



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Graduados
Programa de Magister en Derecho Penal II Santiago

**APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL CRÍTICA DE LA REINCIDENCIA ESPECÍFICA
INTRODUCIDA EN LA LEY 20.253 (LEY DE AGENDA CORTA)**

Actividad Formativa Equivalente a Tesis (AFET) para optar al grado académico de Magister en Derecho con Mención en Derecho Penal

Autor: María Isabel Pantoja Merino
R.U.T.: 7.819.036-1
Profesor Guía: Germán Ovalle Madrid.

Santiago, Mayo de 2012.

**ACTA
DE CALIFICACION DE LA ACTIVIDAD FORMATIVA
EQUIVALENTE A TESIS (AFE)**

Santiago, 16 de Mayo de 2012.

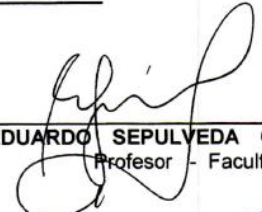
En cumplimiento del Plan de Estudios del Grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal, aprobado por Decreto Universitario N° 006145 del 19 de marzo de 2009:

LA POSTULANTE **MARIA ISABEL PANTOJA MERINO**

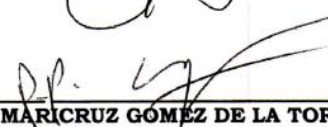
Ha rendido con fecha de hoy el Examen Final de Grado de su Tesis "**Aplicación Jurisprudencial crítica de la reincidencia específica introducida en la Ley 20.253 (Ley de agenda corta)**".

Y HA SIDO **APROBADO CON NOTA:** 5.5 (cinco con cinco)


FRANCISCO MALDONADO FUENTES
Profesor - Invitado


EDUARDO SEPULVEDA CRERAR
Profesor - Facultad


GERMAN OVALLE MADRID
Profesor - Guía


MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE V.
Directora
Escuela de Postgrado

**ACTA
DE EXAMEN FINAL DE GRADO DE ACTIVIDAD FORMATIVA
EQUIVALENTE A TESIS (AFE)
MAGISTER EN DERECHO**


Santiago, 16 de Mayo de 2012.

En cumplimiento del Plan de Estudios del Grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal, aprobado por Decreto Universitario N° 006145 del 19 de marzo de 2009:

LA POSTULANTE **MARIA ISABEL PANTOJA MERINO**

Ha rendido con fecha de hoy el Examen Final de Grado de su Tesis "**Aplicación Jurisprudencial crítica de la reincidencia específica introducida en la Ley 20.253 (Ley de agenda corta)**".

Y HA SIDO **APROBADO** CON NOTA: 5.5 (cinco coma cinco)


FRANCISCO MALDONADO FUENTES
Profesor - Invitado


EDUARDO SEPULVEDA CRERAR
Profesor - Facultad


GERMAN OVALLE MADRID
Profesor - Guía


MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE V.
Directora
Escuela de Postgrado

TABLA DE CONTENIDOS

Portada	I.-
Calificaciones	II.-
Tabla de Contenido	IV.-
Resumen	VI.-
Abstract	VIII.-
Introducción	1
1. Génesis de la Ley	2
2. Historia, concepto y fundamento de la reincidencia	5
2.1. Antecedentes históricos	6
2.2. Concepto	7
2.3. Fundamento	8
2.4. Fines	13
3. Jurisprudencia	16
3.1. Jurisprudencia Tribunales Orales en Lo Penal de Santiago	17
3.1.1 Jurisprudencia Tribunales Orales que no aplica la modificación Introducida por la Ley 20.253.	18
3.1.2 Jurisprudencia Tribunales Orales extrema, que no aplica la modificación Introducida por la ley 20.253.	21
3.2. Jurisprudencia Tribunales Orales que aplican la modificación de la Ley 20.2153.	24
3.3. Jurisprudencia de la Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago.	27
3.3.1. Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones que rechaza la aplicación de la Ley 20.253.	27
3.3.2. Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones que aplica la	

modificación de la Ley 20.253.	28
3.4. Jurisprudencia la Excma. Corte Suprema.	33
4. Conclusiones	35
Bibliografía	46

RESUMEN

La presente investigación constituye un trabajo tipo AFET que tiene por objeto determinar el rendimiento que tuvo la modificación llevada a cabo por la Ley 20.253 llamada “Agenda Corta Antidelincuencia”, publicada en el Diario Oficial el 14 de marzo de 2008, en lo que dice relación a la modificación que sufrió la circunstancia agravante de reincidencia específica, contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, que cambió el término “reincidente” por “condenado”.

