros supuestos.⁸²A partir de lo manifestado por el autor, estimamos que, evidentemente, el caso en estudio se encuadra en el último supuesto señalado; esto es, haber sido derogada la ley preferente; la que, en este caso, radica en la derogación de la agravante del artículo 456 bis N°3 del Código Penal. Del mismo modo, respecto de la ley desplazada, afirmamos que ella consiste en la circunstancia agravante del artículo 12 N°11 del Código Penal, que dispone: “*son circunstancias agravantes: ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad*”.

Ahora bien, para que en un primer momento se les haya otorgado la calidad de norma preferente y norma desplazada a las disposiciones en estudio, tuvo lugar un concurso aparente de leyes penales, el cual se resolvió a favor de la circunstancia agravante del artículo 456 bis N°3 del Código Penal en aplicación del principio de especialidad. Ello, producto de que ésta última era considerada antes de su derogación como una agravante especial aplicable únicamente a los delitos de robo y de hurto. Por el contrario, la circunstancia agravante del artículo 12 N°11 del mismo cuerpo legal, es una circunstancia modificatoria de carácter general; es decir, tiene por finalidad agravar la responsabilidad de toda clase de ilícitos. Por eso, en atención a la mayor especialidad del artículo 456 bis N°3 por sobre el artículo 12 N°11, se desplazó ésta última y se le dio aplicación preferente a la primera.

Asimismo, Matus agrega que el resurgimiento no tendrá lugar cuando se trate de hacer resurgir una ley desplazada más grave que la en principio preferente, casos en los cuales el privilegio establecido por la ley no se tomara nunca en cuenta.⁸³Creemos que sobre este punto no se presentan mayores problemas, dado que tanto la derogada agravante como la agravante del artículo 12 N°11, tienen asignados los mismos efectos sobre la responsabilidad penal. En este mismo orden de ideas, concordamos con Winter, al afirma que en caso de que se haya acreditado el auxilio de gente armada –lo que será relativamente común en los casos de robo con intimidación o violencia–, posiblemente no haya problema en el reemplazo, pero en caso de no haber armas, deberá constatarse que la participación de los terceros ha sido para proporcionar la impunidad y no que haya existido una división de tareas en el contexto

⁸² MATUS ACUÑA, Jean Pierre, cit. (n.20), p. 61.

⁸³ *Ibíd.*

de una coautoría. Mientras que la antigua atenuante servía para todos los partícipes, la del artículo 12 N°11 parece estar pensada para quien realiza la conducta nuclear o típica, razón por la que se usa el término “auxilio”.⁸⁴

En definitiva, es plenamente procedente el resurgimiento de la ley desplazada, pudiendo el tribunal, en el momento en que la defensa solicite la modificación de la sentencia condenatoria, producto de haberse derogado la agravante del artículo 456 N°3 bis N°3, no alterar el fallo condenatorio producto de haber resurgido el artículo 12 N°11 y, por tanto, ocupar el lugar jurídico que tuvo la agravante derogada al momento de la determinación de la pena.

Sobre este mismo aspecto, pero de manera contraria a lo afirmada por nosotros, Sánchez afirma que, si bien ambas hipótesis de comisión de la agravante del artículo 12 N°11 del Código Penal suponen la pluralidad de delincuentes y podrían eventualmente suplir la agravante eliminada, solo la hipótesis de “*cometer un delito con auxilio de personas que aseguren o proporcionen la impunidad*” es la que aparece como más idónea, dado su generalidad, puesto que no requiere el concurso de gente armada.⁸⁵ A su vez, ¿Qué significa asegurar o proporcionar la impunidad? El criterio tradicional ha sido expuesto sucintamente: “no se refiere a las personas que con el delincuente concurren a la ejecución del hecho; sino que a personas que por su influencia puedan intervenir para evitar que sean sancionados”. A este respecto, el autor señala, erróneamente a nuestro entender, que esta interpretación es muy poco fructífera para efectos de considerarla un sucedáneo del derogado N°3 del artículo 456 bis.⁸⁶ Estimamos que es un error, ya que el asegurar la impunidad puede referirse, perfectamente, a una forma de colaboración con el hecho mismo; esto es, con el éxito de la empresa delictiva, lo que concuerda con el basamento de la agravante derogada. Es decir, que es más fácil cometer el delito cuando se actúa en grupo, que cuando se lo hace solo.⁸⁷

En cuanto al posible reemplazo de la agravante derogada por la nueva agravante del artículo 449 bis del Código Penal, pensamos, al igual que Sánchez, que con la nueva agravante se requiere algo más que la simple pluralidad de autores y algo menos que la asociación ilícita; por tanto, la organización que señala la nueva agravante supera en complejidad a la simple pluralidad de malhechores.⁸⁸ Aunado a lo anterior, en términos del mismo autor, cabe recordar la propia definición de asociación ilícita que da el artículo 292 del Código Penal: “*toda asociación formada con el objeto de atentarse contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse*”. Tradicionalmente, se ha criticado la naturaleza indeterminada y genérica de este tipo penal, así como también su declarado propósito de

⁸⁴ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.11.

⁸⁵ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Sergio, *Para entender la agenda corta antidelinquencia* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2016), p. 45.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ OLIVER CALDERÓN, Guillermo Oliver, cit. (n.26), p.456.

⁸⁸ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, cit. (n.85), p.47.

castigar actos preparatorios. En efecto, resulta bastante difícil establecer una frontera con una organización delictiva que no llega, por defecto, a ser considerada una asociación ilícita (pero que se le parece). Imaginemos, entonces, cuán alejada está una simple pluralidad de malhechores de esta “proto-asociación ilícita”, por decirlo de algún modo.⁸⁹

En síntesis, sostenemos que efectivamente la agravante suprimida no ha desaparecido del Código Penal, dado que puede ser remplazada por la agravante del artículo 12 N°11 del mismo cuerpo legal. No obstante, si bien la circunstancia derogada puede ser reemplazada por la agravante del artículo 12 N°11, esto no es procedente respecto del artículo 449 bis, puesto que ésta última supone más requisitos que la circunstancia abrogada.

4. Requisitos de procedencia y efectos prácticos de la creación de la agravante especial del artículo 449 bis del Código Penal
 - a) Requisitos de procedencia de la agravante especial del artículo 449 bis del Código Penal

El presente estudio debe iniciar a partir del tenor literal del artículo 449 bis del Código Penal,⁹⁰ ya que, mediante el mismo, es posible desprender los requisitos establecidos por el legislador para estar en presencia de la agravante.

Por tanto, para la configuración de la nueva circunstancia modificatoria del artículo 449 bis del Código Penal, es necesario: i) Que el imputado sea parte de una agrupación u organización de dos o más personas; ii) Que esa agrupación u organización tenga como finalidad cometer los delitos de robo con violencia o intimidación, piratería, robo por sorpresa, robos con fuerza, fabricación de llaves o ganzúas, hurtos, abigeato y receptación; y iii) Que no se configure el tipo penal de asociación ilícita.⁹¹

- b) Efectos prácticos de la creación de la agravante especial del artículo 449 bis del Código Penal

Ahora bien, respecto al primer requisito indicado por la norma, se debe determinar el alcance de la exigencia de pertenecer a una “*agrupación u organización de dos o más personas*”; esto es, si basta con la mera pluralidad de agentes concertados para la comisión

⁸⁹ *Ibíd.*, p.48

⁹⁰ Artículo 449 bis del Código Penal: “*Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo.*”

⁹¹ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Algunos comentarios relativos a la aplicación de la ley N°20.931*, en Revista de la Defensoría Penal Pública 93(2017), p.57. Disponible en http://www.dpp.cl/resources/descargas/revista93/2017-05-30/Guardar_silencio.pdf.

del hecho, o si se requiere, además, de cierta combinación de medios más sofisticados - obviamente sin llegar a constituir una asociación ilícita-.⁹²

Respecto de la primera tesis, el Fiscal Nacional del Ministerio Público -a nuestro entender equivocadamente- afirma que el Legislador ha buscado simplificar la aplicación de la agravante, reduciendo su requisito de concurrencia a una agrupación conformada por dos o más personas, o bien, a una figura algo más elaborada, como una organización.⁹³ En este orden de ideas, el mismo realiza una distinción terminológica entre los conceptos de “agrupación” y “organización”, con el propósito de comprender la finalidad del Legislador al utilizar términos distintos en la redacción de la agravante. En primer lugar, respecto al término “agrupación”, la RAE entrega el siguiente concepto: *conjunto de personas agrupadas o que se asocian para algún fin*.⁹⁴ A partir de dicha definición, el autor manifiesta que para la configuración de la agravante, basta que el delito sea cometido por dos o más personas, reunidas espontáneamente, sin que exista necesariamente un conocimiento previo entre éstas, ni una distribución de roles ni planificación previa, bastando solamente la concurrencia de un dolo común.⁹⁵ En esta misma línea, en efecto, la agrupación debe ser entendida simplemente como un grupo de personas, que actuó para cometer un delito determinado.⁹⁶ En segundo lugar, la organización, a diferencia de la agrupación, podemos definirla como una asociación de personas que, aún sin tener necesariamente una permanencia en el tiempo ni una estructura jerárquica, se rige por determinados acuerdos y normas, con el objeto de alcanzar fines comunes.⁹⁷ Por eso, en el caso de la organización, podemos suponer la existencia de un conocimiento previo por parte de los integrantes, así como también una planificación y distribución de roles y funciones.⁹⁸ En último término, cabe señalar que una organización puede estar constituida tanto para la comisión de un solo delito, como para varios de ellos que se sucedan en el tiempo.⁹⁹

Respecto de la segunda tesis, concordamos con la afirmación que hace Cerda sobre este punto, al señalar que la combinación de medios más sofisticada que exige la configuración de la agravante en estudio, justifica de mejor manera su efecto agravatorio, ya que no parece razonable la consideración de una agravante por el solo hecho de actuar

⁹² CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Segunda ley de agenda corta antidelincuencia N°20.931* (Santiago, Editorial Librotecnia, 2016), p. 51.

⁹³ FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, *Oficio FN N°402/2016: instrucción general que imparte criterios de actuación para la interpretación y aplicación de las modificaciones contenidas en la ley N° 20.931* (Santiago, Ministerio Público de Chile, 2016), p.9.

⁹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Ortografía de la lengua española* (Madrid, Diccionario panhispánico de dudas, 2010), p. 30. Disponible en <http://aplica.rae.es/orweb/cgi-bin/buscar.cgi>.

⁹⁵ FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, cit. (n.93), p.9.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, p.10.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

materialmente dos o más personas, puesto que el solo número no basta(a lo sumo podría configurarse una hipótesis de coparticipación punible).¹⁰⁰

Continúa el autor, señalando que se debe tener a la vista lo señalado en el nuevo artículo 226 bis del Código Procesal Penal, que autoriza técnicas especiales de investigación(interceptación de comunicaciones telefónicas; fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes) en los delitos que detalla, teniendo en cuenta para su uso, entre otros factores, la participación en una asociación ilícita o en una agrupación u organización conformada por dos o más personas destinada a cometer esos ilícitos, aun cuando ésta o aquélla no configura una asociación ilícita. Tal situación (esto es, la autorización de diligencias especiales), normalmente usada en eventos de alta lesividad penal, permite suponer que la expresión en cuestión supone algo más que la mera acumulación física de sujetos activos, como podría ser una asociación de personas bajo un fin y orden preestablecido.¹⁰¹

Aunado a lo anterior, el autor indica que si se opta por esta segunda postura, puede reutilizarse toda la jurisprudencia¹⁰² que se ha ido generando con ocasión de la aplicación de la agravante especial contenida en el artículo 19 letra a) de la Ley N°20.000, vale decir, “*si el imputado formo parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16.*”¹⁰³ En esta misma línea y con razón, Winter afirma que sobre la nueva agravante, cabe señalar que está inspirada en su símil de la Ley N° 20.000 (art. 19 letra a) y se ha interpretado que esta organización dedicada a delinquir, pero no constitutiva de asociación ilícita, debe ser una donde su estructura sea laxa o donde no exista una jerarquía clara, dado que se entiende que los requisitos de la asociación ilícita de agrupación de personas y permanencia en el tiempo, así como, expresamente, la finalidad de cometer delitos, deben existir siempre para que estemos frente a una agrupación.¹⁰⁴

Concluye Cerda, expresando que en la discusión legislativa de la Ley N°20.931, al acordar el texto definitivo del artículo 226 bis citado, se hizo presente que al igual que en la

¹⁰⁰ CERDA SAN MARTÍN, cit. (n.92), p.52

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² En este sentido, véase Sentencia del Tribunal Constitucional, en causa ROL N° 1443-09: “*Como ya lo hemos esbozado la figura de la letra a) del artículo 19 de la Ley 20.000, debe consistir en algo más que la coparticipación y menos que una asociación ilícita y tanto la doctrina como la jurisprudencia, están contestes de que ello es así, lo que se desprende del tenor de la norma, en la cual se describe la conducta sancionada de modo tal que ha permitido dicha interpretación, puesto que se ha fijado un límite, esto es, que dicha agrupación no llegue a constituir una asociación del artículo 16, por lo que, el alcance de la señalada agravante se define por oposición, tanto frente a la simple coparticipación criminal como frente a la asociación ilícita, pues la agrupación, a que se refiere la agravante, considerando que debe tener una existencia más o menos permanente en el tiempo, derivada de la identidad de los fines perseguidos por sus miembros; no puede considerarse una asociación ilícita, puesto que, carecería de la jerarquización y organización propias de ésta: jefes, reglas propias y el reflejo de su existencia en los medios que a ella se destinan.*”

¹⁰³ CERDA SAN MARTÍN, cit. (n.92), p.52.

