

OFICIO FN N° 581 /2016

ANT.: Oficio FN N° 402 /2016, de 5 de Julio de 2016.

MAT.: Instrucción General que imparte criterios de actuación para la aplicación de las modificaciones contenidas en la Ley N° 20.931.

SANTIAGO, Septiembre 09 de 2016

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SRS. FISCALES REGIONALES, FISCALES ADJUNTOS, ABOGADOS ASESORES Y ABOGADOS ASISTENTES DE FISCAL DE TODO EL PAÍS

Con ocasión de la entrada en vigencia de la **Ley N° 20.931 que facilita la aplicación de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos**, comúnmente denominada **“Agenda Corta Antidelincuencia”**, que modificó el Código Penal, el Código Procesal Penal, la Ley N°. 18.216, entre otros cuerpos legales, este Fiscal Nacional estimó necesario dictar una Instrucción General con el objeto de orientar y regular, en su caso, la interpretación y aplicación práctica que se debía dar a algunos de los preceptos de dicha normativa, con miras a asegurar el correcto, coherente y coordinado desempeño de la función de persecución penal pública y velar, de este modo, por la indispensable unidad de acción que debe existir al interior de la institución.

Sin embargo, habiendo transcurrido ya un plazo razonable, que ha permitido monitorear y efectuar una evaluación preliminar respecto de la aplicación de la ley, considero pertinente introducir ciertas modificaciones al Oficio citado en el ANT., que contiene el texto primitivo de la referida Instrucción General.

Por tanto, en el presente documento se contiene, íntegramente, la Instrucción General que imparte criterios de actuación para la aplicación de la Ley N° 20.931, en el siguiente orden:

- I. Cuestión previa: vigencia de la Ley.
- II. Modificaciones de orden sustantivo.
- III. Modificaciones de orden procesal.

I. CUESTIÓN PREVIA: VIGENCIA DE LA LEY.

Si bien el punto no está contenido en una norma particular, al tratarse de una materia que suele ser objeto de debate cada vez que existe una modificación legislativa

importante, en que se generan dudas respecto de la legislación aplicable, es preciso abordarlo en la presente Instrucción, tanto desde la perspectiva del Derecho Penal Sustantivo, como del Derecho Procesal Penal.

1. Vigencia de las modificaciones en el ámbito del Derecho Penal

En esta materia la norma es bastante clara y está contenida en el artículo 18 del Código Penal.

Art. 18. *Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.*

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

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. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.

Esta norma, que viene a materializar el principio pro reo, considera que la nueva ley debe eximir al hecho de toda pena, o bien, **aplicarle** una menos rigurosa. De esta forma, la nueva ley debe considerar una causal de atipicidad o una eximente de responsabilidad penal, cuyo no es el caso, o bien, la misma la nueva ley debe contemplar **imperativamente** una pena menos rigurosa, dado que la redacción no discurre sobre la base de una facultad conferida al juzgador, sino sobre la base de un **imperativo en materia de determinación de pena**.

El punto específico respecto de esta modificación legislativa, radica en que la Ley N° 20.931, junto con incorporar una nueva agravante específica de responsabilidad penal en el art. 449 bis del Código Penal, vino a derogar expresamente la contemplada en el art. 456 bis N° 3 del mismo cuerpo legal, vale decir, la conocida “pluralidad de malhechores” generando, consecuentemente, solicitudes de revisión y/o adecuación vía recurso de nulidad por parte de la defensa, fundadas en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal u otro mecanismo procesal, respecto de todas aquellas sentencias en que la derogada agravante hubiere sido considerada, sin entrar a analizar su real incidencia en el caso concreto.

Así las cosas, 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**, sobre la base de los siguientes argumentos:

1.1. Falta de incidencia en materia de determinación de pena, conforme a las reglas de los arts. 65 a 69 del Código Penal.

En efecto, para que la norma excepcional del art. 18 del Código Penal opere, es necesario que la nueva ley **aplique** una pena menos rigurosa. Para ello debemos tener presente, en primer lugar, el carácter excepcional de la norma, la que, por lo demás, es clarísima en su redacción: la *ley* debe aplicar una pena menos rigurosa, y no darle al juez la mera posibilidad de, eventual y discrecionalmente, aplicar una pena inferior.

En tal sentido, sólo se podrán ver afectados los casos en que la ley obliga al juez a considerar una circunstancia o circunstancias específicas para determinar la pena a aplicar al caso concreto. Pero, si el juez tenía amplias facultades para moverse dentro de los marcos legales, no debería producirse ninguna modificación.

Así las cosas, dentro de la normas de determinación de pena sólo debiéramos detenemos en aquellas que establecen una aplicación imperativa para el juez, mediante redacciones de esa naturaleza, desechando su aplicación en todas aquellas normas –la gran mayoría- que establecen fórmulas gramaticales como “podrá” o “puede”.

En tal sentido, entre las normas de aplicación imperativa sólo encontramos la contenida en el art. 66 inciso segundo en que, tratándose de una pena compuesta de dos indivisibles, dispone que: *“Cuando sólo concurre alguna circunstancia atenuante, debe aplicarla en su grado mínimo, y si habiendo una circunstancia agravante, no concurre ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo”*.

En esta hipótesis, por ejemplo, lo que ha ocurrido es que el condenado tenía, originalmente una agravante y una atenuante. Al derogarse la pluralidad de malhechores, el condenado quedó, ahora, con sólo una minorante de responsabilidad penal, lo que obliga al juez a aplicar la pena en su grado mínimo. No obstante, lo que tenía en forma previa a la modificación era una compensación racional de las modificatorias, por lo que, más probable en la práctica, es que el juez también le hubiere aplicado, originalmente, el grado inferior de la pena. **Por tanto, resulta indispensable verificar, aún en este caso de normas imperativas de determinación de la pena, si la que debe imponerse en la actualidad resulta efectivamente inferior a la impuesta originalmente.**

Lo mismo ocurrirá en el caso del art. 68 inciso 2do. que, a propósito de penas compuestas de dos o más grados, dispone que *“Habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, no aplicará en el primer caso el grado máximo ni en el segundo el mínimo”*, en que resulta aplicable el mismo ejemplo anterior.

Fuera de estos dos casos, todas las normas de determinación de pena contempladas en los arts. 65 a 69 del Código Penal, resultan ser de aplicación facultativa para el juez del fondo y, por ende, no deberán ser susceptibles de revisión, vía nulidad, revisión u otro mecanismo, **en tanto NO puede decirse que, excluida la aplicación**

de la agravante, la pena hubiera sido distinta, pues en todos esos casos, pudo ser exactamente la misma, teniendo el juez del fondo facultades para ello.¹

1.2. No está permitida la aplicación parcial de los preceptos de la Ley N°20.931 (*lex tertia*).

En subsidio y para el caso que el tribunal respectivo decida revisar la sentencia por derogación del artículo 456 bis N°3, los fiscales deberán tener presente la siguiente línea de argumentación planteada por el profesor Bascuñán en lo referente a “la admisibilidad o inadmisibilidad del fraccionamiento de los términos de comparación” de las leyes en conflicto. En este sentido y siguiendo a Mezger, Bascuñán excluye la posibilidad de la *lex tertia*, lo que constituiría un nuevo estado jurídico, una tercera ley.²

El autor sostiene que la idea del “total estado jurídico” cumple una función exclusiva, en el sentido que exige considerar todas las reglas relevantes para el caso; pero también cumple una **idea integradora**, en el sentido de **considerarlas todas conjuntamente**. En palabras de Mezger: “Una separación o diferenciación al interior del mismo es inadmisibles”.³

La misma argumentación había sido sostenida por el profesor Cury, quien señala que lo que “no le está permitido [al juez] hacer, es mezclar los preceptos de ambas leyes, tomando de cada una de ellas aquello que beneficia al reo, pues esto implicaría entregarla la facultad de construir una tercera ley, que nunca ha estado en vigor.”⁴

En este sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1088-2016, de 26 de julio de 2016, rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la defensa fundado en errónea aplicación del derecho por reconocer la sentencia condenatoria la agravante de pluralidad de malhechores, estableciendo en su considerando noveno que “cabe tener presente que la opción contenida en el artículo 18 en comento, implica la aplicación íntegra de la nueva normativa, quedando vedada su aplicación parcial aprovechando sólo lo favorable de una u otra disposición legal”.

La sentencia agrega en el considerando undécimo “que, de acogerse la pretensión de la defensa, la encausada... se vería favorecida con dos circunstancias atenuantes -11 Nos 6 y 9 del Código Penal- y ninguna circunstancia agravante. Sin embargo, de conformidad con lo que dispone la regla primera del artículo 449 antes transcrito, la pena debe ser determinada considerando las circunstancias modificatorias de responsabilidad, pero dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito. En la especie, la pena asignada al delito por el artículo 436 del Código Penal es la de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, es decir, encontrándose imposibilitado el tribunal de proceder a la rebaja solicitada por el

¹ En este sentido se han pronunciado, hasta ahora: ICA Santiago, ROL N° 2374-16, de 19 de Agosto de 2016; 1° TJOP Santiago, RUC 1200551319-5, RIT 201-12, de 30 de Agosto de 2016; TJOP de La Serena, RUC 0200064459-8, RIT 7-03, de 24 de Agosto de 2016.

² BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. *La ley penal*. En Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N°1, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile, 2004, p. 218.

³ *Ibíd.*

⁴ CURY URZÚA, Enrique (1982) citado en BASCUÑÁN, Antonio. *Ob. cit.*, p. 218.

recurrente, el mínimo de pena de acuerdo a la modificación legal sería la de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, esto es, la misma pena que ha sido aplicada en el fallo recurrido.

En definitiva, para definir cuál resulta ser la legislación más favorable, deberá hacerse el ejercicio de aplicar íntegramente el Código Penal modificado por la Ley N°. 20.931, con su especial sistema de determinación de pena o, si resulta más favorable, aplicar el escenario previo al 5 de Julio del presente.⁵

1.3. Invocar la procedencia de otras circunstancias agravantes que se funden en los mismos hechos.

El límite objetivo de la imputación que hace el Estado lo constituye el plano fáctico de esa misma imputación, la descripción de los hechos constitutivos de delito y sus circunstancias. Conforme a ello es que, posteriormente, el mismo Estado está habilitado para imponer una sanción. Por ello y, siempre en la medida que se funden en los mismos hechos, podrán invocarse la circunstancia agravante genérica del art. 12 N° 11 del CP e, incluso, secundariamente, la del art. 12 N° 6, en tanto exista abuso de superioridad de fuerzas constituida por el auxilio o cooperación de otras personas, o bien, la específica del art. 456 bis N° 1 en la modalidad de “condición que favorezca la impunidad”.

En efecto, el artículo 12 N° 11 del CP establece una agravante de responsabilidad penal genérica que dispone el agravamiento por *“Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.”*

Esta agravante se divide en dos hipótesis: uno cometer el delito acompañado de gente armada, y el otro, cometerlo con una cantidad de personas que proporcione seguridad en la comisión del delito.