Como es sabido, la Ley de Agenda Corta Antidelincuencia, tuvo por objetivo general, endurecer las penas, y dentro de éste, hacer que efectivamente se aplicara la reincidencia, en el caso que nos ocupa, la reincidencia específica, la cual no se estaba aplicando del todo, por una antigua discusión, que se mantenía tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, y que incluso hoy se mantiene, en cuanto a determinar cuándo se entendía cumplida una condena, y que, por lo mismo, fue la razón que motivó el cambio legislativo de la palabra “ser reincidente en delito de la misma especie”, en que no había discusión en que debía estar cumplida la condena, no obstante sí en su forma de cumplimiento, y, obviar esa discusión, por el término “condenado en delito de la misma especie”, que sólo requiere sentencia ejecutoriada.

No obstante el claro tenor de la modificación llevada a cabo, se produjo una amplia discusión a nivel jurisprudencial en torno a la aplicación de la modificación llevada a cabo en la circunstancia agravante de reincidencia específica, llamando la atención de parte de esta operadora del sistema que la misma se haya producido a un nivel de discusión que motivó que un sector de la jurisprudencia decididamente no la aplicara.

En consecuencia, este trabajo tiene por objeto ver cuál ha sido el efecto a nivel jurisprudencial respecto a esta modificación, determinar de qué manera se ha aplicado o no la misma y su efecto en el futuro.

Por lo mismo, esta investigación apunta a explicar la discusión en tribunales de la concurrencia o no de esta agravante, de reincidencia específica, de analizar y determinar las distintas formas en que se está aplicando la referida modificación en nuestros tribunales, esencialmente atinentes a hechos juzgados, con anterioridad a la vigencia de la modificación llevada a cabo por la Ley 20.253, llamada “Agenda Corta

Antidelincuencia”, es decir, que el o los hechos que motivan la reincidencia hayan precisamente sido juzgados antes que entrara en vigencia la respectiva modificación de la referida ley, pues es esta época “intermedia” o “transitoria”, la que provoca precisamente disparidad de criterios en su aplicación, porque si el hecho que motiva la reincidencia es posterior a la publicación de la ley, no hay discusión en ese punto y resulta pacífico que debe aplicarse.

En el llamado “período intermedio”, materia de nuestro estudio, los tribunales han sostenido diversas posturas tendientes a aplicar o no, la modificación llevada a cabo por esta ley, discusión que se estima de gran interés jurisprudencial. Por lo mismo, este estudio se iniciará con la historia de la ley para determinar cuál ha sido su espíritu, si se produce una problemática interpretativa o es claro su tenor, pues la modificación introducida en la agravante de reincidencia específica, contiene claras consideraciones de política criminal, que muchas veces contrastan con razones de justicia material, lo que hace obviar su aplicación.

Palabras Clave: reincidencia, impropia, efectivo, específica, condena.

ABSTRACT

The present research constitutes an AFET type of assignment, and is aimed at determining the performance of the amendment introduced by Law 20.253 known as “Agenda Corta Antidelincuencia”, published in the Official Journal on 14 March 2008, with regards to the modification suffered by the aggravating circumstance of “specific recidivism”, contemplated in article 12 N° 16 of the Criminal Code, that changed the term “*reincidente*” (second offender) for the term “*condenado*” (condemned).

As is well known, the general objective of the “Agenda Corta Antidelincuencia Law”, was to increase the penalties, and through this, effectively apply the recidivism, in this case, the ‘specific recidivism’ which was not fully being applied because of an old discussion at case-law as well as at doctrinal level, and which is still active, regarding how to determine when a sentence was understood to have been served, which was the reason that caused the legislative change of the word “punished”, that required a sentence, and thus, avoid that discussion by using the word “condemned”, that only requires an enforceable sentence.

Despite the clear intention of this amendment, there was a broad discussion at case-law level about the way in which this amendment, with the aggravating circumstance of ‘specific recidivism’, was put into practice. It draw the attention of this system’s operator that the discussion was so intense that part of the jurisprudence simply didn’t apply this amendment.

As a result of this situation, the purpose of this research is to determine the effect of this amendment at a case-law level, the way in which this modification has or has not been applied, and how it might be applied in the future.