¹⁰⁴ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.12.

agravante nueva del artículo 449 bis del Código Penal, se trata de hipótesis que rebasan la mera coautoría criminal.¹⁰⁵

Ahora bien, respecto del primer requisito para la configuración de la agravante del artículo 449 bis del Código Penal, estimamos que debe descartarse el argumento entregado por el Fiscal Nacional del Ministerio Público, puesto que la nueva agravante no puede recaer en la mera pluralidad de agentes concertados para la comisión del hecho ilícito, sino que, por el contrario, las exigencias son mayores, debiendo constatarse para su configuración una permanencia en el tiempo, la finalidad de cometer delitos, una agrupación clara de personas y, en último lugar, una estructura laxa o donde no exista una jerarquía clara.

En cuanto al segundo requisito, consistente en que la agrupación u organización tenga como finalidad cometer los delitos de robo con violencia o intimidación, piratería, robo por sorpresa, robos con fuerza, fabricación de llaves o ganzúas, hurtos, abigeato y receptación, según la Defensoría Penal Pública, el ámbito de aplicación de esta nueva agravante no es exactamente el mismo que el de la nueva regla de determinación de la pena del artículo 449 del Código Penal, ya que también se aplica al hurto de hallazgo del primer inciso del artículo 448 del Código Penal y a la apropiación de pelos o plumas, del artículo 448 quinquies.¹⁰⁶

En último término, el tercer requisito, relativo a que no se configure el tipo penal de asociación ilícita, permite que el único criterio relevante para fijar la penalidad sea si el acusado ha participado en una organización criminal que, aunque de inferior nivel que una asociación ilícita, es igualmente capaz de coordinar la realización masiva de delitos contra la propiedad, y no reducir su aplicación a quien hubiere sido previamente condenado por esta clase de delitos, como daba a entender el precepto modificado.¹⁰⁷

Para finalizar con lo propuesto, se entiende que los Fiscales, enfrentados a un delito cometido por una organización o agrupación, deben realizar todas las diligencias de investigación pertinentes y necesarias que permitan establecer o descartar si aquella constituye o no una asociación ilícita configurada para la comisión de dicho delito y de otros y, acreditada su existencia, los integrantes de ésta que hayan sido individualizados, sean formalizados y acusados tanto por el delito cometido, como por la asociación ilícita formada.¹⁰⁸

¹⁰⁵ CERDA SAN MARTÍN, cit. (n.92), p.53.

¹⁰⁶ DEFENSORIA PENAL PÚBLICA, cit. (n.2), p.32.

¹⁰⁷ FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, cit. (n.7), p.9.

¹⁰⁸ FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, cit. (n.93), p.10.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES EN LA REGLA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

1. Nuevo sistema de determinación de la pena

En términos de Winter, el verdadero endurecimiento del tratamiento punitivo de estos delitos viene dado por la modificación del régimen de determinación de la pena, introduciéndose el nuevo artículo 449 en el Código Penal. Éste busca evitar los efectos atenuadores de la multiplicidad de atenuantes y las atenuantes muy calificadas, esencialmente impidiéndole al tribunal las rebajas en grados que la concurrencia de dichas circunstancias autoriza.¹⁰⁹ Agrega el autor que, tal modelo de determinación, con matices, es el que se contempla en la Ley Emilia y que ha proliferado, estando también en la Ley de Control de Armas y en la Ley que vuelve a establecer una sanción penal a la colusión. En materia de delitos contra la propiedad este sistema de determinación de la pena se introduce en un nuevo artículo 449, aplicándose a todos los delitos de los respectivos párrafos de delitos contra la propiedad, a excepción del hurto de hallazgo y la apropiación de pelajes de animales.¹¹⁰

A partir del nuevo artículo 449 del Código Penal,¹¹¹ se desprende que este solo será aplicable a los delitos contra la propiedad que se encuentren ubicados entre los párrafos 1 a 4 bis, del Título IX, del Libro II, del Código Penal y el artículo 456 bis A, del párrafo 5 bis, del Título IX, del Libro II, del mismo cuerpo legal. Por tanto, no están sujetos a la nueva regla de determinación de la pena los delitos que indica el encabezado del artículo 449 del Código Penal, como excepción a los tipos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis, del Título IX, del Libro II, del Código Penal, es decir, el delito de hurto de hallazgo, del artículo 448 inciso primero, y el delito de apropiación de pelos o plumas, del artículo 448 quinquies, todos del Código Penal. Del mismo modo, producto de encontrarse fuera de las disposiciones que el artículo 449 del Código Penal enumera como tipos sujetos a la nueva regla de determinación de la pena, no les será aplicable la disposición en comento, a los delitos de usurpación, delitos concursales, defraudaciones, estafas y otros engaños, incendio y otros estragos y daños, de los párrafos 6, 7, 8, 9 y 10, del Título IX, del Libro II, del Código Penal.

¹⁰⁹ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.8.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ Artículo 449 del Código Penal: “Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:

1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.

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

2. Ámbito de aplicación del artículo 449 del Código Penal

En razón de los delitos sometidos a este nuevo sistema especial de determinación de la pena, la Defensoría Penal Pública ha elaborado un listado, a partir del cual, quedan de manifiesto todos y cada uno de los tipos sujetos a la modificación de la Ley N° 20.931, del 5 de julio de 2016¹¹². Además, para la claridad del siguiente listado, se encuentran clasificados los delitos en atención al párrafo en que se encuentran ubicados, dentro del Libro II, del Título IX, del Código Penal.

- a) Párrafo 1. De la apropiación de las cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño: Definición de robo y hurto, del artículo 432 del Código Penal.
- b) Párrafo 2. Del robo con violencia o intimidación en las personas: Robo con homicidio o violación, del artículo 433 N°1, Robo con castración, mutilación de miembro importante, mutilación de miembro menos importante, lesiones graves - gravísimas, del artículo 433 N°2, Robo con lesiones graves o retención, del artículo 433 N°3, Piratería, del artículo 434, Robo simple(con violencia o intimidación), del artículo 436 inciso primero, Robo por sorpresa, del artículo 436 inciso segundo, Extorsión, del artículo 438, todos del Código Penal.
- c) Párrafo 3. Del robo con fuerza en las cosas: Robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación, del artículo 440, Robo en lugar no habitado, del artículo 442, Robo en bienes nacionales de uso público, del artículo 433 inciso primero, Robo en bienes nacionales de vehículo motorizado, del artículo 433 inciso segundo, Robo de cables con interrupción o interferencia de suministro, del artículo 443 inciso tercero, Robo de cajeros automáticos o contenedores de dinero, del artículo 443 bis, Fabricar, expender o portar elementos conocidamente para efectuar robos, del artículo 445, todos del Código Penal.
- d) Párrafo 4. Del hurto: Hurto de más de 400 UTM, del artículo 446 inciso final, Hurto de más de 40 UTM hasta 400 UTM, del artículo 446 N° 1, Hurto de más de 4 UTM hasta 40 UTM, del artículo 446 N° 2, Hurto de más de media UTM hasta 4 UTM, del artículo 446 N° 3, Hurto agravado, del artículo 447, Hurto de redes de suministro, del artículo 447 bis inciso primero, Hurto de redes de suministro con interrupción de suministro, del artículo 447 bis inciso segundo, Hurto de hallazgo de especies al parecer perdida a consecuencia de catástrofes de más de una UTM, del artículo 448 inciso segundo, todos del Código Penal.
- e) Párrafo 4 bis. Del abigeato: Abigeato, del artículo 448 bis al artículo 448 quáter del Código Penal. El artículo 448 quinquies del Código Penal está excluido de la nueva regla de determinación de la pena del artículo 449 del mismo cuerpo legal.
- f) Párrafo 5 bis. De la receptación: Receptación, del artículo 456 bis A y Receptación de vehículo motorizado o redes de suministro, del artículo 456 bis A inciso tercero, ambos del Código Penal.

¹¹² DEFENSORIA PENAL PÚBLICA, cit. (n.2), p.8.

3. Regla de determinación de la pena del artículo 449 N°1 del Código Penal

En primer lugar, es de la esencia mencionar que los artículos 65 a 69 no tendrán aplicación en los delitos contra la propiedad objeto de la modificación de la Ley N° 20.931. No obstante, solo para efectos de la comprensión del presente estudio, es necesario responder la siguiente interrogante: ¿qué se entiende por sistema de determinación de la pena? A este respecto, Mañalich señala que, en términos generales, cabe entender por reglas de determinación de la pena, aquellas que determinan la naturaleza, la magnitud y el modo de ejecución de una pena en tanto consecuencia jurídica impuesta sobre la persona responsable de un hecho jurídico-penalmente delictivo.¹¹³ En este sentido, indica el autor que, las reglas de determinación de la pena pueden entenderse como reglas complementarias de las normas de sanción de la parte especial del Código Penal, o bien de leyes penales especiales, las cuales establecen cuál es el umbral mínimo y máximo de la consecuencia punitiva asociada a la realización imputable de un determinado tipo delictivo – el así llamado marco penal.¹¹⁴

Luego de contestada la primera interrogante, es menester seguir a Van Weezel para dar a conocer el contenido de las normas sobre determinación de la pena exceptuadas para los delitos comprendidos entre los párrafos 1 a 4 bis, del Título IX, del Libro II y artículo 456 bis A del Código Penal. Las que, en términos del autor, son reglas que directamente conciernen la incidencia de la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes en la concreción o alteración del marco penal aplicable, expresadas en los artículos 65 a 68 del Código Penal. Asimismo, se hallan formuladas en atención a sus respectivos presupuestos de aplicación, que se diferencian según cuál sea la naturaleza de la pena privativa de libertad legalmente asociada a la realización del tipo delictivo correspondiente. Así, el artículo 65 se encuentra referido al caso en que la pena -el marco penal- consiste en una sola pena indivisible; el artículo 66, al caso en que ella consiste en dos penas indivisibles; el artículo 67, al caso en que ella consiste en un grado de una pena divisible; y finalmente el artículo 68, al caso en que ella consiste en una pena compuesta de dos o más grados, bien sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles. Así, dependiendo de cómo esté configurado el respectivo marco penal, resultan aplicables las reglas que diferencian hipótesis de concurrencia de una o varias circunstancias atenuantes, de una o varias circunstancias agravantes, o bien de concurrencia tanto de atenuantes como de agravantes.¹¹⁵

Respecto del artículo 69 del Código Penal, Novoa señala que dicha norma opera como regla de determinación judicial de la pena en sentido estricto, dado que puede entenderse como el conjunto de reglas con arreglo a las cuales el tribunal competente ha de

¹¹³ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Informe en derecho: Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal* (Santiago, Departamento de Estudios Defensoría Nacional, 2009), p.4.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ VAN WEEZEL, Alex, *Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena*, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 3 (1997), pp. 478 y ss.

efectuar la determinación exacta de la pena cuya imposición es objeto de la sentencia respectiva. A esta operación de determinación o "medición" de la pena efectuada por el tribunal competente, se la suele denominar *individualización* (judicial) de la pena.¹¹⁶ Señala el autor a la regla del artículo 69 como un ejemplo ilustrativo de lo anterior, dado que la determinación de la "cuantía de la pena" ha de efectuarse en atención al número y la entidad de las circunstancias modificatorias (agravantes y atenuantes) concurrentes, así como a la "extensión del mal producido por el delito".¹¹⁷ Sumado a lo anterior y en términos de Oliver, es necesario indicar que, a pesar de que el mencionado artículo 69 hace alusión solamente a los casos en que una vez aplicadas las reglas de los artículos que le preceden se ha obtenido un grado de una pena divisible (así se desprende de la frase "*dentro de los límites de cada grado...*"), hay acuerdo en que su campo de aplicación es mucho mayor. También debe aplicarse en los casos en que, en virtud de dichas reglas, se ha determinado la mitad de un grado de una pena divisible, o bien, un marco penal compuesto por dos o más penas divisibles o indivisibles.¹¹⁸

Una vez clarificado lo anterior, debo señalar que en palabras de Winter, el nuevo sistema de determinación permite al juez (artículo 449 N°1 del Código Penal), sin importar la cantidad de circunstancias modificatorias, determinar la pena dentro del marco fijado por la ley en la tipificación del delito, sin la posibilidad de rebaja en grados, considerando para la determinación al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, que en estricto rigor es la aplicación del artículo 69 como único criterio de determinación.¹¹⁹

De esta manera, conforme al artículo 449 N°1 del Código Penal, la pena correspondiente al delito será determinada dentro del rango legal correspondiente al tipo. Es decir, por ejemplo, en caso del delito de receptación, del artículo 456 bis A inciso primero del Código Penal, que tiene asignada la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados; el Juez solo podrá individualizar la pena dentro de esos márgenes, tomando en consideración dos factores indicados por la norma en cuestión: "*el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes y la mayor o menor extensión del mal causado*". Además, la aplicación de los criterios indicados debe estar fundamentada en la Sentencia, puesto que es una exigencia de la parte final del N°1 del artículo 449 del Código Penal, que dispone "*fundamentándolo en su sentencia.*"

Tal como señala Winter, cabe hacer presente que esta norma contiene la obligación de fundamentar en la sentencia la determinación de la pena exacta. Dicha obligación, interpretando sistemáticamente el Código Penal y el Código Procesal Penal, no debe

¹¹⁶ NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960), p.137.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno*, Polít. crim. Vol. 11, N° 22 (Diciembre 2016), Art. 13, p. 789. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A13.pdf.