A este respecto, cabe tener presente lo siguiente:

- El artículo 456 bis N° 3 desplazó, por especialidad, la aplicación del artículo 12 N° 11 CP en casos de robos y hurtos. Además, vino a reemplazar lo que nuestra legislación conocía como “cuadrilla”, y en otras legislaciones se denominaba “banda”. La cuadrilla era agravante del delito de robo con violencia o intimidación en las personas, y se entendía que la había cuando concurrían a un robo más de tres malhechores, esto es, cuatro partícipes como mínimo. Con posterioridad a la modificación introducida por la Ley N° 11.625, sobre estados antisociales, basta con que los malhechores sean dos para la concurrencia de la agravante en los delitos de robo o hurto.
- El profesor Etcheberry reconoce que “esta circunstancia (456 bis N° 3 CP) desplaza a la del artículo 12 N° 11 del Código Penal”⁶. Por su parte, los profesores Politoff, Matus y Ramírez, al analizar la agravante contenida en el

⁵ En este sentido, se han pronunciado hasta ahora: ICA Valparaíso, Rol N° 1088-16, de 26 de Julio de 2016; ICA San Miguel, Rol N° 365-16, de 5 de Septiembre de 2016; 1° TJOP Santiago, RUC 1200551319-5, RIT 201-12, de 30 de Agosto de 2016; 2° TJOP Santiago, RUC 1200120443-0, RIT 259-12, de 23 de Agosto de 2016; TJOP de La Serena, RUC 0200064459-8, RIT 7-03, de 24 de Agosto de 2016.

⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición Revisada y Actualizada. Santiago de Chile, 1998. Pág. 365

artículo 456 bis N° 3 del CP concuerdan con el profesor Etcheberry y reconocen que la voz “malhechor” aplica sólo a los autores del delito, y que se trataría de una mera reiteración de la norma del artículo 12 N° 11 del CP.⁷

- Desde el punto de vista sistemático, el Prof. Oliver Calderón realiza una crítica a la técnica legislativa utilizada en materia penal, en la que reconoce un excesivo *casuismo*, y señala que dentro de las disposiciones comunes al robo, hurto y abigeato, el artículo 456 bis del CP establece una serie de agravantes específicas, las que poseen una gran similitud con las contenidas en las agravantes genéricas, de modo tal que en caso de no existir las del 456 bis, “con alta probabilidad éstas serían igualmente aplicables”, citando como ejemplo, precisamente, la situación que acontece entre el artículo 456 bis N° 3 y lo que señala el artículo 12 N° 11 del CP.^{8 9}

Ahora bien, respecto de la necesidad de modificación o reemplazo de la derogada agravante del art. 456 bis No. 3 por la genérica del art. 12 No. 11 del CP, podemos encontrarlos en distintas situaciones procesales y no sólo ante la circunstancia de revisión de una sentencia condenatoria.

En tal sentido, las demás situaciones posibles son:

a) Durante la investigación de hechos ocurridos antes del 5 de julio de 2016 y antes de la acusación.

Teniendo presente la derogación de la agravante de pluralidad de malhechores, y encontrándose vigente la agravante genérica del artículo 12 N° 11 del Código Penal, se sugiere formalizar o reformular, en su caso, y acusar, invocando y cubriendo las hipótesis fácticas de esta circunstancia modificatoria.

b) Acusación presentada por hechos ocurridos antes del 5 de julio de 2016 habiendo invocado la agravante del artículo 456 bis N° 3 CP.

En estos casos se deberá modificar la acusación, reemplazando la agravante del artículo 456 bis N° 3 por la agravante genérica del artículo 12 N° 11, en los casos que la descripción de los hechos lo permita y, conforme a los argumentos planteados previamente, lo que podrá plantearse antes de la audiencia de preparación de juicio oral o al inicio de ésta, conforme a lo dispuesto en el artículo 270 del CPP.

⁷ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. Editorial Jurídica de Chile, 2da. Edición Actualizada. Santiago, 2005. P. 396.

⁸ OLIVER, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*. Editorial Legal Publishing Chile, 1ra. Edición, Santiago de Chile, 2013. Págs. 53-55

⁹ Reciente Jurisprudencia reconoce la concurrencia de la agravante contenida en el 12 N° 11 por haber participado más de un sujeto en la comisión del delito (ICA Temuco Rol 1148-2015) referente a un delito de incendio, al señalar el considerando 4° “*El delito fue cometido por el condenado junto a un grupo de personas, de tal manera que la determinación de los hechos calza perfectamente con el fundamento de la agravante, careciendo, por consecuencia, la tesis de la defensa de apoyo tanto en los hechos como en el derecho, lo que conlleva, en por ende al rechazo del recurso de nulidad alegado por el defensor*”.

- c) **Audiencia de juicio oral por hechos ocurridos antes del 5 de julio de 2016 habiendo invocado la agravante del artículo 456 bis N° 3 CP en la acusación.**

Encontrándose ya en la audiencia de juicio oral, se deberá sostener en el alegato de apertura y en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, la agravante del artículo 12 N° 11, en lugar de la pluralidad de malhechores, teniendo presente además, la acreditación, a lo largo del juicio oral, de los presupuestos fácticos de la referida modificatoria.

2. Vigencia de las modificaciones en el ámbito del Derecho Procesal Penal.

La discusión se presenta pues el art. 11 del CPP presenta una excepción al principio clásico de vigencia *in actum* de la ley procesal, consagrado en el art. 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

Esta normal señala ***“Aplicación temporal de la ley procesal penal. Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado.”***

Sin pretender agotar las innumerables situaciones que se puedan plantear respecto de la aplicación de esta norma, que constituye un principio básico de los que se regulan en el Título I del Libro I del Código, conviene tener presente lo siguiente:

- a) La regla básica en cuanto a la eficacia de la ley procesal en el tiempo, traducida en la fórmula de que la misma rige *in actum*, se mantiene vigente en el sistema procesal penal, de acuerdo al tenor del art. 11. La ultra actividad de la norma derogada constituye una excepción de acuerdo al texto de la misma disposición (*“salvo cuando”*).
- b) Es importante destacar este carácter excepcional puesto que, a diferencia de lo que ocurre en Derecho Penal sustantivo, no se trata de una situación igualmente categórica, con fundamento de rango constitucional y una relativamente sencilla explicación.¹⁰
- c) A diferencia de la norma del ámbito penal, el punto de partida en la determinación del momento que fijará la legislación aplicable no está dado por

¹⁰ La modificación del Derecho Penal sustantivo puede deberse a distintas razones, que no necesariamente tenderán a beneficiar a un imputado sino, por el contrario, según sea la intención legislativa y los objetivos perseguidos por una sociedad en un momento determinado, pueden implicar una resolución del conflicto penal sobre la base del endurecimiento de sanciones y, por tanto, una situación objetivamente más desfavorable para el imputado. En materia procesal, en cambio, las modificaciones legales tienden a hacer más efectivas las formas procesales lo que, en general, redundará en procedimientos más ágiles y expeditos para los justiciables, de modo que resulta menos evidente el establecimiento de situaciones procesales “más desfavorables” para algún interviniente en particular.

Por tanto, la definición de la situación procesal más desfavorable no será tan categórica y, regularmente, habrá aspectos que considerar en un sentido u otro. Así, la garantía básica de todo justiciable de ser juzgado dentro de un plazo razonable, sin dilaciones indebidas, la certidumbre de situación procesal en materia de cautela, entre otros, son aspectos que deberían sopesarse al momento de definir la ley aplicable.

la perpetración del hecho sino por el **inicio del procedimiento**. (“*Procedimientos ya iniciados*”). En lo concreto, no sería válida la argumentación de la defensa en cuanto a aplicación de ley derogada si se trata de hechos cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la ley, pero cuyo procedimiento se ha iniciado con posterioridad a esa fecha. Mediante una interpretación sistemática de los artículos 7° y 8° del CPP, entendemos que el procedimiento se ha iniciado una vez que ha tenido lugar alguna actuación del procedimiento dirigido en contra de persona determinada.¹¹

II. MODIFICACIONES DE ORDEN SUSTANTIVO.¹²

1. Determinación judicial de la pena en los delitos contra la propiedad. Artículo 449 Código Penal.

La ley incorpora este nuevo artículo 449 CP que concentra la idea matriz del proyecto de ley ingresado al Congreso, ya que restringe la determinación judicial de la pena, sin que los jueces puedan desatender el marco que el legislador ha previsto para cada uno de los delitos que el artículo señala.

¹¹ Está fuera de discusión que todo el estatuto incorporado por la Ley N° 20.931. resulta aplicable a procedimientos formalmente no iniciados antes del 5 de julio de 2016, aun cuando se trate de hechos acaecidos con anterioridad. Las situaciones prácticas que podrán presentarse, básicamente, son las siguientes:

- a) Procedimientos fundados en hechos previos a la Ley N° 20.931 pero iniciados con posterioridad a la misma: resulta plenamente aplicable la nueva legislación. Si la persona del imputado sólo se definió a partir del 5 de Julio de 2016, el procedimiento se inició durante la vigencia de la Ley N° 20.931 por cuanto éste sólo puede existir en cuanto se dirija en contra de una persona determinada.
- b) Procedimientos fundados en hechos anteriores e iniciados con anterioridad a la Ley N° 20.931: debe argumentarse en torno a que la dificultad en la definición de la ley procesal más favorable hace aplicable la regla general del art. 11 “*Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados (...)*”.

Por otra parte, hay una serie de normas en que no aplicará la segunda parte del art. 11 CPP por una cuestión de temporalidad: Arts. 85, 127 inciso 3°, 129 inciso 6°, 130, son normas que aluden a etapas tan incipientes en la investigación que, probablemente, en tales casos nos encontremos de lleno en la vigencia de la norma pues serán procedimientos iniciados tras la vigencia de la Ley.

Finalmente, existe otra categoría de disposiciones en que, muy probablemente, nos encontraremos ante procedimientos iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley, por ejemplo, Arts. 308, 329, 331, de forma tal que se generen los cuestionamientos aludidos. Al respecto, cabe señalar que en estos casos se debe seguir la regla general de vigencia *in actum* de la ley procesal, pues se trata de modificaciones que no pretenden favorecer a ninguna de las partes en particular, sino que, únicamente, lograr que el ejercicio de la jurisdicción se lleve a cabo de mejor manera, al resguardar la prueba que se le presenta al tribunal y su calidad (testigos más seguros depondrán mejor que testigos amedrentados). Estas tres disposiciones apuntan a cuestiones probatorias, a medios de prueba que se integran al proceso para la resolución del conflicto y, como tales, pueden aprovechar a cualquiera de los intervinientes, sin que estén limitadas a uno en particular, por lo que difícilmente se podría decir que se trata de disposiciones *más desfavorables al imputado*.

¹² Se hace presente que los criterios de actuación que a continuación se exponen, tanto en el orden sustantivo como procesal, resultan aplicables para las situaciones de imputados mayores de edad, en tanto que, en materia de responsabilidad penal adolescente, regirán los criterios contenidos en la Instrucción General de la especialidad. En el intertanto, cualquier duda en la materia, deberá canalizarse a través de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos de la Fiscalía Nacional.