Because of this, the research is aimed to explain the discussion at the courts of the relevance or irrelevance of this aggravation, of ‘specific recidivism’; to analyze and establish the different ways in which the said aggravation is being applied at our courts, essentially in relation to adjudicated facts ruled before the amendment imposed by Law 20.253, called “Agenda Corta Antidelincuencia”, that is to say that the fact or facts that caused the recidivism could have been adjudicated before the modification of that Law came into force, and is precisely the interim period that causes disparity of opinion

about its application, because if the fact that causes the recidivism happens after the publication of the law, then there is no discussion and it's clear that it has to be applied.

During this so called "interim period", which is the subject of our research, our Courts have hold several trends in relation to whether the amendment to this law should be applied or not, a discussion considered of vast jurisprudential interest. For this reason, this research will start with the history of the Law in order to determine what the spirit of it was, if the problem is a matter of interpretation, or if its content is absolutely clear to everybody, because the amendment introduced to the aggravation of specific recidivism contains clear considerations of criminal politics, which can be countered with arguments of material justice that make unnecessary its application.

Keywords: recidivism, improper, effective, specific, sentence.

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación constituye un trabajo de campo que tiene por objeto determinar el rendimiento de la modificación llevada a cabo por la Ley 20.253, llamada "Agenda Corta Antidelincuencia" promulgada con fecha 10 de marzo de 2008 y publicada con fecha 14 de marzo de 2008, que vino a restringir las libertades provisionales, y a reprimir la delincuencia, modificando, entre otras, el Código Procesal Penal y el Código Penal, introduciendo respecto de este último cuerpo legal, un importante cambio en el artículo 12 N°16, al sustituir la expresión "reincidente" por "condenado", cambio que a nivel jurisprudencial, ha suscitado diversas posiciones, con ocasión principalmente de delitos juzgados con anterioridad a la promulgación de esta modificación.

Para tal efecto, se hará una breve referencia a la génesis de la ley, y a las razones que se tuvieron en vista para la modificación de dicha circunstancia agravante de reincidencia específica, contemplada en el artículo 12 N°16 del Código Penal.

Asimismo, se analizarán y precisarán los fundamentos teóricos y doctrinarios que como institución tiene la reincidencia tanto en la doctrina nacional como comparada.

Por otra parte, se analizará diversa jurisprudencia de los Tribunales Orales En Lo Penal de Santiago, de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago propiamente tal y de la Excma. Corte Suprema, con el objeto de establecer si recibe aplicación práctica la modificación llevada a cabo por la Ley de "Agenda Corta Antidelincuencia" como la concibió el legislador o si por el contrario, el efecto de dicha modificación no ha tenido el resultado esperado, pues la misma no ha sido efectiva, precisándose, en último término, si esta problemática se seguirá produciendo o si sólo es algo temporal y pasajero.

1. GÉNESIS DE LA LEY 20.253

La Ley 20.253, llamada “Agenda Corta Antidelincuencia”, nace como una respuesta político criminal del Poder Ejecutivo a las señales de temor de la ciudadanía frente a la delincuencia¹, lo que hace necesario introducir mejoras en el sistema destinadas a reprimir con mayor energía el delito y disminuir esa sensación de temor. Para tal efecto, con fecha 7 de julio de 2006, la entonces Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, remitió al Presidente de la Cámara de Diputados en Mensaje N°188-354, el Proyecto de Ley. Inicialmente, el Proyecto remitido constaba de cuatro artículos que modificaban el Código Penal y el Código Procesal Penal. Respecto del código punitivo, introdujo modificaciones a la legítima defensa, y establecía un régimen especial de aplicación de penas para reincidentes en delitos graves, en torno a este último tópico, señalaba que una de las principales causas de la sensación de inseguridad, se encuentra en el hecho, de que un porcentaje importante de los delincuentes que cometen delitos graves, son reincidentes en los mismos hechos². No obstante no venir incluidas las modificaciones a los artículos 12 N°15 y 16 y 92 del Código Penal en el proyecto del Ejecutivo, las mismas fueron introducidas en la Comisión respectiva de la Cámara de Diputados³, establecía reglas de aplicación de penas que obligaran a sanciones más severas desde la primera reincidencia, razonando siempre que esto era aplicable en delitos graves.