¹¹⁹ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.9.

entenderse como únicamente aplicable a la determinación especial introducida por la Agenda Corta, sino como una explicitación de un requisito general que debe cumplir toda sentencia en materia de determinación de la pena, si bien en la práctica esto se considere de manera más o menos laxa.¹²⁰

A mayor abundamiento, así como el tribunal no puede rebajar la pena en uno, dos o tres grados asignada por el tipo por la concurrencia de atenuantes, tampoco podrá aumentarla en un grado por sobre el marco legal del delito en caso de estar en presencia de ninguna atenuante y de dos o más agravantes distintas de la reincidencia, sean agravantes del artículo 12 del Código Penal o del artículo 456 bis del mismo Código.¹²¹

Adicionalmente, tras la modificación, las agravantes que contempla el artículo 456 bis del Código Penal –aplicables a robos y hurtos- solo podrían aumentar la pena por sobre el marco penal abstracto en delitos muy específicos, tales como los delitos de hurto de hallazgo de especie que exceda de una UTM, del primer inciso del artículo 448 del CP, de apropiación de pelos o plumas del artículo 448 quinquies del Código Penal, y otros delitos de robo y hurto que no estuvieran tipificados en los párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Código Penal, como por ejemplo el hurto o robo de material de guerra tipificado en el artículo 354 del Código de Justicia Militar.¹²²

4. Aspectos interpretativos del N°1 del artículo 449 del Código Penal: el N°1 del artículo 449 del Código Penal solo es aplicable al autor de delito consumado.

En efecto, no le serán aplicables a los autores de delito tentado o frustrado, ni a encubridores y cómplices, las reglas de determinación de la pena impuestas por el artículo objeto de estudio¹²³, en virtud de los siguientes argumentos:

¹²⁰ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.10.

¹²¹ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, cit. (n.2), p.9.

¹²² *Ibíd.*, p.11.

¹²³ El argumento esgrimido sobre el particular, fue recogido y utilizado como fundamento del fallo, del 14 de agosto de 2017, de la Undécima Sala de la C.A. de Santiago, integrada por Ministro Jorge Luis Zepeda Arancibia, Fiscal Judicial Jorge Luis Norambuena Carrillo y el Abogado Integrante señora Carolina Andrea Coppo Diez, ROL N° 2400-2017, para acoger el recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública contra la sentencia, de causa RUC N° 1700013974-2, RIT N° O-106-2017, del 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de fecha veintitrés de junio de dos mil diecisiete. Dentro de otros argumentos para acoger el recurso de nulidad, en el considerando séptimo del fallo indicado, el tribunal señaló que: “*Que, sin embargo, el error de derecho en que incurre la sentencia recurrida, que ha sido materia de impugnación por parte de la defensa, es no distinguir que el marco rígido que ahora se contempla en el citado artículo, para establecer la pena dentro del límite del grado o grados – excluyendo los artículos 65 a 69 del Código Penal-, sólo resulta aplicable a los autores de delito consumado. En consecuencia, es posible sostener que no se aplican las restricciones que contempla el artículo 449 del Código Penal, a los autores de delito frustrado o tentado; como tampoco, a los cómplices o encubridores, existiendo para ello argumentos que se fundan tanto en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, para lo cual la defensa, citó de manera extensa, el debate parlamentario; alegando también, la correcta interpretación que corresponde efectuar al artículo 449 del Código Penal, acorde a su claro tenor literal, sin perjuicio de incorporar además, elementos de interpretación sistemática.*” Asimismo, en el considerando décimo, concluyen que: “*Que, se agrega a lo anterior, la*

a) Argumento de historia de la ley

En primer lugar, durante toda la tramitación legislativa y discusión de esta modificación, jamás se mencionó el tema de la coparticipación ni del *iter criminis*. Más aún, existen varios pasajes de la discusión legislativa que revelan que siempre se estaba pensando en legislar para el autor de delito consumado.

Para evidenciar lo anterior, debo señalar el razonamiento de tramitación de la ley que desarrolla la Defensoría Penal Pública: indica que uno de los aspectos a debatir dentro del Senado, fue la mención del Senador Espina, quien propuso que en los delitos de robo calificado del art. 433 del Código Penal, robo simple del art 436 y robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación del art. 440 del mismo cuerpo legal, la concesión de pena sustitutiva de la Ley N°18.216 estuviera condicionada a que el imputado cumpliera un año de cárcel efectiva (al igual que sucede con la “Ley Emilia”), tuviera o no irreprochable conducta anterior.¹²⁴

En virtud de la intervención expuesta, se discutió si era necesario hacer mención expresa a la indicación, o si la misma se encontraba subsumida en el nuevo artículo 449 del Código Penal. En el indicado debate, el Ministro del Interior, Jorge Burgos, señaló que los efectos buscados por la indicación renovada están comprendidos en el artículo 449, propuesto por el Ejecutivo y aprobado por la Comisión, por cuanto los delitos incorporados en aquella parten su cómputo en cinco años y un día, con lo cual no es posible optar a penas sustitutivas. A su vez, ahondando sobre el mismo argumento, el Senador Harboe señaló que la indicación del Senador Espina, que busca excluir del beneficio de pena sustitutiva a un conjunto de delitos, es probablemente adecuada. El problema es que se renovó antes de la aprobación del artículo 449, que, tal como señaló el señor Ministro del Interior, incorporó el mismo objetivo. Es decir, ninguna de las personas que hayan cometido un delito de los establecidos en la indicación, aun siendo primerizas, podrá optar a penas sustitutivas, porque estas, de acuerdo a la Ley N° 18.216, se aplican hasta un límite máximo de sanción de cinco años, y los delitos que incorpora la indicación parten en cinco años y un día. El Senador Harboe termina su intervención, sugiriendo al Senador Espina que retire la indicación porque su contenido se encuentra efectivamente subsumido en el artículo mencionado.¹²⁵ Producto de lo expresado en la discusión, el Senador Espina da razón a los intervinientes y retira su indicación.

consideración que si ya por una ficción legal establecida en el artículo 450 del Código Penal, a los autores de delito tentado o frustrado de robo –en este caso, en lugar habitado-, les resulta aplicable la misma punición que si el hecho estuviese consumado, no puede luego esgrimirse nuevamente esta ficción, para los efectos de estimarse que les resulta también aplicable el margo rígido de determinación de pena, que establece el artículo 449 N° 1 del Código Penal, porque con ello se hace una aplicación extensiva de esta regla, a un caso no regulado por la misma, cuando fue establecido en la causa, la existencia de un delito tentado de robo en lugar habitado, influyendo ello substancialmente en lo dispositivo de la sentencia, pues se impuso al imputado una pena superior a la que legalmente correspondía para el caso particular.”

¹²⁴ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, cit. (n.2), p. 10.

¹²⁵ *Ibíd.*, p.12.

En síntesis, el argumento de los Senadores y del Ministro del Interior sigue la línea consistente en que el artículo 449 del Código Penal solo es aplicable al autor de delito consumado, puesto que, de este modo, la pena mínima será superior a cinco años, anulando la posibilidad de optar a penas sustitutivas. Por el contrario, en caso de un encubridor de un delito de robo con violencia simple o un cómplice de robo en lugar habitado, podrán optar a una pena en abstracto inferior, que les permitiría, eventualmente, la sustitución de pena.

b) Argumento de interpretación sistemática de los tipos del Código Penal

Sumado al argumento de tramitación legislativa de la ley en estudio, es posible encontrar en términos del departamento de estudios de la Defensoría Nacional Pública, un fundamento derivado de la interpretación sistemática de los tipos penales, puesto que el N° 1 del artículo 449 comienza señalando “*Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito...*”. Para efectos de clarificar el desarrollo del argumento, debemos preguntarnos ¿Qué entiende el Código Penal por “*la pena señalada por la ley al delito*”? La respuesta se encuentra en el artículo 50 del mencionado cuerpo legal, el cual prescribe “*A los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley. Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado. En definitiva, el N°1 del artículo 449 se aplicará sólo en aquellos casos en que la pena a imponer es aquella señalada por la ley al delito, esto es, la pena que corresponde al autor de delito consumado.*”¹²⁶

Ahora bien, respecto de este último argumento, estimamos que su fundamentación no está libre de críticas. Lo anterior, en primer término, producto de que la frase “*pena señalada por la ley al delito*” que utilizó el legislador para describir la regla de determinación de la pena del artículo 449 del Código Penal, no es decisiva para estimar que dicha regla solo es aplicable al autor de delito consumado. Ello en virtud de que el artículo 67 del Código Penal (de manera idéntica a la frase utilizada por el legislador en el artículo 449 del Código Penal) señala en su encabezado “*cuando la pena señalada al delito*”, siendo que se ha aplicado incluso cuando el delito no se ha consumado y cuando no se ha cometido en calidad de autor.

Por tanto, no por el hecho de que el artículo 449 del Código Penal indique “*pena señala por la ley al delito*”, significa que se está refiriendo a que solo será aplicable al autor de delito consumado. Aunado a lo anterior, El artículo 50 del Código Penal solo es aplicable cuando la ley impone pena, lo que únicamente sucede en los tipos penales; en el 449 no hay ningún tipo penal, sino que una regla de determinación de la pena, cuestión transversalmente distinta.

¹²⁶ Ibid.

c) Aplicación especial y excepcional

Respecto de este punto, la Defensoría Penal Pública, ha sostenido que uno de los argumentos para afirmar que el artículo 449 N°1 del Código Penal solo es aplicable al autor de delito consumado, radica en que el sistema general de determinación de la pena para los tipos del Código Penal, se encuentra entre los artículos 65 al 69 del mismo cuerpo legal. Por tanto, continúan siendo excepcionales los regímenes contemplados por la Ley N°20.770, de 16 de septiembre de 2014, denominada públicamente como “Ley Emilia”, el Decreto N°400, de 6 de febrero de 2015 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°17.798, sobre control de armas y el nuevo artículo 449 del Código Penal.¹²⁷Sobre el particular, estimamos que la Defensoría ha incurrido en un argumento de interpretación restrictiva que contraviene lo dispuesto en el artículo 23 del Código Civil, el cual dispone que, “*lo favorable u odioso de una disposición no se tomara en cuenta para ampliar o restringir su interpretación*” y que “*la extensión que se deba dar a toda ley, se determinara por su genuino sentido*”. Aunado a lo anterior, creemos que no debe ser aceptada una interpretación que se base en la sola voluntad del intérprete, amparada en un argumento más o menos emotivo, no considerado por el ordenamiento jurídico en su conjunto.¹²⁸En definitiva, no concordamos con éste último argumento entregado por la Defensoría, puesto que entendemos que el carácter menos benigno que trae aparejada la nueva regla de determinación de la pena del artículo 449 N°1 del Código Penal, no puede ser utilizado como argumento para sostener que solo tendrá aplicación cuando se trate de autores de delitos consumados contra la propiedad.