Art. 449. 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 mínimo si consta de un solo grado.

1.1. Delitos comprendidos en el artículo 449:

Los delitos comprendidos en la restricción de la aplicación de las normas de determinación judicial de la pena (art. 65 a 69 del CP) son los siguientes:

- Robo con homicidio o violación, Art. 443 N° 1.
- Robo con castración, mutilación y lesiones graves gravísimas, Art. 443 N° 2.
- Robo con lesiones simplemente graves y privación de libertad, Art. 443 N° 2.
- Piratería, Art. 434.
- Robo con violencia o intimidación, Art. 436 inc. 1°.
- Robo por sorpresa, Art. 436 inc. 2°.
- Robo en lugar habitado, Art. 440.
- Robo en lugar no habitado, Art. 442.
- Robo en bienes nacionales de uso público, Art. 443 inc.1°.
- Robo de vehículos motorizados, Art. 443 inc. 2°
- Robo en bienes nacionales de uso público que afecte suministros, Art. 443 inc. 3°.
- Robo de cajeros automáticos, Art. 443 bis.
- Fabricación de llaves o ganzúas, Art. 445.
- Hurto de especies con un valor de más de 40 UTM, Art. 446 N°1.
- Hurto de especies con un valor de más de 4 UTM y de menos de 40 UTM, Art. 446 N°2.
- Hurto de especies con un valor de más de 1/2 UTM y de menos de 4 UTM, Art. 446 N°3.
- Hurto de suministros, Art. 447 bis inc 1°.
- Hurto de suministros con interrupción de servicio, Art. 447 bis inc 2°.
- Abigeato con exclusión de la apropiación de plumas, pelos, crines, cerdas, etc., Art. 448 bis a 448 quáter.
- Receptación, Art. 456 bis A.

1.2. Normas de determinación de pena para estos delitos:

Como se señaló, este artículo fija normas especiales para la determinación de la pena en esos delitos estableciendo, como regla general, la imposibilidad para los jueces de desatender el marco de pena en abstracto. Constituyen excepciones a esta situación el procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad, y el procedimiento abreviado.

1.2.a. Regla General: En estos delitos, tratándose de personas no reincidentes, el tribunal aplicará la pena en atención al número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que concurran, así como a la extensión del daño causado.

1.2.b. Regla para reincidentes: En caso de reincidencia (art. 12 Nos. 15 y 16 del CP), para determinar el marco de pena en el que se aplicarán las demás circunstancias modificatorias, el tribunal deberá excluir el grado mínimo o el mínimun¹³, según se trate de penas de uno o de más de un grado.

Por lo expuesto, antes de hacer la respectiva solicitud de pena, **los fiscales deberán establecer, en primer lugar, si concurre o no alguna de las hipótesis de reincidencia y, posteriormente, revisar el número y entidad del resto de las circunstancias modificatorias que concurran, conforme lo establece el N° 1 del artículo 449.**

¹³ Mínimum y Máximo de las penas de un solo grado:

-Presidio Mayor en su grado mínimo:

Mínimum 5 años y 1 día a 7 años 183 días

Máximo 7 años 183 días a 10 años

-Presidio Menor en su grado Máximo:

Mínimum 3 años y 1 día a 4 años

Máximo 4 años y 1 día a 5 años

-Presidio Menor en su grado Medio:

Mínimum 541 días a 818 días

Máximo 819 días a 3 años

-Presidio Menor en su grado Mínimo:

Mínimum 61 días a 300 días

Máximo 301 días a 540 días

DELITO	DURACIÓN PENA							
	SIMPLE DELITO			CRIMEN				
	Presidio Menor			Presidio Mayor			Presidio Perpetuo	
	Mínimo	Medio	Máximo	Mínimo	Medio	Máximo	Simple	Calificado
	61-540 días	541-3 años	3 años y 1 día y 5 años	5 años y 1 día a 10 años	10 años y 1 día a 15 años	15 años y 1 día a 20 años		
Robo Calificado Artículo 443 N° 1 Homicidio, Violación,								
Robo Calificado Artículo 443 N° 2. Castración, Mutilación y Lesiones Graves Gravísimas								
Robo Calificado Artículo 443 N° 3. Lesiones Simplemente Graves y Privar de Libertad								
Piratería Art. 434								
Robo con Violencia O Intimidación, Art. 436 Inc 1°								
Robo por Sorpresa, Art. 436 Inc 2°								
Robo Lugar Habitado Art. 440				m	M			
Robo en Lugar no Habitado Art. 442								
Robo en Bienes Nacionales de Uso Público Art. Inc 1°								
Robo Vehículos Motorizados Art. 443 Inc. 2°				m	M			
Robo Bienes Nacionales que afecte Suministros Art. 443 Inc 3°				m	M			
Robo Cajeros Art. 443 Bis				m	M			
Fabricación De Llaves O Ganzúas Art. 445	m	M						
Hurto más de 40 UTM Art. 446 N°1								
Hurto más de 4 UTM y menos de 40 UTM Art. 446 N°2				m	M			
Hurto de más de 1/2 UTM y menos de 4 Utm Art. 446 N°3	m	M						
Hurto de Suministros Art. 447 Bis Inc 1°								
Hurto de Suministros con Interrupción Art. 447 Bis Inc 2°				m	M			
Receptación								

■ Corresponde al tramo o grado que hay que prescindir en caso de reincidencia
 m: corresponde al Mínimum M: Corresponde al Máximo

1.2.c. Situación de la reincidencia en la Receptación: En el caso de la receptación, producto de estas modificaciones, nos encontramos con normas aparentemente contradictorias en la regulación de la reincidencia. Así, el artículo 449 señala que, en caso de reincidencia, se debe prescindir del grado mínimo y, por su parte, el artículo 456 bis inciso 4° establece que en caso de reincidencia de receptación, se debe imponer el grado máximo de la pena que corresponda y, tratándose de la reincidencia en la receptación de vehículos motorizados, se debe aumentar la pena en un grado.

Como se puede apreciar, cada una de las normas señaladas regula situaciones distintas: Así, el Art. 449 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 Art. 456 bis A regula la reincidencia fundada en condenas anteriores por el delito de receptación, caso en el que se debe aplicar el grado máximo. Finalmente se regula la reincidencia en receptación de un objeto específico.

1.3. Situación de excepción: delitos referidos, en procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad o procedimiento abreviado. Artículo 449 CP en relación a los artículos 395 y 407 CPP.

Como señalamos, el Art. 449 del Código Penal impide a los jueces salir del marco de pena asignado a cada delito, pero la misma Ley modifica los Arts. 395 y 407 del Código Procesal Penal, facultando al fiscal para, en los casos del Art. 449 del CP, solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de la pena resultante, luego de aplicar las reglas 1° y 2° de dicho artículo.

Lo anterior implica que primero debemos determinar si el imputado es reincidente pues, en caso de serlo, se debe aplicar la eliminación del grado o parte del grado inferior a la pena asignada en abstracto y luego, sobre la pena resultante, aplicar la rebaja prevista en los Arts. 395 y 407 del CPP.

En la práctica, conforme al texto de la ley, lo anterior sólo tendría aplicación en aquellas penas compuestas de más de un grado, ya que en las penas de sólo un grado siempre se podría pedir la pena inferior en grado al señalado por la ley, independientemente de si el imputado es reincidente o no, lo que, entendemos, genera un efecto no querido por el legislador, que ha pretendido fijar un marco penal más estricto para los imputados reincidentes en este tipo de delitos.

Por ello y, respetando el espíritu del legislador y la debida coherencia en el marco punitivo a aplicar, se instruye que, para los efectos de la rebaja prevista en los arts. 395 y 407 del CPP:

- Tratándose de penas de más de un grado, conforme al mandato legal, los fiscales excluirán el grado inferior tratándose de reincidentes y, una vez cumplido este paso, solicitarán la pena inferior en un grado respecto del resultante (vale decir, se llegará al marco original, como si no fuera reincidente).
- Tratándose de penas de sólo un grado y de un reincidente, los fiscales excluirán el mínimo de la pena y, una vez cumplido este paso, para efectos de la rebaja en cuestión, sólo repondrán el mínimo anteriormente excluido.

Lo anterior se grafica en la siguiente tabla, la que indica en color negro el grado que correspondería aplicar con la rebaja prevista en los Arts. 395 y 407, en caso de reincidencia, y en color gris, el grado correspondiente para los casos de imputados no reincidentes.

DELITO	DURACIÓN PENA								
	Falta	SIMPLE DELITO			CRIMEN				
	Prisión	Presidio Menor			Presidio Mayor			Presidio Perpetuo	
	Máximo	Mínimo	Medio	Máximo	Mínimo	Medio	Máximo	Simple	Calificado
	41-60 días	61-540 días	541-3 años	3 años y 1 día a 5 años	5 años y 1 día a 10 años	10 años y 1 día a 15 años	15 años y 1 día a 20 años		
ROBO CALIFICADO artículo 443 N° 1 Homicidio, Violación,	NO APLICA								
ROBO CALIFICADO artículo 443 N° 2. Castración, Mutilación...	NO APLICA								
ROBO CALIFICADO artículo 443 N° 3. Lesiones Graves y Privar de libertad									
PIRATERÍA art. 434									
ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN art. 436 inc 1°									
ROBO POR SORPRESA art. 436 inc 2°									
ROBO LUGAR HABITADO art. 440									
ROBO EN LUGAR NO HABITADO art. 442									
ROBO EN BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO art. inc 1°									
ROBO VEHÍCULOS MOTORIZADOS art. 443 inc. 2°									
ROBO EN QUE AFECTE SUMINISTROS art. 443 inc 3°									
ROBO CAJEROS art. 443 bis									
FABRICACIÓN DE LLAVES O GANZAS art. 445									
HURTO + DE 40 UTM art. 446 N°1									
HURTO + DE 4 UTM Y - DE 40 UTM art. 446 N°2									
HURTO + DE 1/2 UTM Y - DE 4 UTM art. 446 N°3									
HURTO DE SUMINISTROS art. 447 bis inc 1°									
HURTO DE SUMINISTROS CON INTERRUPCIÓN art. 447 bis inc 2°									
RECEPTACIÓN									

 Rebeja NO Reincidente
 Rebeja Reincidente

1.3.a. Situación del simplificado con admisión de responsabilidad en aquellos delitos cuya pena se inicia en presidio menor en su grado medio.

Las modificaciones ya referidas respecto de los delitos previstos en el Art. 449 del CP, cuya pena mínima sea la de presidio menor en su grado medio, generan el problema práctico de no poder requerir en procedimiento simplificado, aunque estemos autorizados para rebajar la pena en un grado, ya que dicha rebaja sólo se puede hacer en el escenario previsto en el Art. 395 del CPP y, para llegar a dicho escenario, se debe haber requerido en simplificado, cuestión que no es posible realizar por la pena que se puede solicitar.