Sin perjuicio de lo dicho, a propósito del Primer Informe de la Comisión de Constitución, un grupo de seis diputados, señora Turres y señores Cardemil, Eluchans, Monckeberg Bruner, Monckeberg Díaz y Ward, presentaron una indicación para sustituir en el N°15 del artículo 12 del Código Penal, la expresión, “castigado” por “condenado”. El Diputado Monckeberg Bruner, a propósito de la indicación sostuvo que el término “condenado”, era más amplio que el de “castigado”, puesto que en este último importaba el cumplimiento de la condena, cuestión que impedía considerar la

¹MENSAJE N°188-354, Historia de la Ley 20.253, Valparaíso, Chile, 07 de julio de 2006, 5 p.

²MENSAJE N°188-354, Historia de la Ley 20.253, Valparaíso, Chile, 07 de julio de 2006, 8 p.

³PIEDRABUENA RICHARDS, Guillermo, Ley 20.253, Agenda Antidelincuencia, Santiago, Chile, Legis Chile, 2008. 23, 24 y 25 p.

agravante en el caso que la persona tuviera un beneficio o estuviera en rebeldía⁴. A su turno el Diputado señor Bustos indicó que en todo caso, la jurisprudencia de los tribunales determinará el alcance del término modificado⁵. La indicación resultó aprobada por una mayoría de ocho votos a favor y dos abstenciones.

Conforme se infiere de la historia de la ley en análisis en el Boletín N° 4321 -07, de fecha 16 de abril de 2007, en que se contienen las indicaciones formuladas durante la discusión en general del Proyecto de Ley y en segundo trámite constitucional, a indicación del Honorable Senador Espina, se sustituyó en el N° 16 del artículo 12 del Código Penal, la palabra “reincidente” por “condenado”. En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia del H. Senado, sobre el punto el profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, abogado señor Julián López Masle, estuvo de acuerdo en la indicación del H. Senador Espina que cambia las expresiones “reincidente” por “condenado”⁶, del artículo 12 N°16 del Código Penal, puesto que en su opinión no afecta la lógica interna del Código Penal en materia de reincidencia⁷.

Durante la discusión y aprobación de las indicaciones presentadas y también en Segundo Informe de la Comisión de Legislación y Justicia del Senado, ésta revisó otros proyectos pendientes en primer trámite constitucional radicados en ella, referidos a las materias que abarca la iniciativa en Informe. Es así que se revisó el proyecto de ley contenido en el Boletín N°3585-07, que aumenta la severidad de las sanciones aplicables a los delincuentes reincidentes en los delitos sexuales, de robo, hurto y secuestro de personas. Este proyecto fue iniciado con fecha 06 de julio de 2004 por los Honorables Senadores, señores Chadwick, Coloma, Espina y Prokuriça, proyecto que fue aprobado por la H. Cámara del Senado el 18 de enero de 2005, fijando un plazo para presentar indicaciones que venció el día 21 de marzo de ese mismo año, no

⁴PRIMER INFORME, de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del H. Senado, Chile, Historia de la Ley 20.253, Valparaíso, Chile. 65 p.

⁵PRIMER INFORME, de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del H. Senado, Chile, Historia de la Ley 20.253, Valparaíso, Chile. 65 p.

⁶SEGUNDO INFORME, de la Comisión Constitución, Legislación y Justicia del H. Senado, Chile, Historia de la Ley 20.253, Valparaíso, Chile. 182 p.

⁷SEGUNDO INFORME, de la Comisión Constitución, Legislación y Justicia del H. Senado, Chile, Historia de la Ley 20.253, Valparaíso, Chile. 282 p.

teniendo dicho proyecto más tramitación. Este proyecto buscaba hacer operar las circunstancias agravantes 15º y 16º del artículo 12, desde que la sentencia condenatoria, quede ejecutoriada, independientemente del cumplimiento de la pena, para los grupos de delitos ya indicados⁸. En el mismo sentido que el anterior catedrático, el profesor Jorge Bofill, explicó a la comisión, que la indicación al artículo 12 N°15 y N°16, se refieren a que la primera agrava la responsabilidad del delincuente que ha cometido diversos delitos con anterioridad, y la segunda, se refiere a quien ha cometido una misma clase de delito, agregando que la indicación hecha a tales normas soluciona por esta vía un problema de aplicación de la reincidencia, toda vez que la jurisprudencia exigía para su concurrencia que las penas por los delitos anteriores estuviesen efectivamente cumplidas. Habiendo aprobado la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del H. Senado las modificaciones al artículo 12 en sus numerales 15 y 16 del Código Penal y acogiendo la petición de la Jefa del Departamento de Estudio del Ministerio de Justicia, señora Nelly Salvo, y por razones de coherencia sistémica del código punitivo, por unanimidad, decidieron modificar el artículo 92 del mismo cuerpo legal, haciéndolo aplicable a las personas que se les haya impuesto una condena, sea que la hayan cumplido o no⁹.