Ahora bien, sin perjuicio de las críticas indicadas al argumento de interpretación sistemática y al proveniente de la aplicación especial y excepcional del nuevo sistema de determinación de la pena, estimamos que, de igual modo, se debe seguir sosteniendo que el N°1 del artículo 449 del Código Penal solo es aplicable al autor de delito consumado. Ello, producto de que los argumentos provenientes de la historia de la ley y de la interpretación de los artículos 449 y 50 del Código Penal, estimamos que tienen la fuerza suficiente para poder sustentar nuestra postura. Es más, como ya indicamos en su oportunidad, la jurisprudencia¹²⁹se ha pronunciado a favor de ésta interpretación, fundamentando sus resoluciones en los tres argumentos analizados.

Asimismo, Winter señala que este sistema de determinación solo reemplaza lo señalado en los artículos 65 a 69 del Código Penal, algo de vital importancia, dado que muchas normas de determinación de la pena no se encuentran en estos artículos. Así, por ejemplo, las normas modificatorias para la participación criminal se siguen aplicando y los

¹²⁷ *Ibíd.*, p.13.

¹²⁸ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *La ley penal y su interpretación* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2012), pp.205-206.

¹²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Undécima Sala, sentencia de 14 de agosto de 2017, en causa de la ROL N° 2400-2017.

cómplices tendrán una rebaja de un grado. Del mismo modo, se aplican las reglas de concursos de los artículos 74 y 75 del Código Penal y el aumento en grados que permite el artículo 351 del Código Procesal Penal. Igualmente, y esto resulta fundamental, no se afecta a determinadas circunstancias modificatorias que puedan tener efectos propios. Así, por ejemplo, la rebaja de un grado por la devolución de la cosa hurtada o robada antes del inicio de la persecución penal que establece el artículo 456 del Código Penal sigue teniendo plena aplicación.¹³⁰

5. Nueva regla de determinación de la pena del artículo 449 N°2 del Código Penal para condenados reincidentes, en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal

El presente numeral del artículo en estudio señala que el tribunal, en caso de concurrir cualquier tipo de agravante de reincidencia, tanto específica como genérica, estará obligado a excluir el grado mínimo o el *mínimum*, según se trate de penas de más de un grado o de solo uno. Y, a partir de dicha exclusión, ponderar las demás circunstancias modificatorias que podrían concurrir junto con el delito, a fin de individualizar la pena aplicable al delito.¹³¹

Verbigracia, el autor de un delito de robo con fuerza en lugar no habitado del artículo 442 del Código Penal, arriesga una pena de 541 días a 5 años de presidio menor en sus grados medio a máximo. Si el tribunal acoge la agravante de reincidencia, la pena aplicable al imputado pasa a ser de 3 años y un día a 5 años de presidio menor en su grado máximo, ya que se excluye el grado mínimo. Asimismo, el autor de un delito de robo con fuerza de cajeros automáticos o contenedores de dinero del artículo 443 bis del Código Penal, arriesga una pena de 3 años y un día a 5 años de presidio menor en su grado máximo. Si el tribunal acoge la agravante de reincidencia, genérica o específica, automáticamente la pena aplicable al imputado pasa a ser de 4 años y un día a 5 años de presidio menor en su grado máximo, ya que se excluye el *mínimum* de la pena.

Menester es hacer mención, que podrían existir varias atenuantes para los ejemplos mencionados, pero, de todas maneras, por el mero hecho de declararse la agravante de reincidencia, se debe aumentar la pena en la forma señalada y solo dentro del marco penal resultante, podrán operar las restantes atenuantes y agravantes.¹³²

¹³⁰ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.10.

¹³¹ FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, cit. (n.93), pp.4-6.

¹³² Es preciso destacar el carácter desfavorable que tiene el tratamiento de la reincidencia para los imputados. Por eso, una debida protección para el autor de los delitos comprendidos en la reforma, implica no considerar como reincidencia las condenas que registre cuando era menor de edad y, del mismo modo, proceder, por parte de los operadores jurídicos, a una interpretación restrictiva de la reincidencia y de sus requisitos de procedencia. Sobre el particular y con razón, la Corte Suprema, en el Informe proyecto de Ley Boletín N° 9885-07, de 5 de marzo de 2015, señaló que la reincidencia deja de ser en estos casos una circunstancia agravante genérica, que pueda eventualmente compensarse con alguna atenuante, y pasa a ser un factor influyente de modo imperativo en la determinación judicial de la pena, que constituye un ámbito soberano en que los jueces ejercen sus atribuciones. Asimismo, en términos de la Defensoría Penal Pública, se extrae de la razonabilidad de la norma,

6. Aspectos interpretativos del N°2 del artículo 449 del Código Penal

6.1 El N°2 del artículo 449 solo es aplicable al autor de delito consumado

La Defensoría Penal Pública sostiene nuevamente este argumento, al señalar que, el N° 2 del artículo 449 se inicia señalando que “*Tratándose de condenados reincidentes... el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior...*”. En consecuencia, la aplicación de esta regla presupone que estamos frente a una situación en la cual es procedente la aplicación del N° 1 del mismo artículo. Por ende, y bajo los mismos argumentos expuestos en el acápite anterior, si el N° 1 del artículo 449 solo se aplica en aquellos casos en que el imputado es autor de un delito consumado, entonces el N° 2 del mismo 449 tampoco se aplica cuando el imputado es un mero co - partícipe (cómplice o encubridor), ni tampoco cuando, a pesar de ser autor, el *iter criminis* está en estado imperfecto (frustración o tentativa).¹³³

6.2 La inclusión del artículo 456 bis A dentro del ámbito de aplicación del artículo 449 del Código Penal

Para la claridad del desarrollo del siguiente argumento, es necesario señalar que, producto de la deficiente redacción del legislador a la hora de promulgar la Ley N°20.931, del 5 de julio de 2016, particularmente en el encabezado de la regla de determinación de la pena del artículo 449 del Código Penal, se ha entendido por algunos autores¹³⁴ que el tipo de receptación del artículo 456 bis A del mismo cuerpo legal, se encuentra dentro de la enumeración de los supuestos de excepción del artículo 449 del Código Penal. El error, a nuestro parecer, no obedece principalmente a una rápida lectura de los autores, sino que se encuentra, esencialmente, en la deficiente redacción de la disposición, que versa así: “*Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan*”. Lo anterior, producto de que con los términos “*con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A*”, puede entenderse que el delito de receptación queda fuera de los

que esta situación privilegiada de la agravante no tiene como contrapartida la de dotar de un efecto extraordinario similar a la irreprochable conducta anterior. En efecto, ambas circunstancias modificatorias se fundan ulteriormente en la misma circunstancia fáctica: la conducta del sujeto con anterioridad a la comisión del hecho punible. De esta forma se contraviene el aforismo legal de “misma razón, misma disposición” con una norma que parece contraria a lo que indica la lógica más elemental.

En último lugar, es necesario agregar que el problema de la reincidencia bajo estos efectos, surge del carácter parcial de esta reforma, que se remite únicamente a parte de los delitos contra la propiedad, sin distinguir su gravedad, y sin revisar las penas que se imponen a cada delito.

¹³³ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, cit. (n.2), p.15.

¹³⁴ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, cit. (n.4), p.9. No obstante lo anterior, el autor en conferencias del presente año, ha reconocido expresamente su error, afirmando que el delito de receptación del artículo 456 bis A del Código Penal se encuentra dentro de los delitos contra la propiedad sujetos a la nueva regla de determinación de la pena del artículo 449 del Código Penal.

tipos sujetos al artículo 449 de Código Penal, puesto que es señalado, aparentemente, como último elemento de la enumeración de los tipos excluidos de la nueva regla de determinación de la pena.

Dicho lo anterior, a continuación procederemos a entregar los argumentos pertinentes para poder respaldar la siguiente afirmación: el artículo 449 del Código Penal, incluido por la Ley N° 20.931, del 5 de julio de 2016, que crea un nuevo sistema de determinación de la pena, es aplicable al delito de receptación tipificado en el artículo 456 bis A del Código Penal.¹³⁵

a) En primer término, es menester hacernos cargo del Mensaje N°1167-362 del Ejecutivo a la Honorable Cámara de Diputados, del día 23 de enero de 2015¹³⁶. Dentro del mismo, es posible encontrar argumentos de tramitación legislativa y de espíritu de la ley que fundamentan la inclusión del delito de receptación en la nueva regla de determinación de la pena.

El primero de ellos se encuentra dentro de los objetivos del proyecto de ley, el que indica que: *“los objetivos de este proyecto apuntan a ofrecer propuestas de reforma legal, que sin alterar las bases fundamentales de un sistema procesal penal que debe garantizar la imposición de condenas sólo tras un debido proceso en que se respeten las garantías consagradas en la Constitución y los Tratados Internacionales, intervengan en los factores que la investigación criminológica estima podrían vincular el funcionamiento de los sistemas penales con el aumento o la disminución de la actividad criminal en el espectro delictivo antes mencionado, a saber: 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 de que se trate.”*¹³⁷

En virtud del extracto del mensaje del Poder Ejecutivo, queda en evidencia la clara intención de hacer aplicable al delito de receptación un nuevo sistema de determinación de la pena, distinto al señalado en los artículos 65 al 69 del Código Penal.

En segunda línea, a partir del mensaje del Poder Ejecutivo, podemos encontrar argumentos provenientes del contenido del proyecto de ley, que indica lo siguiente: *“tal como lo demostró la tramitación de la denominada “Ley Emilia” (Ley N° 20.770), uno de los principales problemas de nuestra actual legislación es que no existe certeza acerca de que la pena a imponer efectivamente sea la determinada por el legislador al crear las*

¹³⁵ FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, cit. (n.93), p.4.

¹³⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley N°20.931 del 5 de julio de 2016: Mensaje de S.E la Presidente de la Republica N°1167-362*(Valparaíso, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, 2015). pp.1-14. Disponible el 27 de marzo de 2017 en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

¹³⁷ *Ibíd.*, p.6.

diferentes figuras delictivas, dado el efecto que producen las actuales reglas de determinación de la pena que se pretenden sustituir. Por ello, se propone establecer un sistema similar para regular la determinación de las penas en los delitos de robo, hurto y receptación, otorgando certeza al proceso de determinación o aplicación de éstas. En efecto, a través de este sistema específico, las circunstancias atenuantes y agravantes se aplicarán dentro del marco legal de pena establecido por la ley sin que habiliten para subir o bajar la pena fuera de ese marco. Con ello, se otorga una meridiana certeza a la población de que la pena legal tiene un reflejo en la pena concreta que recibirá el condenado y que esta no se ha visto alterada, como ocurre dramáticamente en algunos casos, impidiendo cumplir con una finalidad de prevención general eficiente.”¹³⁸

Por tanto, queda de manifiesto dentro del contenido del proyecto, la finalidad del Ejecutivo de aplicar para los delitos de receptación un nuevo sistema de determinación de la pena, con características de mayor efectividad y seguridad en su aplicación.

b) En segundo lugar, es posible desprender argumentos a partir del título de la Ley N°20.931, del 5 de julio de 2016, el que versa: *“Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”*.

El título de la ley indicada deja en evidencia la intención de mejorar la persecución penal para los delitos de receptación mediante un nuevo sistema de aplicación de la pena contenido en el artículo 449 del Código Penal.

c) En tercer término, un nuevo argumento se encuentra en el Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Honorable Cámara de Diputados, que señala lo siguiente:

En el caso del condenado como autor por simple delito contra la propiedad, reincidente, se dispondrá que: *“en este grupo se encuentran aquellos condenados por hurto, robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado y en bien nacional de uso público, robo con fuerza de cajeros automáticos, robo por sorpresa, receptación y las correspondientes formas de abigeato. Al respecto, se aplica, según el proyecto, la prohibición de rebaja bajo el marco (materia en la que se remitió a lo señalado) y el aumento obligatorio de un grado sobre el umbral superior del mismo. Los efectos de la circunstancia de reincidencia, además de incurrir en un trato intensamente desigual respecto de otros condenados, incurre en extrema desproporción si se trata de penas cuyo único grado o máximo, sea el presidio menor en su grado máximo, esto es, robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, en bien nacional de uso público (y su figura calificada cuando recayere en un vehículo motorizado o interrumpa servicios), robo por sorpresa, robo con fuerza de cajeros automáticos, hurto de cosa cuyo valor excede 40 UTM, receptación, y las figuras de abigeato correspondientes. En este caso la existencia de una condena anterior por crimen o*

¹³⁸ *Ibíd.*, p.7.

simple delito excluye la aplicación de la remisión condicional, de la libertad vigilada y de la libertad vigilada intensiva. Sólo respecto de una eventual imposición de presidio menor en su grado mínimo a medio existe la posibilidad de imponer una reclusión parcial, en los casos en que el tribunal la estime como suficientemente disuasiva, considerando los antecedentes que la justificaren.”¹³⁹

A partir del extracto del informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, se da a entender la afirmación que se viene sosteniendo a partir de los argumentos anteriores, tal es, el comprender al delito de receptación dentro de la regla de determinación de la pena del 449 del Código Penal, particularmente en su N°2, cuando concurra junto con el delito, agravante de reincidencia.

d) En cuarto lugar, es posible desprender un argumento del nuevo artículo 449 bis, el que prescribe que: *“Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquella no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo.”*

A partir del artículo indicado y de su comparación con el artículo 449 del Código Penal es posible señalar que la Ley N°20.931, entre otros fines, busca agravar el régimen punitivo del delito de receptación, por ello se le incluyó dentro de los tipos sujetos a la nueva circunstancia agravante del artículo 449 bis del Código Penal. Por tanto, excluir al delito de receptación de la nueva regla de determinación de la pena no se condice con la finalidad del legislador de endurecer el tratamiento punitivo a los delitos contra la propiedad, particularmente, en este caso, al delito de receptación. Asimismo, la nueva agravante del artículo 449 bis del Código Penal, que indica expresamente al delito de receptación dentro de los tipos sujetos bajo sus efectos agravatorios, se encuentra ubicada a continuación del nuevo sistema de determinación de la pena del artículo 449 del mismo cuerpo legal. En definitiva, afirmar que la regla de determinación de la pena excluye al delito de receptación, y que la disposición agravante que le sigue en número la incluye, es totalmente erróneo, pues carece de lógica que el legislador haya extendido los efectos desfavorables de la Ley N°20.931 solo en la circunstancia agravante del artículo 449 bis y no mediante su inclusión dentro del nuevo régimen de determinación de la pena para los delitos contra la propiedad.