Por lo tanto, la única posibilidad en estos casos es solicitar la audiencia a la que se refiere el Art. 407 CPP, a fin de discutir un procedimiento abreviado y, en dicha audiencia, aplicar la rebaja de grado que contempla el CPP. En consecuencia, conforme a la pena solicitada, se podría hacer uso del inciso 2° del Art. 390 CPP y solicitar se proceda conforme a las normas del Art. 395 del mismo cuerpo legal.

2. Agravante especial del artículo 449 bis del Código Penal, existencia de una agrupación u organización.

El Art. 449 bis incorpora una agravante especial, que sólo se puede estimar concurrente respecto de los delitos que enumera.

Es necesario recordar que la denominada Ley “de Agenda Corta” suprimió la agravante especial contemplada en el Art. 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, “*ser dos o más los malhechores*”, por lo que el Art. 449 bis viene a reemplazarla.

En el evento que se configure esta agravante, su aplicación, para efectos de la determinación de la pena en concreto, se regirá por lo dispuesto en el Art. 449 N°1 del Código Penal.

Art. 449 bis. *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.*

2.1. Delitos en los cuales procede.

- Robo con homicidio o violación, Art. 443 N° 1.
- Robo con castración, mutilación y lesiones graves gravísimas, Art. 443 N° 2.
- Robo con lesiones simplemente graves y privar de libertad, Art. 443 N° 2.
- Piratería, Art. 434.
- Robo con violencia o intimidación, Art. 436 inc. 1°.
- Robo por sorpresa, Art. 436 inc. 2°.
- Robo en lugar habitado, Art. 440.
- Robo en lugar no habitado, Art. 442.

- Robo en bienes nacionales de uso público, Art. 443 inc. 1°.
- Robo de vehículos motorizados, Art. 443 inc. 2°.
- Robo en bienes nacionales que afecte suministros, Art. 443 inc. 3°.
- Robo de cajeros automáticos, Art. 443 bis.
- Fabricación de llaves o ganzúas, Art. 445.
- Hurto de especies de un valor de más de 40 UTM, Art. 446 N°1.
- Hurto de especies de un valor de más de 4 UTM y menos de 40 UTM, art. 446 N°2.
- Hurto de especies de un valor de más de 1/2 UTM y menos de 4 UTM, Art. 446 N°3.
- Hurto de suministros, Art. 447 bis inc. 1°.
- Hurto de suministros con interrupción de servicio, Art. 447 bis inc. 2°.
- Abigeato con exclusión de la apropiación de plumas, pelos, crines, cerdas, etc., Art. 448 bis a 448 quáter.
- Receptación, Art. 456 bis A.

2.2. Requisitos de procedencia

2.2.a. Agrupación u organización de dos o más personas

Para que proceda la referida agravante debemos estar en presencia de una **agrupación de personas** o una **organización**. En ambos casos, deben estar conformadas por dos o más personas, y no deben constituir una asociación ilícita.

Como puede apreciarse, el legislador ha buscado simplificar la aplicación de la agravante, reduciendo su requisito de concurrencia a una "agrupación" conformada por dos o más personas. También lo amplía a una figura algo más elaborada, como una organización.

La RAE define "agrupación" como un conjunto de personas agrupadas o que se asocian con algún fin.

Para los efectos de 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 o planificación previa, bastando únicamente la concurrencia de un dolo común.

La agrupación debe ser entendida simplemente como un grupo de personas que actuó para cometer un delito determinado y no debe exigírsele, en ningún caso, una existencia previa al delito ni una permanencia posterior a su comisión.

Por otro lado, la redacción de esta norma, al no calificar a las personas que se agruparon como "*malhechores*", excluye cualquier discusión acerca de la necesidad de acreditar que las personas que formaron parte de la agrupación tengan sanciones penales previas.

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.

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.

Por último, una organización puede estar constituida tanto para la comisión de un solo delito, como para varios de ellos que se sucedan en el tiempo.

2.2.b. Inexistencia de una asociación ilícita

En caso que nos encontremos en presencia de una asociación ilícita, no podrá invocarse la agravante especial del artículo 449 bis del Código Penal, pues derechamente estaríamos en presencia del delito contemplado en los Arts. 292 y siguientes del Código Penal.

En consecuencia, se instruye a los fiscales que, enfrentados a un delito cometido por una organización, se realicen todas las diligencias de investigación necesarias y pertinentes 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.

Para efectos de la configuración de esta agravante, parece apropiado referir lo siguiente en materia de coautoría y de la finalidad perseguida por los hechos:

Cuando se trate de coautores (art. 15 N°1 CP) en que las actividades propias de los elementos del tipo se distribuyen entre ellos (*tomando parte*) comunicándose el dolo de unos a otros, será posible argumentar que el *fin* resulta evidente de la sola enunciación de la imputación, **ya que todos los coautores se despliegan en diversas actividades conducentes a un objetivo común (la consumación, del robo, hurto o receptación).**

Cuando se trate de autores facilitadores (art. 15 N°3 CP) se podrá argumentar que los medios que facilitan la acción del autor material fue puesta a su disposición previo concierto, por lo que se estaba persiguiendo **un fin común** cual es la consumación la consumación, del robo, hurto o receptación.

Asimismo, resulta de la máxima relevancia tener en consideración el elemento histórico en la interpretación de la ley al momento de alegar la concurrencia de esta agravante. Así, esta forma de agravación estaba pensada inicialmente para el delito de receptación bajo la justificación de su nuevo marco de pena, al señalarse que *“Esta norma pretende atacar a la criminalidad organizada, pues este tipo de delitos, generalmente es ejecutado por bandas, respecto de las cuales es complejo – procesalmente- acreditar los elementos subjetivos de las agrupaciones, asociaciones, grupos o pandillas, imponiéndose penas que no se condicen con la gravedad del delito”*. (Mensaje S.E. de fecha 27 de enero de 2016).

Posteriormente y dentro del marco de las correspondientes discusiones parlamentarias, se arribó a la nueva formulación del art. 449 bis, haciendo referencia a ciertas premisas que a continuación se sintetizan:

- **No es necesaria la concurrencia de una asociación ilícita:** El profesor Matus observó que si se quiere hacer operativo el párrafo primero de la proposición, debería especificarse que la agrupación o reunión de delincuentes de que se trata, no requerirá configurar el tipo de la asociación ilícita.
- **Basta con la concurrencia de varias personas:** El Senador señor Araya expresó que la idea es facilitar la configuración de una agravante en caso de comisión de este ilícito en **forma colectiva o valiéndose de varios**, pues, en la actualidad, es virtualmente imposible que en esos casos se dé una asociación ilícita.
- **La agravante es de aplicación obligatoria por el juez:** Sobre el particular, el Profesor señor Acosta sostuvo que la calificación planteada por el Honorable Senador señor Espina está redactada en términos optativos para el juez y sólo se refiere al delito de receptación; en cambio, la proposición que ahora se discute es perentoria y opera no sólo para el delito de receptación, sino también para todas las figuras de los párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis de este título. A este respecto también hay que considerar la posición del Ministerio Público, representada durante la tramitación parlamentaria por el Fiscal Nacional (S) Sr. Montes, quien 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 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.

De esta forma, puede establecerse que la nueva formulación es **más amplia** que la anterior agravante, toda vez que el objetivo perseguido por el legislador ha sido superar los problemas de prueba y definición que ésta representaba, debiendo el juez, en caso de concurrir varias personas en el hecho delictivo.

Se debe tener presente, para estos efectos, la finalidad y razón de ser de esta importante modificación legislativa constituida por la Ley N° 20.931, la cual se forjó sobre la base de la necesidad de perfeccionar la persecución y sanción de los delitos incluidos por la normativa, por lo que forzosamente debe concluirse que la configuración de la nueva agravante NO puede exigir mayores requisitos que la anterior (art. 456 bis N° 3), lo que resulta absolutamente contrario al espíritu perseguido por el legislador.

En tal sentido, en la aplicación de la agravante no puede obviarse el elemento sistemático en la interpretación de la ley, considerado todo el nuevo marco penal de los delitos modificados por la “Agenda Corta” y el lógico, de modo que no sea absurda su interpretación de acuerdo a las restantes normas, por cuando se encuentra inserto dentro de un conjunto normativo que tenía por finalidad aumentar sanciones y perfeccionar o rigidizar formas de cumplimiento.

3. **Artículo 2° bis de la Ley N°. 18.216**

La Ley N°20.931 intercala un nuevo artículo 2 bis que establece:

***Art. 2° bis.** Las penas del artículo 1° y el régimen del artículo 33 sólo serán aplicables por los delitos previstos en los artículos 433, 436 inciso primero, 440, 443, 443 bis y 448 bis del Código Penal, a aquellos condenados respecto de quienes se tome la muestra biológica para la obtención de la huella genética, de acuerdo a las previsiones de la ley N°19.970, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que, para cada una de las penas sustitutivas o para el régimen intensivo del artículo 33, establecen esta ley y su reglamento.*

Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, el tribunal deberá ordenar la diligencia señalada en la respectiva sentencia. En aquellos casos en que el condenado, debidamente notificado, no compareciere para tales efectos, el tribunal podrá revocar la pena sustitutiva y ordenar que se cumpla la pena efectiva.

Tratándose de aquellos delitos contra la propiedad, contemplados en este nuevo Art. 2° bis, la norma exige que, previo a la aplicación de alguna de las penas sustitutivas a que se refiere el Art. 1° de la Ley N° 18.216, o del régimen de libertad vigilada intensivo a que se refiere el Art. 33 del mismo cuerpo legal, se debe tomar una muestra biológica de los imputados para la obtención de su huella genética (ADN), de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 19.970.

Para estos efectos, el tribunal debe ordenar la toma de huella genética del condenado en la respectiva sentencia, sin embargo, es posible que respecto del condenado ya se haya tomado la huella genética mientras tenía la calidad de imputado y que, por tanto, su huella genética se encuentre incorporada en el registro de imputados a que hace referencia el Art. 6° de la Ley N° 19.970, caso en el cual el fiscal deberá solicitar al tribunal que ordene en la sentencia que se elimine la huella genética del imputado desde el registro de imputados, y que la misma se incorpore al registro de condenados, sin necesidad de decretar una nueva toma de muestra.

Sin perjuicio de lo anterior, existe la posibilidad de que, tratándose de los delitos previstos en los Arts. 443, 443 bis y 448 bis del Código Penal, que no están contemplados dentro del catálogo de delitos que actualmente prevé el Art. 17, inciso segundo, de la Ley N° 19.970, no se haya tomado previamente una muestra biológica del condenado mientras tenía calidad de imputado, caso en el cual será deber del fiscal solicitar expresamente al tribunal que ordene en la sentencia que se disponga la toma de la huella genética del condenado para el ingreso al registro de condenados previsto en el Art. 5° de la Ley N° 19.970. En este caso, considerando que el condenado será puesto en libertad luego de la realización de la audiencia, el tribunal debe decretar la toma de muestra de la huella genética en la sentencia, y poner los antecedentes en conocimiento del respectivo Centro de Reinserción Social, organismo que será el encargado de coordinar con el Servicio Médico Legal la citación del condenado para la toma de la muestra respectiva, e informarlo posteriormente al tribunal.