Continuando con su tramitación este proyecto de ley, en tercer trámite constitucional, la Cámara de Diputados, aprobó las enmiendas propuestas por el H. Senado, con excepción de algunas normas del articulado que fueron desechadas, la Comisión Mixta propuso una redacción alternativa y el informe de esta comisión fue aprobada por 102 de los 119 Diputados en ejercicio y a su vez en el Senado fue sancionada por 30 Senadores de un total de 38 en ejercicio.

Finalmente, por Oficio N° 7264, de fecha 04 de marzo de 2008, la Cámara de Origen, esto es, la Cámara de Diputados remitió a la Presidenta de la República el texto aprobado por el Congreso Nacional, siendo promulgada por el Ejecutivo el día 11 de marzo de 2008, y publicada bajo el N° 20.253 el día 14 de marzo de ese mismo mes y año, en que en su articulado 1º, N°2, letra b), cambia en el N°16 del artículo 12, en

⁸SEGUNDO INFORME, de la Comisión Constitución, Legislación y Justicia del H. Senado, Chile, Historia de la Ley 20.253, Valparaíso, Chile. 295 p.

⁹SEGUNDO INFORME, de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de H. Senado, Chile, Historia de la Ley 20.253, Valparaíso, Chile. 302 p.

“ser reincidente en delito de la misma especie”, en que la doctrina consideraba que se requería el cumplimiento de la condena por el delito anterior¹⁰ por “haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie”, modificación que además se hizo en concordancia con el artículo 12 N°14 y N°15 y 92, todos del Código Penal.

2. HISTORIA, CONCEPTO Y FUNDAMENTOS DE LA REINCIDENCIA.

No obstante no ser el objeto de este trabajo (AFET), la dogmática jurídico-penal de la reincidencia en sí misma, cuanto que no es sino la misma un mero marco teórico conceptual, esto es, una idea reguladora en orden a dar con una adecuada sistematicidad en cuanto a la aplicación que se le ha dado a esta agravante después de la modificación que sufrió con la ley de “Agenda Corta Antidelincuencia”, necesario resulta referirse a su historia, al concepto y fundamentos de la misma. En términos generales, en nuestro país, la Comisión Redactora (CR) siguió para la aplicación de las circunstancias agravantes, la redacción del artículo 10 del Código Penal español, como también su enunciación taxativa, no obstante que redujo el número de las mismas, debiendo entenderse complementado el artículo 12 con el 13, como así mismo, para los efectos del artículo 64, se atiende a su clasificación doctrinaria, en circunstancias objetivas o materiales, y subjetivas o personales, para los efectos de la comunicabilidad¹¹

Cuando hablamos de reincidencia debemos entender que nos referimos, a la situación en que se encuentra una persona que ya ha sido juzgada por un delito, y que posteriormente ha cometido otro, constituyendo la misma una circunstancia agravante de responsabilidad penal en nuestro ordenamiento jurídico, contemplada en los N° 14, 15 y 16 del artículo 12 del Código penal, en consideración a los distintos tipos de reincidencia, que doctrinariamente se pueden clasificar en: propia, impropia o ficta,

¹⁰COUSO, Jaime, HERNÁNDEZ Héctor, CILLERO Miguel y MERA, Jorge, Código Penal Comentado. 1ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, septiembre de 2011. 347 p.

¹¹KÜNSEMULLER L., Carlos, Politoff Sergio, Ortiz Luis, Bustos Juan, Caballero Felipe, Cillero Miguel, Cury Enrique, Guzmán José Luis, Matus Jean Pierre, Naquira Jaime, Rivacoba y Rivacoba Manuel y Van Weezel Alex, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile 2002. 186 p.

considerando a si cumplió o no la pena; genérica o específica¹², en consideración a si cometió o no un mismo tipo de delitos¹³.