Dicho de otro modo, no es lógico que el Legislador a partir de la reforma, aplicare para el delito de receptación todas las disposiciones concernientes a la agravación de la aplicación

¹³⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.931 del 5 de julio de 2016: informe de comisión de seguridad ciudadana* (Valparaíso, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, 2015), pp.23-24. Disponible el 24 de marzo de 2017 en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_ef8b4f4735e896556797cdf0308d03a4.pdf.

de la pena y la efectividad en el cumplimiento de la misma y no le aplicare la regla del artículo 449 del Código Penal. Lo anterior, en virtud de que el propio delito de receptación es modificado en su inciso final con el propósito de estar acorde a la finalidad del proyecto de ley, agregando que *“Si el valor de lo receptado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se impondrá el grado máximo de la pena o el máximo de la pena que corresponda en cada caso.”*

En consecuencia, queda en evidencia el sin sentido de considerar al delito de receptación fuera del nuevo sistema de determinación de la pena para los delitos contra la propiedad.

e) En quinto lugar, es posible desprender un nuevo argumento a partir de la hipótesis de aplicación del artículo 449 del Código Penal, el que prescribe: *“Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan”*

En el encabezado de la disposición indicada, el legislador enumera los supuestos de excepción del artículo 449 del CP, ello mediante el enunciado *“con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A”*. En términos de la Real Academia Española de la Lengua, el uso de la coma para separar palabras de una enumeración completa dentro de un mismo enunciado, su último elemento debe ir introducido por una conjunción (y, e, o, u, ni), delante de la cual no debe escribirse coma. Ejemplo: *Es una persona aplicada, formal, estudiosa y con buen expediente.*¹⁴⁰

En atención a ello, el legislador, al enumerar las excepciones de aplicación de la norma 449 del Código Penal, señala el artículo 448, inciso primero, y 448 quinquies. Por tanto, al utilizar la conjunción “y” para aludir al artículo 448 quinquies, lo estaría mencionando como el último elemento de la enumeración, dando por finalizados los supuestos excepcionales del nuevo sistema de determinación de la pena para los delitos contra la propiedad. En consecuencia, el enunciado de la norma “y del artículo 456 bis A”, no es parte de los artículos excluidos, sino que pertenece a la regla general de la disposición.

f) En sexto y último lugar, es necesario desarrollar el argumento correspondiente a la no comprensión del artículo 456 bis A dentro de los párrafos 1 a 4 bis, del Libro II, del Título IX, del Código Penal, mediante el cual, es posible afirmar la inclusión del delito de receptación dentro de las hipótesis de aplicación del artículo 449 del Código Penal

El legislador, en el encabezado del nuevo artículo 449 del Código Penal prescribe como delitos sujetos a la aplicación de la nueva regla de determinación de la pena a los delitos comprendidos entre los párrafos 1 a 4 bis, del Título IX, del Libro II, del mismo

¹⁴⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, cit. (n.94), p.30.

cuerpo legal, para luego, señalar a los delitos de apropiación de pelos o plumas y al hurto de hallazgo, como delitos que se encuentran dentro de los párrafos sujetos a la modificación, pero que hacen excepción al mismo, no siéndoles aplicable la norma del artículo 449, sino que, por el contrario, siguen estando sujetos a las reglas generales del sistema de determinación de la pena de los art 65 a 69 del Código Penal.

En directa consecuencia de lo señalado, el legislador, luego de mencionar a los delitos que hacen excepción dentro de los párrafos 1 a 4 bis, prescribe a continuación “y del artículo 456 bis A”, que se encuentra ubicado dentro del párrafo 5 bis del Código Penal, volviendo de esta manera, a indicar un delito contra la propiedad, que producto de no encontrarse dentro de los párrafos 1 a 4 bis, fue necesario señalar expresamente a posteriori, como supuesto de aplicabilidad general y no como excepción del artículo 449 del cuerpo legal indicado.

7. Antinomia entre el artículo 449 N°2 y el artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal

En el caso del delito de receptación, nos encontramos frente a un conflicto entre normas en la regulación de la agravante de reincidencia. En primer término, el artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal señala que “*Se impondrá el grado máximo de la pena establecida en el inciso primero, cuando el autor haya incurrido en reiteración de esos hechos o sea reincidente en ellos.* Y, de manera contraria, el artículo 449 N°2 del mismo cuerpo legal, dispone que “*tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el minimum si consta de un solo grado.*” A partir de las modificaciones impuestas por la ley en cuestión, según Cerda, tratándose del delito de receptación, se presenta un problema complejo, pues habrá que dilucidar si debemos aplicar la regla segunda del nuevo artículo 449, entendiendo derogada la norma del inciso cuarto del artículo 456 bis A, pues se trata de una norma anterior que regulaba el mismo tema, esto es, los efectos agravatorios de la reincidencia en el delito de receptación, quedando vigente sólo para los efectos de la reiteración o concurso material; o en el caso de estimar vigente el último precepto mencionado, preferirlo por especialidad.¹⁴¹

Dicho problema puede ser resuelto en términos del Fiscal Nacional, al concluir que solo nos encontramos frente a un conflicto aparente en la regulación de la reincidencia en el delito de receptación, puesto que el artículo 449 CP regula la reincidencia fundada en condenas anteriores por hechos no constitutivos de receptación. (v.gr. una condena anterior por delito de robo), caso en el cual debe prescindirse del grado mínimo. Por su parte, el artículo 456 bis A inciso cuarto regula la reincidencia fundada en condenas anteriores por el

¹⁴¹ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, cit. (n.92), p.57.

delito de receptación, caso en el que se debe aplicar el grado máximo. Finalmente se regula la reincidencia en receptación de un objeto específico.¹⁴²

El argumento entregado por el Fiscal Nacional debe ser descartado, dado que, tanto el artículo 456 bis A inciso cuarto, como el artículo 449 N°2 del Código Penal, coinciden en la regulación de la misma materia; esto es, los efectos agravatorios de la reincidencia en el delito de receptación. Por ello, no es posible entender que solo nos encontramos frente a un conflicto aparente entre las normas indicadas. Para profundizar en la argumentación de la presente crítica, en primer lugar, es necesario traer a colación el tenor literal del N°2 del artículo 449 y del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal. El primero de ellos dispone que: *Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado.* Y el segundo prescribe que: *“Se impondrá el grado máximo de la pena establecida en el inciso primero, cuando el autor haya incurrido en reiteración de esos hechos o sea reincidente en ellos.*

En virtud de ambos artículos, podemos concordar con el Fiscal Nacional en su afirmación correspondiente a que el artículo 456 bis A inciso cuarto regula la reincidencia fundada en condenas anteriores por el delito de receptación. Sin embargo, no es posible aceptar que el artículo 449 N°2 del Código Penal solo regula la reincidencia fundada en condenas anteriores por hechos no constitutivos de receptación. Lo anterior es incorrecto, en primer término, puesto que la última norma en comentario hace alusión a la agravante de reincidencia genérica, esta es: *“Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena”*¹⁴³. En atención a ello, es perfectamente posible que un sujeto A que ha sido condenado anteriormente dos o más veces por el delito de receptación, frente al cual el tribunal puede imponer la pena entre los grados de presidio menor en cualquiera de sus grados; posteriormente, incurra en la comisión del mismo delito, el que, naturalmente, faculta al juez para imponer la pena dentro de los grados ya indicados. Por eso, sería plenamente aplicable el N°2 del artículo 449 del Código Penal, puesto que se cumple, en este caso, con el supuesto de haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena.

Sumado a lo anterior, también es incorrecto el argumento entregado por el Fiscal Nacional, dado que la presente norma también hace alusión a la agravante de reincidencia específica, esta es: *“Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie”*.¹⁴⁴ Por tanto, en atención a que el artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal está sujeto a la aplicación de la regla de determinación de la pena del artículo 449 del Código Penal, es plenamente posible que un sujeto B que fue condenado anteriormente por el delito

¹⁴² FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, cit. (n.93), p.6.

¹⁴³ Artículo 12 N°15 del Código Penal.

¹⁴⁴ Artículo 12 N°16 del Código Penal.

de receptación y que, posteriormente, producto de la comisión de un nuevo delito de receptación, y en aplicación de la reincidencia específica que indica el artículo 449 N°2 del Código Penal, se le aplique el numeral del artículo indicado, puesto que se cumplen todas las exigencias de la regla de determinación de la pena para estar frente a una hipótesis de reincidencia del delito de receptación.

En efecto, es carente de razonabilidad indicar que el artículo 449 del Código Penal solo regula la reincidencia fundada en condenas anteriores por hechos no constitutivos de receptación, porque ello implica desconocer que dicha norma hace alusión a la reincidencia genérica y específica. En otras palabras, reiteramos que existe una antinomia entre los artículos 456 bis A inciso cuarto y el artículo 449 N°2 del Código Penal, producto de que ambos coindican en la regulación de la hipótesis de reincidencia de un delito de receptación.

8. Solución a la colisión normativa

Frente al conflicto normativo ya indicado, podemos afirmar que estamos frente a una antinomia, la que es entendida, según los términos de Henríquez, como aquella que se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles.¹⁴⁵

Las técnicas para resolver las antinomias se reducen a tres: el principio jerárquico, cronológico y de especialidad. Frente al caso particular, el criterio procedente es el cronológico, que se produce, según Guastíni, en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas y provistas de la misma esfera de competencia. Por ello, la norma proveniente de la fuente anterior en el tiempo, debe considerarse abrogada (y por tanto debe ser desaplicada).¹⁴⁶

En razón de lo expuesto, es dable afirmar que, en principio, a los delitos de receptación con agravante de reincidencia que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.931 del 5 de julio de 2016, les será aplicable el nuevo artículo 449 N°2, es decir “*el tribunal deberá; para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado.*” No obstante, dicha afirmación no es del todo correcta, puesto que como se ha señalado a lo largo de este trabajo, la finalidad del legislador con la Ley N°20.931 era el endurecimiento del tratamiento punitivo de los delitos contra la propiedad mediante la modificación del régimen de determinación de la pena.¹⁴⁷

¹⁴⁵ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno* (Santiago, Estudios constitucionales volumen XI, 2013), p.460. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100012&lng=es&nrm=iso>.

¹⁴⁶ GUASTÍN, Ricardo, *Antinomias y lagunas* (México, Traducido al español por Miguel Carbonell(IJ-UNAM), Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana N°XXI, s.d), P.441. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11388/10435>.

¹⁴⁷ WINTER ETCHEBERRY, cit. (n.4), p.9.

Por eso, si bien cronológicamente debería tener aplicación el nuevo artículo 449 N°2 del Código Penal frente a una hipótesis de reincidencia del delito de receptación, de su aplicación se deriva un trato punitivo más benigno para el imputado que el propio del artículo 456 bis A inciso cuarto. En definitiva, su incidencia para los delitos contra la propiedad no se condice con la finalidad perseguida por el legislador con la reforma.