En este contexto, se instruye a los fiscales que, en ejercicio de sus atribuciones legales, controlen el efectivo cumplimiento de esta medida y soliciten la revocación de la pena sustitutiva en todos aquellos casos en que el condenado, debidamente notificado, no hubiere comparecido injustificadamente a la toma de la muestra.

Para mayores antecedentes sobre el procedimiento de toma de muestra, determinación de huella e incorporación de ésta al Sistema Nacional de Registro de ADN, se recuerda el deber de dar cumplimiento a lo instruido por **Oficio FN N°158 que complementa criterios de actuación en la aplicación de la Ley N° 19.970, junto a sus respectivos anexos.**

III. MODIFICACIONES DE ORDEN PROCESAL

1. Artículo 87 bis del Código Procesal Penal.

El nuevo artículo 87 bis incorpora una referencia expresa a las consecuencias administrativas que tiene, para los funcionarios policiales, incumplir las instrucciones impartidas por los fiscales adjuntos en el contexto de una investigación penal. En efecto, la norma señala que dicho incumplimiento se considerará falta contra el buen servicio de los funcionarios policiales.

En virtud de ello, se instruye a los fiscales que, haciendo un uso efectivo y razonable de esta norma, comuniquen a su Fiscal Regional, lo más pronto posible, aquellos incumplimientos graves o que puedan redundar en una afectación objetiva de la investigación por parte de los funcionarios policiales, con miras a que el Fiscal Regional pueda oficiar a las autoridades policiales pertinentes, instando por la efectiva aplicación de esta norma.

Para una efectiva aplicación de esta norma, surge la necesidad de establecer los adecuados sistemas de control y monitoreo respecto de las instrucciones que se imparten, principalmente cuando se trata de órdenes de carácter verbal. Ello dependerá, en una primera época, de las condiciones y realidad de cada Fiscalía, sin perjuicio que, en un futuro cercano, se pueda contar con un sistema a nivel nacional que nos permita obtener la máxima productividad posible de la nueva disposición, que implique un trabajo más cohesionado entre fiscalía y policías, lo que redundará, en definitiva, en una mayor calidad de la investigación.

En tanto ese sistema no se implemente, **se insta a los fiscales regionales a definir, conforme al Art. 32 letra a) de la Ley N° 19.640, sistemas efectivos de control y monitoreo de las instrucciones impartidas a las policías.**

2. Detención judicial. Artículo 127 del Código Procesal Penal.

En esta materia se introducen tres órdenes de modificaciones:

- 2.1. En primer lugar, se intercala un nuevo inciso segundo que señala *“Además, podrá decretarse la detención del imputado por un hecho al que la ley asigne una pena privativa de libertad de crimen”*. Al respecto, es importante aclarar que, tal como se planteó reiteradamente durante la discusión del proyecto, **la referencia a delitos a los que la ley asigne una pena privativa de libertad de crimen en este inciso, es meramente ejemplar** y, en caso alguno, implica una restricción a la facultad que tienen los fiscales y los jueces de garantía, para solicitar y otorgar, respectivamente, órdenes de detención respecto de simples delitos o faltas que lo hagan procedente, **de modo tal que los fiscales deberán oponerse a cualquier interpretación que pretenda dar un valoración distinta a este inciso.**
- 2.2. En segundo lugar, la modificación intercala un nuevo inciso tercero que establece la procedencia de solicitar y decretar la detención de imputados que hayan concurrido voluntariamente ante el fiscal o la policía y, en dicho contexto, hayan reconocido voluntariamente su participación en hechos constitutivos de crimen o simple delito.

Se trata de una actuación realizada conforme a la exclusiva facultad de auto determinarse en forma libre y espontánea que tiene una persona, sea por arrepentimiento, por procurarse alguna ventaja procesal o por la razón que sea. Y resulta fundamental que dicha actuación se efectúe exenta de cualquier forma de coacción, renunciando voluntariamente a su derecho a guardar silencio.

Por otra parte, lo que esta norma permite, únicamente, es que el juez *pueda* decretar una medida cautelar esencialmente provisional como lo es la

detención.¹⁴ La que, como toda medida cautelar, requiere la concurrencia de presupuestos materiales y de necesidad de cautela.

La necesidad de cautela en nuestro sistema no se configura únicamente por el peligro de fuga y, por ende, por la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado a los actos de procedimiento, sino que también está constituida por criterios de peligrosidad. Así, esta regulación viene a subsanar la interpretación de algunos tribunales mediante la cual, no obstante la gravedad del delito que pudiere haber confesado el imputado y su eventual peligrosidad, no accedían a su detención, ya que estimaban que el hecho de presentarse voluntariamente y confesar un crimen o simple delito, daba cuenta de su interés de comparecer al proceso y no existían, en consecuencia, antecedentes que permitiesen presumir que su comparecencia pudiere verse demorada o dificultada.

En razón de lo señalado precedentemente, se instruye a los fiscales que, como consecuencia de esta modificación, además de aperebir al imputado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del CPP, soliciten orden de detención en todos aquellos casos en que el imputado concurra voluntariamente ante el fiscal o la policía y reconozca voluntariamente su participación en un crimen o simple delito, cada vez que existan criterios de peligrosidad que permitan fundar la necesidad de cautela.

La mera circunstancia de NO existir otros antecedentes anexos a la confesión que permitan fundar esta solicitud, no constituirá óbice para solicitar la detención, en cuyo caso, **los fiscales deberán solicitar la orden y, posteriormente, la ampliación de la detención.** Lo anterior, a menos que las circunstancias particulares del caso no lo hagan aconsejable, como cuando resulta evidente que la confesión obedece a circunstancias relacionadas con la salud mental del confesante.

Respecto de la ampliación de la detención en estos casos, vale decir, mediando orden judicial, es preciso tener presente que el art. 132 CPP no distingue respecto del tipo de detención por la cual comparece el imputado ante el Juez (flagrancia u orden judicial), por lo que, legalmente, no está impedida la ampliación de una detención ordenada por un juez. La eventual oposición de la defensa se funda en la razonabilidad de la solicitud y no en una prohibición legal, argumentando que si ya hubo

¹⁴ Importante resulta recordar la naturaleza particular, en cuanto medida cautelar, de la detención: ella no es instrumental a la decisión de fondo como las restantes cautelares, pues *no* pretende asegurar directamente la ejecución de lo que en definitiva resuelva el órgano jurisdiccional sino que, atendido su carácter *esencialmente provisional*, a lo más, se convertirá en una providencia instrumental respecto de aquella que decreta la prisión preventiva, de modo tal que podría hablarse de una medida *precautelar*. Este carácter provisionálsimo explica que, en virtud de la misma, se permita privar de libertad a una persona incluso sin orden judicial.

antecedentes suficientes para ordenar la detención de una persona, no parece razonable ampliar la detención fundado en falta de antecedentes para formalizar o pedir cautelares. Ante esto, se debe tener presente que los antecedentes para ordenar la detención se relacionan más con la comparecencia del imputado a la audiencia (art. 127 inc. 1°) que con los hechos y la participación que, si bien son expuestos, pueden variar entre la orden de detención y la realización de la audiencia (número de víctimas, número de hechos, montos, etc.) pudiendo ampliarse en base a estas coyunturas.

En todo caso, la ampliación de la detención en caso de orden judicial debe ser solicitada ponderadamente, evitando el riesgo de pronunciamientos adversos.

- 2.3.** Finalmente, la modificación incorpora un inciso final que otorga al Ministerio Público la **posibilidad de apelar contra la resolución que deniega la orden de detención**, lo que reviste gran utilidad en casos graves o en los que se presume que el imputado puede sustraerse con posterioridad a la acción de la justicia, no obstante, **se sugiere a los fiscales utilizar esta facultad en forma prudencial, evitando recargar el sistema de impugnación con perjuicio para el mismo.**

3. Detención en caso de flagrancia. Artículo 129 del Código Procesal Penal.

La Ley N°20.931 incorpora importantes modificaciones al artículo 129 del CPP. En primer lugar, contempla expresamente, en su inciso segundo, la posibilidad de registrar las vestimentas, equipaje y vehículo del detenido en casos de detención por flagrancia, modificación que, si bien no resultaba indispensable en virtud de lo dispuesto en el artículo 89 del CPP, viene a aclarar eventuales controversias que pudieren generarse en torno al registro de los detenidos.

En segundo lugar, en caso de quebrantamiento de condena, se establece la obligación del tribunal de despachar orden de detención contra el condenado, tan pronto tenga conocimiento del mismo, modificación que busca hacer más expedito el otorgamiento de esta orden y facilitar, de este modo, la ubicación y posterior captura del quebrantado.

Finalmente, la modificación intercala un nuevo inciso quinto, que establece la posibilidad de la policía de registrar e incautar los objetos y documentos vinculados a la investigación, en aquellos casos en que ingrese a un lugar cerrado mueble o inmueble para detener a un sujeto, dando aviso de ello al fiscal, quien conservará los antecedentes. En este caso, no es necesario solicitar orden judicial para determinar los objetos y documentos que serán incautados y que digan relación con el caso que motiva el ingreso, por lo que basta la autorización del fiscal.

Esta norma debe relacionarse con la modificación incorporada en el artículo 215 CPP que, a su vez, faculta a los fiscales para autorizar, en forma autónoma, la incautación de objetos o documentos no relacionados directamente con el hecho investigado,

eliminando la necesidad de autorización judicial para estos casos, validando la doctrina de los hallazgos casuales en nuestro sistema.

No obstante lo señalado, los fiscales deben hacer un uso prudencial de esta facultad, ateniéndose a lo que se señala en relación a la incautación de especies en el **punto III.12** de este oficio.

4. Comparecencia judicial. Artículo 132 del Código Procesal Penal.

En esta materia se incorpora una modificación que **faculta** al Juez de Garantía para suspender la primera audiencia judicial a la que debe concurrir el imputado, por un plazo breve y perentorio, no superior a dos horas, en aquellos casos en que el fiscal o abogado asistente se atrase, o no se presente oportunamente a la audiencia.

La autorización de este plazo adicional es facultativa para el Juez y, **en caso alguno, constituye una autorización que permita a los fiscales o abogados asistentes retrasarse a su arbitrio para la audiencia del art. 132 del CPP.** En efecto, la norma pretende regular situaciones graves o de fuerza mayor que pudieren haber afectado al fiscal o abogado asistente y les hayan impedido presentarse en forma oportuna a la audiencia, y permite al Juez realizar una valoración prudencial de las circunstancias, pudiendo adoptar esta decisión con miras a evitar eventuales efectos indeseables para la investigación y/o las víctimas.

Finalmente es preciso aclarar que, ya sea que se autorice o no este plazo adicional, el Tribunal debe comunicar esta ausencia al Fiscal Regional respectivo, quien valorará los antecedentes y dará, según corresponda, inicio a la correspondiente investigación administrativa.

5. Nueva medida cautelar personal. Artículo 155 del Código Procesal Penal.

En esta materia, se incorpora una nueva letra i) que permite imponer como medida cautelar personal la obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado, medida, que resulta muy útil para aquellos casos en que exista una convivencia riesgosa, que no se encuentre amparada por la Ley de Violencia Intrafamiliar, como ocurriría, por ejemplo, en un caso de lesiones o amenazas cometidos por el arrendatario de una casa o habitación interior contra el propietario de la misma.

Se instruye a los fiscales que soliciten esta medida en todas aquellas investigaciones en que las condiciones del caso concreto, la vulnerabilidad de la víctima y el riesgo al que está expuesta, hagan necesario su uso, definición para la cual deberán requerir el apoyo de sus respectivas Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos.

6. Técnicas especiales de investigación. Artículo 226 bis del Código Procesal Penal.

La Ley incorpora esta nueva norma que habilita la posibilidad de incorporar técnicas especiales para la investigación de los delitos contemplados en la Ley de Armas, en el Art. 190 de la Ley N° 18.290 y en diversos delitos contra la propiedad, regulación que ha sido solicitada latamente por nuestra institución y que constituye un avance inédito en nuestra legislación, atendida su eficacia investigativa.

No obstante ello, atendida la aptitud de estas medidas para vulnerar los derechos de las personas, se hace necesario aclarar y regular algunos aspectos de esta normativa.

- 6.1. Interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de medios técnicos de investigación:** El inciso primero de la norma señala *“Técnicas especiales de investigación. Cuando la investigación de los delitos contemplados en la ley N° 17.798, en el artículo 190 de la ley N° 18.290 y en los artículos 442, 443, 443 bis, 447 bis, 448 bis y 456 bis A del Código Penal, lo hicieren imprescindible y existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de la participación en una asociación ilícita, o en una agrupación u organización conformada por dos o más personas, destinada a cometer los hechos punibles previstos en estas normas, aun cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita, el Ministerio Público podrá aplicar las técnicas previstas y reguladas en los artículos 222 a 226, conforme lo disponen dichas normas.”*

Al respecto, es preciso destacar que la norma habilita la interceptación de comunicaciones telefónicas y el uso de otros medios técnicos de investigación respecto de ilícitos que tienen asociadas **penas de simples delitos**, ampliando considerablemente el ámbito de aplicación de estas técnicas en materias de la Ley de Armas, hipótesis de falsificación a que hace referencia el artículo 190 de la Ley de Tránsito, y para los ilícitos sancionados en los artículos 442, 443, 443 bis, 447 bis, 448 bis y 456 bis A del Código Penal.

Para la aplicación de estas técnicas, se requiere la autorización del Juez de Garantía, debe tratarse de casos en que la investigación de estos ilícitos haga imprescindible su uso, y que existan fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que estos delitos han sido o están siendo cometidos por una asociación ilícita, o una agrupación u organización conformada por dos o más personas, aun cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita. Al efecto, precaviendo posibles debates interpretativos, la norma es clara en señalar que **las agrupaciones y organizaciones no requieren cumplir los elevados estándares estructurales de una asociación ilícita y pueden estar conformadas por dos personas.**

La dictación de esta norma pretende atacar un núcleo de delitos que, si bien muchas veces no son de la mayor gravedad, inciden de manera relevante y directa en nuestra sociedad, adoptando formas cada vez más complejas y organizadas de operación, que dificultan su indagación y persecución con las herramientas comunes de investigación.

Para los efectos de determinar qué debemos entender por agrupación y organización, es preciso atender, en primera instancia, al tenor literal de la norma, que da cuenta que el estándar para configurar una agrupación u organización es menor que el requerido para configurar una asociación ilícita, siendo suficientes dos personas. Asimismo, debemos atender al sentido natural y obvio de las palabras, así, el diccionario de la Real Academia de la Lengua define Agrupación como el “Conjunto de personas u organismos que se asocian con algún fin” y organización como “Asociación de personas reguladas por un conjunto de normas en función de determinados fines”.

En lo que dice relación con los aspectos operativos que derivan del uso de estas técnicas, se deben aplicar las reglas generales previstas en los artículos 222 a 226 del Código Procesal Penal, debiendo los fiscales atender a lo regulado en el **Oficio FN N° 060/2014**, que contiene Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal, y a lo dispuesto en el **Oficio FN N° 287/2011** en materia de registro de solicitudes de interceptaciones telefónicas (sistema RESIT).

- 6.2. Entregas vigiladas y controladas y uso de agentes encubiertos e informantes:** El inciso segundo del artículo 226 bis señala *“Además, cumpliéndose las mismas condiciones establecidas en el inciso anterior y tratándose de los crímenes contemplados en los artículos 433, 434, inciso primero del 436 y 440 del Código Penal y de los delitos a que hace referencia el inciso precedente, el Ministerio Público podrá utilizar las técnicas especiales de investigación consistentes en entregas vigiladas y controladas, el uso de agentes encubiertos e informantes en la forma regulada por los artículos 23 y 25 de la ley N° 20.000, siempre que fuere necesario para lograr el esclarecimiento de los hechos, establecer la identidad y la participación de personas determinadas en éstos, conocer sus planes, prevenirlos o comprobarlos.”*

Este inciso autoriza el uso de entregas vigiladas y controladas de armas o especies y el uso de agentes encubiertos e informantes, respecto de los delitos a que hace referencia el inciso anterior, esto es, aquellos contemplados en la Ley de Armas, hipótesis de falsificación a que hace referencia el Art. 190 de la Ley de Tránsito y los ilícitos sancionados en los artículos 442, 443, 443 bis, 447 bis, 448 bis y 456 bis A del Código Penal y, además, incluye los crímenes contemplados en los artículos 433, 434, 436 inciso primero y 440 del Código Penal.

Para la aplicación de estas técnicas es necesario cumplir las mismas condiciones que se requieren para la interceptación de comunicaciones telefónicas y el uso de otros medios técnicos, a saber: a) Autorización del Juez de Garantía, b) El uso de estas técnicas debe ser imprescindible para la investigación de estos ilícitos; c) Deben existir fundadas sospechas de que estos delitos han sido o están siendo cometidos por una asociación ilícita, o una agrupación u organización conformada por dos o más personas y, d) Las sospechas deben basarse en hechos determinados.

Ahora bien, la propia norma señala que el Ministerio Público podrá utilizar estas técnicas en la forma regulada por los artículos 23 y 25 de la Ley N° 20.000, de modo tal que los fiscales deben atenerse, para su aplicación e implementación –en lo que resulte compatible–, a lo dispuesto en estos artículos y en el **Oficio FN N° 061/2009** que contiene la Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley N° 20.000.

No obstante la remisión al Oficio FN N° 061/2009 antes señalada, es preciso aclarar que todas aquellas gestiones que, conforme lo dispuesto en el señalado Oficio, requieran la intervención y/o autorización de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, deberán ser solicitadas a la Unidad pertinente de la Fiscalía Nacional, según la especialidad que corresponda, esto es:

- i. Tratándose de los delitos contemplados en el Art. 10 de la Ley N° 17.798, a la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado.
- ii. Tratándose de los delitos previstos en el artículo 433 del Código Penal (con excepción del delito de robo con violación, cuyo conocimiento corresponde a la Unidad Especializada en Delitos Sexuales) y de los delitos de robo previstos en el artículo 436 inciso primero y en los artículos 440, 442 y 443 del Código Penal, a la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos.
- iii. Tratándose de otros delitos de la Ley de Armas y de aquellos previstos en el artículo 190 de la Ley de Tránsito y en los artículos 434, 443 bis, 447 bis, 448 bis y 456 bis A del Código Penal, a la Unidad de Asesoría Jurídica de la Fiscalía Nacional.

6.3. Uso de agentes reveladores: El inciso tercero de la norma admite el uso de agentes reveladores únicamente para los delitos contemplados en la Ley N°. 17.798 y, en este caso, se requiere solicitar autorización judicial.

Opera, asimismo, en esta materia, la remisión al artículo 25 de la Ley N°20.000.

7. Plazo para declarar el cierre de la investigación. Artículo 247 del Código Procesal Penal.

Se incorporan modificaciones a los incisos tercero y quinto de la norma, con el objeto de prever plazos adicionales para que los fiscales puedan emitir pronunciamiento en relación al cierre de la investigación y/o deducir acusación, según corresponda.

En efecto, respecto al cierre de la investigación, la nueva redacción señala “Para estos efectos, el juez citará a los intervinientes a una audiencia y si el fiscal no compareciere, el juez otorgará un plazo máximo de dos días para que éste se pronuncie, dando cuenta de ello al Fiscal Regional. Transcurrido tal plazo sin que el fiscal se pronuncie o si, compareciendo, se negare a declarar cerrada la investigación, el juez decretará el sobreseimiento definitivo de la causa, informando de ello al fiscal regional a fin de que éste aplique las sanciones disciplinarias correspondientes. Esta resolución será apelable”.

Por su parte, el inciso quinto de la norma se reemplaza por el siguiente *“Transcurrido este plazo sin que se hubiere deducido acusación, el juez fijará un plazo máximo de dos días para que el fiscal deduzca la acusación, dando cuenta de inmediato de ello al fiscal regional. Transcurrido dicho plazo, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, sin que se hubiere deducido la acusación, en audiencia citada al efecto dictará sobreseimiento definitivo. En este caso, informará de ello al fiscal regional a fin de que éste aplique las sanciones disciplinarias correspondientes.”*

Es preciso tener en consideración dos cuestiones importantes en relación a esta disposición:

- La extensión de plazo a que hacen referencia los incisos transcritos, está redactada en términos perentorios para los Jueces de Garantía, lo que implica que no pueden negarse a concederlo.
- No obstante, se trata de plazos máximos, por lo que, **en caso alguno, los fiscales pueden disponer facultativamente de él o contemplarlo en la tramitación de sus investigaciones y, muy por el contrario, deberán actuar, respecto del cierre de la investigación y del ejercicio de la acción penal como si el mismo no existiera, de modo que éste sólo quede reservado para situaciones excepcionales.**

En todo caso, cabe destacar que, al tratarse de un plazo de los que califican como “de días”, el mínimo que podría imponerse sería el plazo de un día, sin que sea admisible que se fijen plazos de horas, por lo que los fiscales deberán estar atentos a oponerse a la fijación de cualquier término inferior a un día.

El objeto de estas modificaciones legales dice relación, principalmente, con resguardar los intereses de los intervinientes en el proceso, evitando que puedan verse afectados por situaciones de fuerza mayor, o por un eventual error y/o negligencia del fiscal a cargo, de modo tal que, ya sea que se subsane o no la omisión

a través de este plazo adicional, se debe comunicar esta falta al Fiscal Regional respectivo quien, luego de analizar los antecedentes, determinará la procedencia de iniciar la correspondiente investigación administrativa.