Un ejemplo de lo anterior es el siguiente: un sujeto comete el delito de receptación con agravante de reincidencia, que conforme al artículo 456 bis A inciso cuarto, tiene asignada una pena de presidio menor en su grado máximo. Por el contrario, para la misma hipótesis en estudio, el artículo 449 N°2 del Código Penal dispone la pena de presidio menor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo. Además, para efectos del presente ejemplo, junto con el delito concurren dos agravantes. En virtud de ello, de la aplicación del artículo 449 N°2 o del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal se generan determinaciones de pena con resultados diferentes. En el caso del artículo 449, el tribunal deberá excluir el grado mínimo de la pena compuesta, lo que se traduce en la pena de presidio menor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo; posteriormente, en aplicación del N°1 del presente artículo, *“el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia”*. Por tanto, en atención a la concurrencia de dos agravantes junto con el delito, la pena estimada al delito oscila entre los grados de presidio menor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo. Por el contrario, en el supuesto de aplicación del artículo 456 bis A inciso cuarto, en primer lugar, el tribunal deberá aplicar el grado máximo de la pena, lo que conduce a la pena de presidio menor en su grado máximo; en segundo lugar, debido a la pertenencia del delito de receptación dentro del artículo 449 N°1 del Código Penal, el tribunal frente a la concurrencia de dos circunstancias agravantes y en aplicación del criterio establecido en el numeral indicado, individualizará la pena solo dentro del grado de presidio menor en su grado máximo.

Del mismo modo, pero bajo el supuesto de la concurrencia de dos atenuantes junto con el delito, la determinación de la pena mediante el artículo 449 N°2 por el tipo de receptación con agravante de reincidencia seguirá siendo más beneficioso para el imputado que el resultante del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal.

Una demostración de lo afirmado es lo siguiente: en atención al artículo 449 N°2 del Código Penal, el tribunal frente al delito de receptación con agravante de reincidencia debe excluir el grado mínimo de la pena compuesta, esto es, una pena resultante de presidio menor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo; posteriormente, procederá a aplicar la regla del N°1 del artículo 449, y que, debido a la concurrencia de dos atenuantes junto con el delito, individualizará la pena entre los grados de presidio menor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo. En cambio, de la aplicación del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal, el tribunal deberá aplicar el grado máximo de la pena; por

consiguiente, la pena será de presidio menor en su grado máximo; luego, producto de la adscripción del presente delito a la nueva regla de determinación de la pena del artículo 449 N°1 del Código Penal, los magistrados podrán individualizar la pena dentro del grado de presidio menor en su grado máximo.

En efecto, una vez ejemplificadas ambas formas de determinación de la pena, podemos concluir que de la aplicación del artículo 449 N°2 del Código Penal es posible extraer una sanción punitiva más beneficiosa para el imputado que la proveniente de la disposición del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal. Ello, como ya expuse con anterioridad, no guarda relación con el propósito último de la Ley N°20.931, el cual busca, dentro de otros fines, aumentar el rigor punitivo en el delito de receptación.

En este mismo orden de ideas y en rechazo de aquella jurisprudencia que ha indicado que ninguna ley penal puede ser interpretada extensivamente contra el reo, y que, en caso de duda sobre el significado y alcance del texto legal, este deberá interpretarse en el sentido más favorable al reo,¹⁴⁸ Matus señala que hay un solo tipo de interpretación correcta, la declarativa, que se manifiesta desentrañando el verdadero sentido y alcance de la ley, no habiendo lugar ni para la extensión ni para la restricción de los preceptos penales, señalándose especialmente que en ella no existe lugar para argumentos emotivos a favor o en contra del reo.¹⁴⁹ La doctrina indicada encuentra respaldo en el artículo 23 del Código Civil, que dispone que *“lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”* y que *“la extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido”*. Asimismo, manifiesta el autor que no es la favorabilidad a priori lo que hace correcta o incorrecta una interpretación, sino su adecuación a los límites normativos establecidos, no solo a nivel legal, sino también constitucional. Por ende, se da por óptima la alegación del artículo 23 del Código Civil como límite de la interpretación extensiva o restrictiva, en cuanto no admite como razón para proponer una determinada interpretación la sola voluntad del intérprete, basada en un argumento más o menos emotivo (*“lo favorable”* o *“lo odioso”*), no considerado por el ordenamiento jurídico en su conjunto (elemento sistemático).¹⁵⁰

Por consiguiente, el tratamiento más benigno para el imputado que trae aparejado el nuevo artículo 449 N°2 del Código Penal, en comparación con el artículo 456 bis A inciso cuarto del mismo cuerpo legal, no debe ser entendido como criterio para solucionar el conflicto entre las normas mencionadas a favor de aquella que consagra consecuencias punitivas más favorables para el imputado. Lo anterior, dado que, como bien indica el autor, lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para cumplir o restringir su interpretación.

¹⁴⁸ JURISPRUDENCIA EN ETCHEBERRY (1987 I, pp.22 y ss y 1987 IV, pp.6 y s.).

¹⁴⁹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, cit. (n.128), pp.205-206.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 207.

Sumado al argumento esgrimido anteriormente, el mismo autor señala que la finalidad de la ley o *telos* legal ha de ser la guía fundamental que permita precisar el alcance del sentido literal de una disposición, una vez que este ha sido precisado interpretativamente.¹⁵¹ A su vez, manifiesta que la finalidad de la ley penal, incluyendo en ella el bien jurídico que pretende proteger, esto es, la política criminal expresada en la legislación, solo puede considerarse como un argumento limitador del sentido literal posible de la misma, precisándola y determinándola en su justa dimensión.¹⁵² En último término, agrega que el procedimiento teleológico trata de determinar el sentido protector de la ley, es decir, el bien jurídico que protege y la medida o modalidad con que lo protege.¹⁵³ En este sentido, debemos atender a la finalidad del legislador al momento de promulgar la Ley N°20.931, para resolver exitosamente el conflicto normativo en estudio. En efecto, del título de la ley en comento¹⁵⁴ es posible afirmar que, frente a la antinomia entre el artículo 449 N°2 y artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal, se debe preferir este último, puesto que se adecua íntegramente a la finalidad de la ley, esta es, facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejorar la persecución penal en dichos delitos. Asimismo, como bien indica el autor, se debe optar por la norma que otorgue mayor protección al bien jurídico tutelado, lo que naturalmente se traduce en la preponderancia del artículo 456 bis A inciso cuarto por sobre el artículo 449 N°2, en virtud de su elevada pena, que tiene por fundamento, la tutela de la propiedad como bien jurídico.

En último lugar, es menester mencionar al principio de especialidad como un mecanismo idóneo para resolver el conflicto normativo en cuestión. Dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 13 del Código Civil, y prescribe que *“las disposiciones de la ley relativas a cosas o negocios particulares prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”*. En atención a ello, se debe preferir por especialidad al artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal por sobre el artículo 449 N°2 del mismo cuerpo legal, puesto que el primero regula de manera particular y especial al delito de receptación cometido con la agravante de reincidencia, a diferencia del segundo, que regula genéricamente el supuesto de aquellos delitos contra la propiedad, objeto de modificación por parte de la Ley N°20.931, cometidos con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia.

Luego de señalados los argumentos anteriores, es necesario preguntarnos si es posible que estemos frente a un supuesto de derogación tácita, en que el nuevo artículo 449 N°2 del Código Penal derogue al artículo 456 bis A inciso cuarto del mismo cuerpo legal. Frente a este escenario, el Tribunal, sin tomar en consideración el tratamiento más benigno que le otorga la nueva regla de determinación de la pena al tipo receptación con agravante de

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 209.

¹⁵² *Ibíd.*, p. 210.

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ *“Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”*.

reincidencia y, por consiguiente, su falta de adecuación al propósito del legislador de endurecer el régimen punitivo y la aplicación de las penas para los delitos contra la propiedad, procederá a aplicar -erróneamente a nuestro entender- el artículo 449 N°2 del Código Penal, frente al caso de un imputado acusado por el delito de receptación con agravante de reincidencia.

Una vez expuesta la interrogante, debemos descartar inmediatamente una respuesta tendiente a aceptar que estamos frente a un supuesto de derogación tacita, que desconozca que realmente estamos situados en un concurso aparente de leyes penales, resuelto a través del principio de especialidad a favor del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal. Para sustentar nuestra posición, estimamos que es necesario traer a colación un antiguo aforismo jurídico, el que versa así: *“lex posterior generalis not derogat priori speciali”*. A partir del mismo, podemos señalar que el nuevo artículo 449 N°2, introducido por la Ley N° 20.931, al disponer que *“tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado”*, es posible encuadrarlo dentro de la calificación de ley general posterior, y que, por el contrario, el artículo 456 bis A inciso cuarto, al prescribir que *“se impondrá el grado máximo de la pena establecida en el inciso primero, cuando el autor haya incurrido en reiteración de esos hechos o sea reincidente en ellos. En los casos de reiteración o reincidencia en la receptación de los objetos señalados en el inciso precedente, se aplicará la pena privativa de libertad allí establecida, aumentada en un grado”*, podemos encuadrarlo dentro del supuesto de ley especial anterior.

Es este orden de ideas, reafirmamos que es improcedente comprender la relación entre los artículos mencionados como un caso de derogación tacita, puesto que contravendría la opinión mayoritaria de los tratadistas¹⁵⁵ y la que nosotros estimamos correcta, consistente en que una ley general posterior no deroga a una ley especial anterior.

En conclusión, en atención a todos los argumentos esgrimidos, bajo nuestra perspectiva, se debe resolver el concurso aparente de leyes penales en estudio mediante el principio de especialidad a favor del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal por sobre el artículo 449 N° 2 del mismo cuerpo legal, cuando estemos frente a una hipótesis de reincidencia del delito de receptación.

9. Problemas que presenta la aplicación del artículo 449 N°2 al delito de receptación con agravante de reincidencia del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal

Una vez resuelto el conflicto que genera la colisión normativa producida por la entrada en vigencia de la Ley N°20.931 entre el nuevo artículo 449 N°2 y el artículo 456 bis

¹⁵⁵ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Tratado de Derecho Civil: partes preliminar y general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), pp. 203 y ss.

A inciso cuarto(sujeto este último, de igual manera a la regla del N°1 del artículo 449 del Código Penal) a favor del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal, debo señalar, que producto de su carácter menos beneficioso para el imputado, de su aplicación, se extraen consecuencias normativas que es de importancia revisar. Por ello y para la claridad del presente análisis, explicaré los problemas interpretativos y los efectos de su aplicación en el tiempo, a través de dos supuestos hipotéticos:

Primer supuesto: un sujeto A comete el delito de receptación con agravante de reincidencia, junto con dos agravantes concurrentes al tipo, el día 5 de enero de 2016(en atención a la fecha, el artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal, aún se encuentra sujeto a las reglas generales de determinación de la pena configuradas entre los artículos 65 a 69 del mismo cuerpo legal). Posteriormente, mientras se sustancia el proceso y antes de dictarse sentencia de término, se promulga la Ley N°20.931 del 5 de julio de 2016, que establece para el delito de receptación con agravante de reincidencia un sistema de determinación de la pena, que por los motivos que expuse anteriormente, implica la imposición de una sanción punitiva más favorable para el autor del delito de receptación con agravante de reincidencia.

A consecuencia de lo expuesto, en primer término, debo reiterar que mediante la actual sujeción del artículo 456 bis A inciso cuarto a la nueva regla de determinación de la pena del artículo 449 del Código Penal, al imputado se le determinará una pena más benigna que la correspondiente de la aplicación del artículo 456 bis A inciso cuarto, sujeto aún, en este ejemplo, a las reglas de determinación de la pena de los art 65 a 69 del Código Penal. En atención a ello, es necesario observar el artículo 18 inciso segundo del Código Penal, que dispone *“si después de cometido el delito y antes que se pronuncie sentencia de termino, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”*. Del mismo modo, también es necesaria la lectura del artículo 19 N°3 inciso octavo de la Constitución Política, que consagra *“ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*.

Con el propósito de clarificar el efecto benigno de la ley promulgada con posterioridad a la perpetración del hecho y con ello, la necesidad de su aplicación por sobre la ley vigente al momento de su ejecución, realizaré el siguiente ejemplo: producto de haberse cometido el delito de receptación con agravante de reincidencia, junto con dos agravantes concurrentes al tipo, antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.931, el artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal sigue sujeto a las reglas de determinación de la pena de los artículos 65 a 69 del mismo cuerpo legal. En efecto, conforme al artículo 456 bis A inciso cuarto, el tribunal debe aplicar el grado máximo de la pena; es decir, presidio menor en su grado máximo, y luego, en virtud de la presencia de dos agravantes, el tribunal en aplicación del artículo 67 del Código Penal puede aplicar la pena superior en un grado, por lo que nos queda la pena de presidio mayor en su grado mínimo. Por el contrario,

en el supuesto de aplicación del artículo 456 bis A inciso cuarto, sujeto a la modificación de la Ley N°20.931, del 5 de julio de 2016, el tribunal deberá aplicar el grado máximo de la pena, lo que conduce a la pena de presidio menor en su grado máximo; en segundo lugar, debido a la pertenencia del delito de receptación dentro del artículo 449 N°1 del Código Penal, el tribunal frente a la concurrencia de dos circunstancias agravantes y en aplicación del criterio establecido en el numeral indicado, individualizará la pena solo dentro del grado de presidio menor en su grado máximo.

En conclusión, el tribunal frente a ambas posibilidades de determinación de la pena para el mismo delito, deberá en su sentencia de término aplicar el artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal sujeto a la regla de determinación de la pena del artículo 449 N°1 del mismo cuerpo legal, que pese a no ser la pena que señale una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del delito, de la misma deriva un trato punitivo más benigno para el imputado, teniendo plena aplicación la retroactividad de la ley penal para estos efectos.

Segundo supuesto: un sujeto B comete el delito de receptación con agravante de reincidencia el día 5 de diciembre de 2015. Adicionalmente, junto con el delito, concurren dos agravantes. Frente al caso en cuestión, el tribunal condena por sentencia ejecutoriada al imputado, el día 5 de junio de 2016, en virtud del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal que para estos efectos, aún se encuentra sometido al régimen general de determinación de la pena de los artículos 65 a 69 del mismo cuerpo legal. Por eso, los Magistrados, en principio, deben establecer el marco penal en atención al grado máximo de la pena, es decir, presidio menor en su grado máximo; luego, en consecuencia de la presencia de dos agravantes y en aplicación del artículo 67 del Código Penal, pueden imponer la pena superior en un grado, en efecto, presidio mayor en su grado mínimo.

Posteriormente, el día 5 de julio de 2016, entra en vigencia la nueva regla de determinación de la pena del artículo 449 del Código Penal, la cual es plenamente aplicable al artículo 456 bis A inciso cuarto del mismo cuerpo legal. Por eso, en primer lugar, el Tribunal deberá aplicar el grado máximo de la pena, lo que conduce a la pena de presidio menor en su grado máximo; en segundo lugar, debido a la inclusión del delito de receptación dentro del artículo 449 N°1 del Código Penal, el tribunal frente a la concurrencia de dos circunstancias agravantes y en aplicación del criterio establecido en el numeral indicado, individualizará la pena solo dentro del grado de presidio menor en su grado máximo.

Una vez explicado el supuesto en cuestión, cabe preguntarse si procede la aplicación del artículo 18 inciso tercero del Código Penal, que versa así: *“si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.”*

Según Künsemüller, cabe señalar primeramente, que el artículo 18 del Código Penal habla de promulgación y no de entrada en vigencia ni publicación. Por tanto, basta la dictación del decreto promulgatorio para que una ley pudiera ser aplicada retroactivamente si es más beneficiosa para el imputado.¹⁵⁶ De manera contraria y con razón, Oliver ha sido enfático en señalar que las leyes penales comienzan a producir efectos cuando entran en vigor y que ello tiene lugar cuando termina la *vacatio legis* -siempre que ésta exista, claro está-.¹⁵⁷

En otro orden de ideas, Novoa plantea que no basta analizar solo la pena a aplicar al caso concreto, sino que es necesario hacer una comparación global de las consecuencias penales que trae la nueva ley respecto de la antigua para el imputado en particular.¹⁵⁸ Además, en términos de Pique, la prohibición de retroactividad de las leyes penales no es absoluta. Lo anterior, dado que cuando una ley posterior fuere más benigna para el imputado que la ley vigente durante la comisión del hecho delictivo, los jueces deben aplicar la primera. Se entiende por “ley penal posterior más favorable” tanto aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada delictiva, o la que crea una nueva causa de justificación, de inculpabilidad y de impedimento a la operatividad de una penalidad ya sea que se hubiese sancionado con anterioridad a la sentencia, como así también si se hubiese sancionado durante su ejecución -descripción que, por cierto, no es taxativa-.¹⁵⁹

Agrega Náquira, que hoy la obligación de revisión de sentencias se extiende aún después de ejecutoriada la misma, haya o no cumplido la condena; lo que obliga a los tribunales, de oficio o a petición de parte, a revisar indefinidamente sus fallos en que la nueva ley produjere modificaciones. En atención a ello, la doctrina nacional es de la opinión de solo hacer efectiva la modificación que produce la ley más favorable, cuando la sentencia a modificar esté produciendo algún efecto práctico. Por otro lado, el autor agrega otra discusión doctrinal, fundada en la interrogante de si deben revisarse y modificarse los fallos, en virtud de una nueva ley que no necesariamente determina una pena distinta a la ya impuesta; frente a lo cual, el autor concluye que la doctrina dominante es de la opinión de

¹⁵⁶ KÜNSEMÜLLER, Carlos, *Apuntes derecho penal* (Santiago, Departamento de ciencias penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009), p. 11.

¹⁵⁷ En este sentido, véase OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales* (Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2007), p.31.

¹⁵⁸ NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, cit. (n.116), p.382.

¹⁵⁹ PIQUE, María Luisa, *Principio de legalidad y de retroactividad* (Buenos Aires, Departamento de publicaciones Universidad de Buenos Aires, 2013), p.171. disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/009-pique-legalidad-y-retroactividad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>.

que en tal caso la nueva ley no obliga a modificar de oficio, sin embargo podría tener lugar una revisión a petición de parte.¹⁶⁰

Observado lo anterior, es claro el carácter beneficioso que tiene para el sujeto condenado la modificación de la pena previamente impuesta a partir del artículo 456 bis A inciso cuarto, sujeta las reglas de determinación de la pena de los artículos 65 a 69 del Código Penal, por la pena derivada de la aplicación del artículo 456 bis A inciso cuarto y la regla de determinación de la pena del N°1 del artículo 449 del Código Penal. Bajo esta lógica, el tribunal de oficio o a petición de parte, procederá a modificar la pena anterior de presidio mayor en su grado mínimo, por la pena de presidio menor en su grado máximo extraída del artículo 449 del Código Penal, en el ejemplo dado.

¹⁶⁰ NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Principios y penas en el derecho penal chileno*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Santiago, Chile, 2008), p.12. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>.

CONCLUSIONES

1. En el contexto de la dictación de la Ley N°20.931, del 5 de julio de 2016, y su finalidad tendiente a aumentar el rigor punitivo de los delitos contra la propiedad y facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para los mismos, reafirmamos que la modificación efectuada al artículo 433 del Código Penal -es decir, al delito de robo calificado-, en atención a todos los argumentos entregados en el apartado correspondiente, cumple a cabalidad con el propósito de la denominada Agenda Corta Antidelincuencia.
2. En directa relación con la conclusión anterior, debido a la modificación de las penas impuestas al delito de robo calificado, desarrollamos una discusión que se produce a propósito del robo con homicidio, consistente en la interrogante de si el robo con homicidio, implica además del homicidio simple, al homicidio calificado y al parricidio. A partir de la investigación efectuada, podemos concluir que el vocablo homicidio que emplea el artículo 433 N°1 del Código Penal alude al homicidio simple, principalmente porque el desvalor del delito de robo con homicidio y su pena entre los grados de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, absorbe el desvalor del delito de homicidio simple, que solo tiene asignada la pena de presidio mayor en su grado medio.
3. Por otro lado, respecto del delito de parricidio, la modificación punitiva que introdujo la Ley N°20.931, estableció el mismo marco penal para los delitos de robo calificado y de parricidio, por eso, consideramos que el concurso aparente entre ambos tipos, se debe resolver a favor del robo con homicidio. Lo anterior, producto de que nos encontramos en un supuesto de subsidiaridad tacita, relativo a la “existencia de diversas especies de un mismo delito básico”, frente al cual, como bien se indicó en su oportunidad, se debe resolver el concurso aparente de leyes penales a favor de la figura que contenga la calificación más grave; la cual, en este caso, es la relativa al robo con homicidio, ya que se encuentra sujeto a un sistema de determinación de la pena más gravoso que el que se le aplica al parricidio.
4. Ahora bien, sobre la interrogante si cabe la inclusión del homicidio calificado dentro del tipo de robo con homicidio del artículo 433 N°1, es posible afirmar que éste último absorbe al homicidio calificado, puesto que, en primer lugar, la pena del robo con homicidio es mayor, por lo que, a partir de ella, es posible captar el desvalor de la muerte, la modalidad de ejecución utilizada y la apropiación que con ella se vincula y, en segundo término, la descripción del tipo del artículo 433 N° 1 del Código Penal utiliza el término “homicidio” sin realizar distinción alguna, por ello no cabe la exclusión del delito de robo calificado dentro del tipo de robo con homicidio.

5. En atención al nuevo numeral tercero del artículo 433 del Código Penal y la interrogante sobre ¿cuál es la interpretación correcta que corresponde dar al elemento normativo del tipo “tiempo necesario para la comisión del delito”? A nuestro parecer, la presente modificación amplía el ámbito de interpretación para determinar la calificación jurídica del hecho como robo calificado y que, en efecto, la determinación de este elemento del tipo quedará entregado al órgano jurisdiccional, el que tendrá que considerar caso a caso las circunstancias fácticas del hecho materia de la acusación y, sobre todo, tendrá que considerar cual es la función concreta que cumple la retención de la víctima para efectos de la consumación del robo.
6. En cuanto a la modificación efectuada por el legislador al inciso final del artículo 456 bis A del Código Penal, es posible percatarse de una nueva manifestación del propósito del Legislador de endurecer el régimen punitivo a los delitos contra la propiedad, en específico, al delito de receptación. La presente modificación, como ya indicamos en el apartado correspondiente, es adecuada en términos de proporcionalidad, dado que permite imponer penas más altas a quienes receptan bienes de mayor valor, y además, admite la imposición de penas más altas a quienes, en atención al valor de lo receptado, posiblemente forman parte de “mercados ilegales” de bienes robados.
7. Al analizar los efectos prácticos de la derogación de la agravante del artículo 456 bis N°3 del Código Penal, podemos afirmar que, a través de la misma, se resuelve un antiguo problema de interpretación en torno al concepto de “malhechores”, vale decir, si para que la circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal se configure, se requiere que quienes participen en el hecho tengan condenas anteriores o no (dicha discusión se encuentra debidamente resuelta en el desarrollo de la presente investigación).
8. Producto de la derogación de la agravante del artículo 456 bis N°3, naturalmente se presenta un nuevo escenario para aquellos sujetos que fueron condenados con la concurrencia de la misma al momento de determinar la pena correspondiente al delito. Por ello, estimamos que el tribunal que dictó el fallo condenatorio está obligado a emitir un pronunciamiento acerca de si efectúa la rebaja o no y, en el evento de dar lugar a la rebaja, cuál será la nueva pena a aplicar.
9. Asimismo, concluimos que el tribunal al modificar la sentencia condenatoria, producto de haberse derogado la agravante mencionada, podrá incurrir en un supuesto de *lex tertia* en el caso de que no considere el artículo 456 N°3 y, al mismo tiempo, aplique el antiguo sistema de determinación de la pena para los delitos contra la propiedad. Sin perjuicio de ello, estimamos que el artículo 18 del Código Penal no solo contempla la posibilidad de que un tribunal haga aplicación de leyes penales de

manera retroactiva, sino que además contempla la existencia de combinaciones de leyes. Del mismo modo, concordamos con la Corte de Apelaciones de La Serena, al señalar que, en el caso de una *lex tertia* más favorable, no hay lesión del principio de legalidad, sino simple interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible. En síntesis, pensamos que es procedente la aplicación de una *lex tertia*, frente al caso que el tribunal modifique una sentencia condenatoria sin aplicar el nuevo artículo 449, ni la derogada agravante del artículo 456 N°3 del Código Penal.