Finalmente, cabe hacer presente que **las investigaciones asignadas a un fiscal adjunto son de su responsabilidad, sin que deba entenderse que la notificación que el tribunal realice al fiscal regional, así como el otorgamiento de plazo adicional, implican el traslado o una alteración de la responsabilidad respecto de la causa, la que sigue estando radicada en el fiscal adjunto asignado.**

Sin embargo, los fiscales regionales velarán por el oportuno cumplimiento de los plazos estableciendo, conforme al art. 32 letra a) de la Ley N° 19.640, sistemas de control tanto de la oportunidad como de la calidad en el ejercicio de la acción penal pública, de forma de evitar que nos encontremos en las situaciones previstas en las disposiciones precedentes, manteniendo éstas en el plano de la excepción.

8. Sanción por divulgación del domicilio de un testigo. Artículo 307 del Código Procesal Penal.

La modificación que se incorpora al artículo 307, tiene por objeto elevar la sanción por divulgación del domicilio de un testigo, cuando se hubiere decretado su reserva, lo cual, sin duda, procura desincentivar esta grave conducta que puede exponer a una situación de riesgo real la vida y/o integridad física o psíquica de una víctima o testigo.

Al efecto, se eleva la pena actual que reconduce al delito de desacato, que va desde los 541 días de reclusión menor en su grado medio a los 5 años de reclusión menor en su grado máximo, y se impone como nueva sanción a quien infrinja este deber de reserva una pena que va desde 5 a 10 años de reclusión mayor en su grado mínimo.

Se espera que esta modificación permita, efectivamente, una mayor colaboración de los testigos en los procesos penales, haciéndolos sentir más protegidos y confiados en el resguardo que el sistema debe brindarles, situación a la que, como fiscalía, debemos propender promoviendo la persecución penal en estos casos.

En virtud de lo señalado, se instruye a los fiscales que, independiente de la producción efectiva de un riesgo o lesión en el caso concreto, promuevan una persecución efectiva de todos aquellos casos en que se produzca la divulgación del domicilio de víctimas o testigos que hayan hecho uso de la reserva indicada en esta norma, procurando generar un efecto disuasivo respecto de esta conducta.

9. Protección de testigos. Artículo 308 del Código Procesal Penal.

La modificación legal explícita, en el inciso primero, el derecho del testigo o de cualquiera de las partes, para solicitar al tribunal medidas especiales de protección, y de éste para otorgarlas en casos graves y calificados, expresando *-en forma ejemplar-* que estas medidas pueden consistir en la declaración a través de un sistema de videoconferencia, separados del resto de la sala con algún sistema de obstrucción visual u otros mecanismos que impidan el contacto directo del testigo con los otros intervinientes o el público, y pueden durar el tiempo que el tribunal disponga, pudiendo ser renovadas cuantas veces sea necesario.¹⁵

Se incorpora asimismo un nuevo inciso final, que pretende fijar un marco regulatorio al tribunal indicándole que debe entender que constituye un caso grave y calificado, aquél en que la solicitud se funde en la existencia de malos tratos de obra o amenazas en los términos del artículo 296 del Código Penal y, al efecto, lo faculta incluso para oír de manera reservada al testigo antes de resolver.

Respecto de esta modificación, cabe destacar que la norma sólo exige que existan malos tratos de obra o amenazas en los términos del artículo 296 del CP, vale decir, no exige la existencia de una causa vigente por el delito de amenazas, por lo que estas hipótesis podrán alegarse y acreditarse por los medios posibles e idóneos para tales efectos velando, únicamente, por cumplir con el objetivo de brindar la adecuada protección a víctimas y testigos, razón por la que **se instruye a los fiscales que, enfrentados a víctimas o testigos que soliciten protección, por haberse encontrado en alguna circunstancia de maltrato de obra o amenaza que le hiciere temer por su integridad física o psíquica, en los términos del art. 296 CP, aunque no exista denuncia, causa vigente o terminada por dicho delito u otro respecto de la víctima o testigo, deberán solicitar a su URAVIT el apoyo técnico para que, de manera conjunta, analicen la situación de riesgo que enfrenta la víctima o testigo evaluando, además, si resulta necesario que el tribunal escuche, previo a su decisión, en audiencia privada a la víctima o testigo.**

Sin embargo, en la hipótesis planteada en el párrafo anterior, **se deberá iniciar una causa por el delito de amenazas cada vez que se solicite una medida de protección fundada en esta circunstancia, precisamente, siendo coherente con la seriedad de las amenazas que habilitan la protección. Entendiendo la solicitud de protección como suficiente denuncia, para estos efectos.**

Esta incorporación constituye una herramienta relevante para el adecuado ejercicio de nuestra obligación constitucional de protección a víctimas y testigos y, en dicho contexto, es imprescindible recordar que el trabajo de los fiscales en relación con su labor constitucional de protección a las víctimas y testigos debe ser realizado de manera coordinada y conjunta con las y los profesionales de las Unidades de Atención a las Víctimas y Testigos, destinadas a brindar el apoyo y asesoría técnica

¹⁵ Información respecto de la forma y casos en que deberá procederse en conformidad a esta norma, debe consultarse en la División de Atención a las Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional.

psicosocial en diversos ámbitos de la atención y protección de víctimas y testigos, tales como el análisis específico y detallado del riesgo de una víctima o testigo, considerando todos los factores y variables contextuales a las que se debe atender en relación a una persona que deberá deponer ante un tribunal, informando de aquello al fiscal del caso sugiriéndole solicitar, a favor de la víctima o testigo, las medidas que mejor se acercan a sus necesidades de protección, para que éste, a su vez, realice las peticiones correspondientes al tribunal, cumpliendo con el deber institucional de procurar que tanto víctimas como testigos tengan un efectivo acceso a la justicia, generándoles un espacio de acogida en la audiencia en la que deben deponer, promoviendo la entrega de la información acerca de los hechos con la tranquilidad y seguridad suficiente, sin temor a ser agredidos ni a tener consecuencias negativas asociadas a su participación en juicio.

10. Nueva hipótesis de reproducción de declaraciones anteriores en el juicio oral. Artículo 331 del Código Procesal Penal.¹⁶

Se incorpora una nueva letra e) que tiene por objeto ampliar las hipótesis que permiten reproducir o dar lectura a los registros en que consten anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, señalando: *“e) Cuando las hipótesis previstas en la letra a) sobrevengan con posterioridad a lo previsto en el artículo 280 y se trate de testigos, o de peritos privados cuya declaración sea considerada esencial por el tribunal, podrá incorporarse la respectiva declaración o pericia mediante la lectura de la misma previa solicitud fundada de alguno de los intervinientes.”*

La nueva redacción reviste gran utilidad para el sistema procesal penal en su conjunto, pues amplía las hipótesis de incorporación de declaraciones de testigos o peritos privados, que sean consideradas esenciales por el tribunal, en aquellos casos que, con posterioridad a lo previsto en el artículo 280 del CPP, hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o su residencia se ignorare, o que, por cualquier motivo difícil de superar, no pudieren declarar en juicio, **sin necesidad de haberle tomado declaración de conformidad con las reglas de la prueba anticipada.**

En efecto, la redacción previa permitía incorporar la declaración de testigos y peritos que se hubieren visto imposibilitados de comparecer por alguna de las causales antes señaladas, sólo en aquellos casos en que hubieren prestado declaración conforme a las reglas de la prueba anticipada, o cuando concurrieren alguna de las circunstancias a que hacen referencia las letras b) a d) de la norma.

La nueva redacción amplía estas hipótesis permitiendo al tribunal valorar prudencialmente la necesidad y conveniencia de incorporar declaraciones de testigos o peritos privados que, no obstante no encontrarse en algunas de las hipótesis antes

¹⁶ En causa RUC 1401189555-8, seguida por dos delitos de homicidio calificado y un delito de amenazas ante el TJOP de San Bernardo, la Fiscalía logró la incorporación, mediante lectura, de un testigo menor de edad que no logró ser habido, argumentando que su declaración resultaba crucial de conformidad a la nueva letra e) del art. 331 CPP.

señaladas, sean esenciales para resolver adecuadamente el conflicto sometido a su conocimiento.

10.1. Oportunidad para la solicitud. La nueva letra e) se refiere a hipótesis que sobrevengan con posterioridad a lo previsto en el artículo 280 del CPP. Esta norma alude a la audiencia de preparación de juicio oral pero, en virtud de una modificación posterior, también a la posibilidad de que las hipótesis del art. 191 (ausencia a larga distancia, sobrevivencia de la muerte, incapacidad física o mental, o algún obstáculo semejante) tuvieran lugar con posterioridad a dicha audiencia. En conclusión, la norma razona en función que cualquiera de esas incapacidades se produzcan tras la audiencia intermedia, sin establecer un límite máximo, por lo que **podrá solicitarse la introducción de estas declaraciones por escrito, encontrándonos en los supuestos de la norma, desde el término de la audiencia de preparación de juicio oral y durante todo el desarrollo del juicio oral, dado que no existe límite temporal ni impedimento material para su introducción.**¹⁷

Sin embargo, es preciso destacar que la referencia al art. 280 alude sólo a una cuestión de temporalidad, esa es la únicamente la remisión que se hace a la norma por lo que, como fundamento de la solicitud podrá invocarse, conforme a la letra a) del art. 331, cualquier situación intempestiva que impida la declaración del testigo o perito en el juicio oral.

10.2. Forma en que debe incorporarse esta prueba en la audiencia de Juicio Oral. La incorporación de esta prueba debe solicitarse en forma incidental al tribunal, explicando, en primer lugar, los impedimentos que impidieron la presentación directa de la declaración ante el tribunal, situándose totalmente en las hipótesis de la norma, para concluir argumentando enfáticamente respecto de la relevancia que reviste esta declaración para la resolución del caso.

La prueba a que hace referencia la letra e) del artículo 331 no constituye prueba nueva y, por tanto, no procede su incorporación de conformidad con lo dispuesto en el art. 336 del CPP, toda vez que dice relación con declaraciones e informes que ya fueron ofrecidos en la acusación, admitidos como medios de prueba en el auto de apertura de juicio oral y que, por alguna de las circunstancias a que hace referencia la letra a) de este artículo, suscitadas con posterioridad a lo previsto en el artículo 280 del CPP, no pudo presentarse. Esta aclaración tiene relevancia, pues las hipótesis a que hace referencia esta nueva letra e) no se encuadran en las causales previstas en el artículo 336 del CPP, de modo tal que una errónea

¹⁷ En efecto, el art. 280 CPP razona en función de una audiencia de rendición de prueba anticipada, que debe producirse con anterioridad al juicio oral, pero esta nueva hipótesis discurre sobre la base que no habrá audiencia de prueba anticipada, las declaraciones sólo se introducen como prueba documental, por lo que no existe problema alguno que esto se pida y se verifique en el juicio mismo, si sólo en ese momento surge la necesidad.

incorporación puede provocar la exclusión de estas pruebas por razones de admisibilidad.