10. Luego de toda la argumentación señalada en el apartado correspondiente, sostenemos que efectivamente la agravante suprimida no ha desaparecido del Código Penal, dado que puede ser remplazada por la agravante del artículo 12 N°11 del mismo cuerpo legal. No obstante, si bien la circunstancia derogada puede ser reemplazada por la agravante del artículo 12 N°11, esto no es procedente respecto del artículo 449 bis, puesto que ésta última supone más requisitos que la circunstancia abrogada.
11. Si analizamos los requisitos para la configuración de la nueva agravante del artículo 449 bis del Código Penal, podemos afirmar que está inspirada en su símil de la Ley N°20.000, por lo que se debe entender la misma como una organización dedicada a delinquir, pero no constitutiva de asociación ilícita, sino que una configurada con una estructura laxa o donde no exista una jerarquía clara.
12. En cuanto al nuevo artículo 449 del Código Penal, introducido por la Ley N°20.931, creemos que el verdadero endurecimiento del tratamiento punitivo de los delitos contra la propiedad viene dado por la modificación del régimen de determinación de la pena. A través del mismo, se busca evitar los efectos atenuadores y agravatorios de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal sobre los delitos contra la propiedad. En efecto, el tribunal solo podrá definir la pena dentro del marco fijado por la ley en la tipificación del delito, sin la posibilidad de rebajar o aumentar en grado el marco penal producto de dichas circunstancias. Además, el tribunal para individualizar la pena dentro de uno o más grados asignados por la ley al tipo, deberá considerar el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado.
13. En este mismo orden de ideas, es preciso reiterar que la nueva regla de determinación de la pena solo será aplicable a los delitos contra la propiedad que se encuentren ubicados entre los párrafos 1 a 4 bis, del Título IX, del Libro II del Código Penal y el artículo 456 bis A, del párrafo 5 bis, del Título IX, del Libro II del mismo cuerpo legal. Por tanto, los tipos de hurto de hallazgo y el de apropiación de pelos o plumas, no estarán sujetos al artículo 449 del Código Penal, puesto que el encabezado de la misma norma los indica como supuestos de excepción.

14. Sobre el particular, reiteramos que, a nuestro parecer, el artículo 449 N°1 del Código Penal solo debe ser aplicable al autor del delito consumado, y no a los autores de delito tentado o frustrado, ni a encubridores y/o cómplices. Lo anterior, sin perjuicio de las fundadas críticas realizadas al argumento de interpretación sistemática de los artículos 449 y 50 del Código Penal y al erróneo argumento derivado del carácter especial y excepcional de la nueva regla de determinación de la pena. Asimismo, añadimos que el argumento esgrimido para sustentar la presente afirmación, fue recogido y utilizado íntegramente como fundamento del fallo, del 14 de agosto de 2017, en causa rol N° 2400-2017, por la Undécima Sala de la C.A de Santiago, para acoger el recurso de nulidad impuesto por la Defensoría Penal Pública contra los autos RUC N°1700013974-2, del 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de 23 de junio de 2017.
15. Respecto de la nueva regla de determinación de la pena del artículo 449 N°2 del Código Penal para condenados reincidentes, reiteramos que solo deberá ser aplicable al autor de delito consumado, ello por las razones esgrimidas en la conclusión anterior. Asimismo, respecto a la discusión sobre la inclusión del artículo 456 bis A del Código Penal dentro del ámbito de aplicación del artículo 449 del mismo cuerpo legal, creemos que existen fundamentos suficientes para afirmar la pertenencia del delito de receptación dentro de la nueva regla de determinación de la pena. Lo anterior, fue demostrado a partir de argumentos de historia de la ley, de interpretación sistemática de los tipos del Código Penal y de redacción de las normas incluidas por la Ley N°20.931, del 5 de julio de 2016.
16. Una de las situación que ha generado mayor discusión doctrinal con la entrada en vigencia de la ley en estudio, radica en la antinomia entre el artículo 449 N°2 y el artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal. Sobre el particular, afirmamos que debe ser descartado de plano el argumento esgrimido por el Fiscal Nacional sobre la inexistencia del conflicto normativo (dicha crítica es fundamentada con detalle en el apartado que trata esta materia, claro está). En efecto, afirmamos que frente a la existencia de la antinomia, esta debe resolverse a favor del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal. Ello, producto de que de la aplicación del artículo 449 N°2 sobre el delito de receptación se sigue un trato más benigno para el imputado que el proveniente de la aplicación del artículo 456 bis A inciso cuarto, lo que, naturalmente, no guarda relación con el propósito último de la Ley N°20.931, el cual busca, dentro de otros fines, aumentar el rigor punitivo en el delito de receptación. Para fundar la presente afirmación, indicamos que existe un concurso aparente de leyes penales entre los artículos 449 N°2 y el artículo 456 bis A inciso cuarto, el cual es resuelto a partir del principio de especialidad. También respaldamos nuestra tesis en argumentos de interpretación de la ley, en la finalidad de la ley o *telos* como guía fundamental para determinar el sentido de una disposición, en el artículo 23 del

Código Civil y en la comprensión de que la interpretación declarativa está por sobre la interpretación restrictiva y extensiva.

17. Del mismo modo, desestimamos aquella línea argumentativa que señala que el nuevo artículo 449 N°2 deroga tácitamente al artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal, ya que, como bien se dijo en su oportunidad, *“lex posterior generalis not derogat priori speciali”*.
18. También podemos concluir que, producto de haberse resuelto el conflicto normativo a favor del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal por sobre el artículo 449 N°2 del mismo cuerpo legal, es necesario señalar que, frente a la discusión sobre la aplicación en el tiempo del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal y su sujeción a la nueva regla de determinación de la pena del artículo 449 del mismo cuerpo legal(incluida por la Ley N°20.931, del 5 de julio de 2016). Frente al caso de los delitos de receptación con agravante de reincidencia cometidos antes de la entrada en vigencia de la ley en estudio, el tribunal, en virtud del carácter más benigno para el imputado que tiene el artículo 456 bis A inciso cuarto -sujeto a la nueva regla de determinación de la pena del artículo 449 del Código Penal- por sobre el artículo 456 bis A inciso cuarto -sujeto a las regla de determinación de la pena de los artículos 65 a 69 del Código Penal-, deberá determinar la pena conforme al artículo 449, debido a que, si bien la nueva regla de determinación de la pena *“no es la pena que señale una ley promulgada con anterior a la perpetración del delito”*, de la misma se deriva un trato más benigno para el imputado, teniendo plena procedencia la retroactividad de la ley penal más favorable del artículo 18 del Código Penal.
19. En este mismo sentido, en el caso del sujeto que fue condenado anteriormente a partir del artículo 456 bis A inciso cuarto del Código Penal, sujeto a la regla de determinación de la pena de los artículos 65 a 69 del Código Penal, el tribunal de oficio o a petición de parte, deberá modificar la pena anterior, que es menos benigna para el imputado, por la pena correspondiente de la aplicación del mismo tipo, pero sujeto a la regla de determinación de la pena del artículo 449 del Código Penal, de la cual se extrae una pena más beneficiosa para el mismo. Todo lo anterior, en atención a lo que prescribe el artículo 18 del Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Tratado de Derecho Civil: partes preliminar y general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998).

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *Lex tertia como ley penal más favorable*, en Revista de Derecho de Universidad Adolfo Ibáñez (Santiago, 2005).

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley N°20.931 del 5 de julio de 2016: Mensaje de S.E la Presidente de la Republica N°1167-362*(Valparaíso, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, 2015). Pp.1-14. Disponible el 27 de marzo de 2017 en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.931 del 5 de julio de 2016: informe de comisión de seguridad ciudadana* (Valparaíso, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, 2015), pp.23-24. Disponible el 24 de marzo de 2017 en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_ef8b4f4735e896556797cdf0308d03a4.pdf.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley N°20.931 del 5 de julio de 2016: Mensaje de S.E la Presidente de la Republica N°1167-362*(Valparaíso, Segundo Trámite Constitucional: Senado, 2016), p.24. Disponible el 27 de marzo de 2017 en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5088/HLD_5088_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf.

CANDAMIL PINZÓN, José Gerardo, *El fenómeno de la lex tertia* (Colombia, Fundación Universitaria Los Libertadores, 2016),

CASTELLÓ NICAS, Nuria, *El concurso de normal penales* (España, Comares, 2016).

CERDA CATALÁN, Mario, *¿Siempre es circunstancia agravante la comisión de los delitos de robo o hurto por dos o más individuos?*, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción 95 (1956).

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Algunos comentarios relativos a la aplicación de la ley N°20.931*, en Revista de la Defensoría Penal Pública 93 (2017).

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Segunda ley de agenda corta antidelinquencia N°20.931*(Santiago, Editorial Librotecnia, 2016).

CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, en sentencia de 14 de septiembre de 2016, dictada en causa ROL N° 215-2016.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, en sentencia de 5 de septiembre de 2016, dictada en causa ROL N° 365-2016.

CORTE SUPREMA DE COLOMBIA, en sentencia de 6 de octubre de 2004, en causa ROL N°19.445.

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General* (Santiago, 7ª. Edición ampliada, Ediciones Universidad Católica, 2005).

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Minuta: Sobre las modificaciones introducidas por la denominada Ley de “Agenda Corta”* (Santiago, Departamento de Estudios Defensoría Nacional- Defensoría Penal Pública, 2016).

ENCICLOPEDIA JURÍDICA. Para ver más revisar <http://leyderecho.org/principio-de-especialidad/>.

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Luis Alfredo, *Derecho Penal, tomo IV* (Santiago, 3ª edición parte especial, 1997).

FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, *Oficio FN N°402/2016: instrucción general que imparte criterios de actuación para la interpretación y aplicación de las modificaciones contenidas en la ley N° 20.931*(Santiago, Ministerio Público de Chile, 2016).

FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, *Oficio FN N° 581/2016*(Santiago, Ministerio Público de Chile, 2016).

FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, *Boletín N° 9.885-07: Análisis del proyecto de agenda corta anti delincuencia* (Santiago, 2016).

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, Tomo IV, parte especial* (Santiago, editorial jurídica de Chile, 2000).

GUASTÍNI, Ricardo, *Antinomias y lagunas*(México, Traducido al español por Miguel Carbonell(IJ-UNAM), Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana N°XXI, s.d), P.441. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11388/10435>.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno* (Santiago, Estudios constitucionales volumen XI, 2013), p.460. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002013000100012&lng=es&nrm=iso.

HONIG, Richard, *Enciclopedia jurídica*, p.3. Disponible en <http://leyderecho.org/principio-de-especialidad/>.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Undécima Sala, ROL N°2400-2017.

JURISPRUDENCIA EN ETCHEBERRY (1987 I, pp.22 y ss y 1987 IV, pp.6 y s.).

KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*. Disponible en <https://es.scribd.com/document/232184369/Hans-Kelsen-Compendio-Teoria-General-del-Estado>.

KÜNSEMÜLLER, Carlos, *Apuntes derecho penal* (Santiago, Departamento de ciencias penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009).

LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal, tomo I* (Santiago, 7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, 2000).

LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal, Tomo II* (Santiago, 7ª edición, Editorial jurídica de Chile, 2000).

MAÑALICH R, Juan Pablo, Informe en derecho: *Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal* (Santiago, Departamento de Estudios Defensoría Nacional, 2009).

MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *La ley penal y su interpretación* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2012).

MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *La teoría del concurso aparente de leyes penales y el “resurgimiento” de la ley en principio desplazada*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 9(Coquimbo, 2002).

MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, M° Cecilia, *Manual de derecho penal chileno parte especial* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2017).

MERA FIGUEROA, *Hurto y robo* (Santiago, Editorial Lexisnexis, 1995)

MERA FIGUEROA, Jorge, *Delitos contra la propiedad, revisión crítica y propuesta de reforma*, en Revista de Estudios de la Justicia 13(Revista Electrónica Jurídica, 2010).

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Principios y penas en el derecho penal chileno*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Santiago, 2008).

NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960).

OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno*, Polít. crim. Vol. 11, N° 22 (2016), Art. 13, p. 789. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A13.pdf.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Delitos contra la propiedad* (Valparaíso, Editorial Legal Publishing, 2013).

OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Aspectos penales y procesales de la agravante de pluralidad de malhechores en los delitos de hurto y robo*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, 2012).

PIQUE, María Luisa, *Principio de legalidad y de retroactividad* (Buenos Aires, Departamento de publicaciones Universidad de Buenos Aires, 2013), p.171. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/009-pique-legalidad-y-retroactividad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Ortografía de la lengua española* (Madrid, Diccionario Panhispánico de Dudas, 2010).

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Robo con homicidio*, en Revista de Estudios de la Justicia 11(2009).

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Sergio, *Para entender la agenda corta antidelinquencia* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2016).

SENTENCIA DE CORTE SUPREMA, de 15 de mayo de 2006, dictada en causa Rol N°3.008-2005; de 27 de diciembre de 2005, dictada en causa ROL N°1635-2005.

SENTENCIA DE TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE PUERTO MONTT, RIT N° 29-2016, RUC N° 1510010603-2, del 7 de septiembre de 2016.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, en causa ROL N° 1443-09.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, en sentencia de 2 de septiembre de 2016, dictada en causa ROL N° 348-2015.

VAN WEEZEL, Alex, *Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, N°3 (1997).

VIVES ANTÓN, Tomas; COBO DEL ROSAL, Manuel, Derecho Penal: parte general (España, 5º edición, Manual de Derecho Penal, 1999).

WINTER ETCHEBERRY, JAIME, *Panorama de la Ley N° 20.931 que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, más conocida como agenda corta antidelincuencia* (Santiago, Academia Judicial de Chile, 2016).