Finalmente, es preciso señalar que la norma se refiere únicamente a la situación de peritos privados, pues, a la vez, se incorpora una modificación al artículo 329 inciso final para regular específicamente la situación de los peritos institucionales y que permite que *“Excepcionalmente, en el caso de fallecimiento o incapacidad sobreviniente del perito para comparecer, las pericias podrán introducirse mediante la exposición que realice otro perito de la misma especialidad y que forme parte de la misma institución del fallecido o incapacitado. Esta solicitud se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 283.”*

Esta es otra posibilidad que se da respecto de peritos institucionales. Por tales entendemos no sólo a los de organismos públicos, sino a aquéllos de instituciones cuyas funciones puedan servir a los fines de la persecución penal y del ejercicio de la jurisdicción. En efecto, la norma alude a un perito que pertenezca a una institución, sin exigir que ésta sea pública, cuestión que se hubiera señalado de haber sido ésa la finalidad.

Así las cosas, habrá ciertos casos en que se pueda optar por una alternativa o la otra y, en tal situación, **en general, los fiscales optarán porque el peritaje se presente por otro perito de la misma especialidad e institución**, por sobre la alternativa de introducirlo mediante lectura, por tratarse de una forma más directa de introducir la prueba, máxime cuando se trata de testimonios expertos en relación a determinada ciencia, arte u oficio. En caso de no ser esto posible, conveniente para el caso concreto, o aceptado por el tribunal, deberán abogar por lo dispuesto en el artículo 331 del CPP.

11. Realización del juicio simplificado. Recepción de prueba pericial y testimonial en ausencia del imputado. Artículo 396 del Código Procesal Penal.

Se incorpora un nuevo inciso final al artículo 396 que establece *“En caso que el imputado requerido, válidamente emplazado, no asista injustificadamente a la audiencia de juicio por segunda ocasión, el tribunal deberá recibir, siempre que considere que ello no vulnera el derecho a defensa del imputado, la prueba testimonial y pericial del Ministerio Público, de la defensa y del querellante, en carácter de prueba anticipada, conforme a lo previsto en el artículo 191 de este Código, sin que sea necesaria su comparecencia posterior al juicio.”*

Esta norma encontró su fundamento en la realidad existente al momento de discusión de la misma, pues la cantidad de juicios simplificados que se frustraban por falta de comparecencia del imputado constituía un número importante, produciendo el efecto de que la administración de justicia penal quedara, en definitiva y en una medida importante, en manos del propio imputado.

En este sentido es preciso reconocer que, si bien la disposición puede no constituir el óptimo desde la perspectiva del derecho a defensa y, aunque en la colisión de intereses que se ven afectados en una situación como ésta, a saber: derecho a defensa del imputado, derecho a la resolución del conflicto por parte de la víctima y el propio interés del Estado de ejercer efectivamente la jurisdicción en el caso concreto, parece, a primera vista, que debe prevalecer el primero de los enunciados, es dable tener presente lo siguiente:

- i. El derecho a defensa guarda estrecha relación con el principio básico del contradictorio, desde que la “garantía constitucional del individuo sobre la inviolabilidad de la defensa en juicio encuentra su perfeccionamiento en el principio de bilateralidad de la audiencia, en cuanto el mismo presupone una razonable oportunidad de ser oído y asegura en sus términos latos, la posibilidad de ejercitar la defensa de la persona y de los derechos.”¹⁸

Pero está fuera de duda que este principio estructural que, de hecho, se puede desglosar en varias garantías procedimentales fundamentales, **se agota en la posibilidad**, no se demanda un ejercicio efectivo del llamado “derecho a ser oído”, de modo que lo que se garantiza al justiciable es la posibilidad de ejercitar su defensa, no la defensa misma, desde allí la eventualidad de la contradicción.

El contenido del principio de bilateralidad de la audiencia se circunscribe a impedir una resolución jurisdiccional perjudicial o condenatoria de quien no haya podido, en absoluto, intervenir en el proceso correspondiente. La bilateralidad de la audiencia no impide la condena en rebeldía voluntaria del perdedor.¹⁹

- ii. No obstante, en este caso, es importante advertir que el derecho a defensa sí puede ejercerse, por cuanto lo que la norma contempla es la ausencia del imputado a la audiencia de juicio simplificado, que ha sido citado en dos oportunidades, pero sí está presente su abogado defensor y, en el proceso penal, el **derecho a defensa técnica** resulta de tal manera primordial que nuestro constituyente lo ha erigido explícitamente en una garantía fundamental, según da cuenta la modificación constitucional introducida por la Ley N°. 20.516, por citar sólo una de las múltiples demostraciones de la importancia de la defensa técnica.

¹⁸ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/principio-de-bilateralidad-de-la-audiencia/principio-de-bilateralidad-de-la-audiencia.htm>

¹⁹ BENÍTEZ RAMÍREZ, Eugenio. En Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 3, pp. 591-593 [2007]. En palabras del autor “En el Derecho Procesal, la aplicación del principio constitucional de igualdad de las personas ante la ley se traduce en el principio de *bilateralidad de la audiencia*.”

iii. Y, finalmente, lo que aquí no tiene lugar –por voluntad del imputado, valga recordar- es una de las múltiples manifestaciones del principio contradictorio, cual es la posibilidad de fiscalizar, controvertir e impugnar la prueba testimonial y pericial del adversario durante su producción. La posibilidad de ser oído por el juzgador antes de resolver –y de rendir prueba de descargo, fiscalizar la producción de otra prueba de cargo, etc.-, se mantiene plenamente vigente, de forma que el tribunal no juzgará en esta audiencia, sino en aquélla en que el imputado esté presente y, de así decidirlo, manifieste lo que estime pertinente, en tanto que en esta oportunidad se limitará a recibir cierta prueba, en calidad de anticipada.

En síntesis, se trata del imputado debidamente emplazado que no ha querido comparecer –la norma habla de ausencia injustificada- a la audiencia de juicio simplificado, es decir, a quien se le dio toda posibilidad de ejercer su defensa, manteniéndose vigente a su respecto la defensa técnica, a través de la figura de su abogado defensor, caso en el cual podrá recibirse prueba testimonial y pericial de los intervinientes –**incluida la propia defensa**- en carácter de anticipada.

De esta forma, una correcta interpretación de la norma, que permita su efectiva aplicación y que ésta no se transforme en letra muerta, pasa por entender que, cuando el legislador señala que el tribunal debe considerar que no se vulnere el derecho a defensa del imputado, alude a una afectación mayor o distinta de aquélla que se produce por el mero hecho de no estar presente el imputado en la rendición de prueba, pues ella ya se encuentra prevista y asumida por la norma, que pretende también, entre otras finalidades, establecer una sanción al imputado renuente, o que se ausenta del proceso con miras a debilitar la prueba de la parte contraria.

En virtud de ello, **se instruye a los fiscales que se opongan a aquellas interpretaciones que pretendan negar lugar a la recepción de esta prueba, por estimar que la mera ausencia del imputado vulnera su derecho a defensa, siendo de cargo de la defensa acreditar cuál, concretamente, es esa vulneración.**

Por otra parte, **se instruye a los fiscales que, en estos casos, evalúen prudencialmente el uso de esta facultad, debiendo reservar siempre para la respectiva audiencia de juicio la prueba testimonial y/o pericial que dé cuenta, en forma directa, de la participación del imputado en el delito de que se trata.**

Sin embargo, es necesario diferenciar entre testigos y peritos. Estos últimos, por la naturaleza de su declaración, no requieren, por regla general, la presencia del imputado pues las contradicciones son técnicas y no fácticas. Así, por regla muy general, a los peritos deberá tomárseles declaración en esta audiencia.

12. Gestión de especies incautadas en el contexto de las modificaciones legales introducidas.

Atendidas las múltiples dificultades que se asocian al resguardo y conservación de las especies incautadas en el contexto de procedimientos penales y el tenor de algunas modificaciones incorporadas al Código Procesal Penal, es preciso señalar

que es deber de los fiscales adjuntos ejercer un rol activo en la determinación de las especies que serán incautadas, instruyendo adecuadamente a las policías y evitando que ingresen a custodia del Ministerio Público si no está acreditado fehacientemente que tienen la calidad de instrumentos o efectos del delito, debiendo priorizarse si fuese posible su registro fotográfico o por otros medios aptos para ello si constituyeren evidencia.²⁰

Los fiscales deberán ser especialmente cuidadosos al determinar los lugares, entidades, organismos o instituciones a quienes encargarán la custodia de una especie determinada, de modo que dicha elección se condiga con la naturaleza y características del objeto a custodiar.

Si la incautación resulta inconveniente, deberá ponderarse la posibilidad de solicitar, en subsidio, medidas cautelares reales, tales como la prohibición de celebrar actos y contratos sobre la especie.

Los fiscales deberán pronunciarse, cuando proceda, e informar oportunamente al Administrador y al Custodio de su fiscalía, respecto de todas las decisiones y resoluciones judiciales que afecten a las especies en custodia.

Los fiscales deberán ejercer la facultad de enajenación temprana en todos los casos que concurren los requisitos legales, especialmente tratándose de bienes sujetos a corrupción o susceptibles de próximo deterioro, o cuya conservación sea difícil o muy dispendiosa, en particular los vehículos.

El fiscal deberá solicitar en las acusaciones o requerimientos, incluso tratándose de acusaciones verbales, el comiso cada una de las especies incautadas en la investigación, cuando sea procedente, individualizándolas detalladamente, lo que además deberá ser indicado en la Minuta de Audiencia, en caso de acusación o requerimiento verbal.

En el caso que se hubiere efectuado la enajenación temprana de una especie, deberá solicitarse el comiso del producto de su subasta.

Si el fiscal adjunto decide no solicitar el comiso por no haberse acreditado suficientemente que la especie es un instrumento o efecto del delito, deberá disponer la devolución al dueño.

Siempre al término de la causa, cuando exista sentencia ejecutoriada u otro tipo de salida, el fiscal adjunto a cargo de la investigación deberá pronunciarse sobre el destino de las especies asociadas a la causa.

Se reitera que la presente Instrucción General no alude a todas las modificaciones legales introducidas por la Ley de Agenda Corta Anti delincuencia sino sólo a aquellas que, por distintos motivos, se estimó necesario abordar. Una minuta

²⁰ Se aclara que estas modificaciones no impiden la aplicación de una matriz de ingreso y restricciones de incautación y recepción de especies.

conteniendo todas las modificaciones puede consultarse en la intranet de la Unidad de Asesoría Jurídica de la Fiscalía Nacional.

Por tanto, cualquier duda sobre materias no tratadas en el presente oficio, o bien, cuestiones que surjan en relación al mismo, **deberán ser canalizadas a través de las Unidades de Asesoría Jurídica Regionales, quienes a su vez, las informarán a la Unidad de Asesoría Jurídica de la Fiscalía Nacional.**

Los fiscales regionales velarán por la correcta aplicación del presente oficio, con el objeto de uniformar la aplicación e interpretación de estas normas, de modo que no existan posiciones disímiles sobre la materia en el Ministerio Público.

Saluda atentamente a UDS.



JORGE ABBOTT CHARME
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO



JACH/MHS