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La noción de sancionar más severamente a una persona que ya ha sido condenada por otro u otros delitos, no es algo nuevo, sino que aparece de antaño recogida en el Derecho Romano y Derecho Canónico; para los romanos era una regla especial que sancionaba más duramente ciertos delitos, lo que se denominó "*consuetudo delinquendi*"; a su vez el Derecho Canónico, avizoró la reincidencia como una causa de agravación de responsabilidad del reo. Estas ideas aparecen recogidas y fueron aplicadas para los delitos posteriores, siempre que fueran delitos semejantes y se refirieran especialmente al delito de hurto. Cabe hacer presente, que la misma se fue desarrollando, una vez que la etapa positivista fue superada, y se determinaron más claramente las nociones de antijuridicidad y de culpabilidad, con el objeto de aplicar penas justas y proporcionadas, a la gravedad y trascendencia social del hecho, y fines de la pena¹⁴. Sólo en 1810, a propósito de la dictación del Código Penal francés aparece establecida la reincidencia como una agravante general de aplicación a toda clase de delitos. Por su parte, el Código Penal alemán no contiene un catálogo de circunstancias agravatorias de la responsabilidad, sino que en base a la medición de la pena, el tribunal pondera las circunstancias que concurren a favor o en contra del autor¹⁵. El Código Penal francés (1994) presenta una amplia discrecionalidad judicial para imponer la pena, estableciendo sólo el rango máximo de pena. El Código Penal de Bolivia, otorga asimismo amplias facultades al tribunal para la determinación de la pena¹⁶.

¹²CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal, parte general, Tomo II, 8ª Ed. septiembre 2005. 138 p; ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho penal, Tomo II, 27 p.; Novoa Monreal, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II, 87 p.

¹³NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II. 3ª Ed. Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, Abril de 2005. 88 p.

¹⁴GARRIDO MONTT, Mario. Derecho penal, parte General, Tomo I, 2ª ed. Santiago-chile, Editorial jurídica de Chile, 1997.181 p.

¹⁵KÚNSEMÚLLER, Carlos, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica De Chile, Santiago, Chile, 2002.188 p.

¹⁶KÚNSEMÚLLER, Carlos, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica De Chile, Santiago, Chile, 2002. 188 p.

2.2. CONCEPTO.

El término reincidir viene del latín *reincidere*, que significa volver a caer en falta o delito. No obstante ello, se entiende en el Derecho Penal, que dicha noción tiene aplicación, únicamente al que vuelve a delinquir después de haber sido condenado anteriormente por otro delito.

Nuestra legislación nacional, tomó de modelo en lo que dice relación a las circunstancias modificatorias agravantes de responsabilidad penal al Código Penal español, no obstante redujo su número de veintitrés a diecinueve circunstancias, siendo de “*numerus clausus*”, es decir, resultan taxativas, sin poder la jurisprudencia aplicarlas por analogía, como sí es permitido en otras legislaciones. Se debe hacer presente que el tratamiento aplicado en nuestro país a las circunstancias agravantes es criticado por la doctrina nacional, pues no se hace un ordenamiento sistemático de las mismas, sino que una enumeración, calificada de inconexa¹⁷. En consecuencia, se introdujo la reincidencia como circunstancia agravante, siendo su texto idéntico al modelo español de 1848. En efecto, la CR en el año 1870, introdujo con el N°18 el siguiente texto “ser reincidente en delito de la misma especie”, que fue aprobada en la sesión 9ª, con ocasión, de las opiniones de los legisladores Altamirano, Gandarillas y Rengifo¹⁸. En cuanto al concepto de reincidencia, se debe señalar que el Código Penal entrega una serie de agravantes de reincidencia enumeradas en el artículo 12 N° 14, 15, 16, haciendo referencia a la existencia de una multiplicidad de delitos y sobre el cual el hecho ya fue objeto de una condena en un proceso ya afinado, aplicándosele la pena respectiva, y en donde posteriormente ese mismo delincuente va a ser objeto de un nuevo juicio por otro delito, por lo que el efecto de esta circunstancia agravante corresponde a como se determinará la responsabilidad penal del hechor en este nuevo ilícito, lo que al decir de Novoa Monreal, constituye una repetición de delitos por aquel que antes fue objeto de una condena.¹⁹

¹⁷GARRIDO MONTT, Mario. Derecho penal, parte General. Tomo I, 2ª ed. Santiago- Chile, EDITORIAL jurídica de Chile, 1997. 205 p.

¹⁸KÜNSEMÜLLER L., Carlos. Gaceta Jurídica, Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios N°212, año1998, La circunstancia agravante de reincidencia. 877 p.

¹⁹NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II. 3ª Ed. Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, Abril de 2005. 74 p.

En el derecho español, se requiere que el reo haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título del Código, siempre que sea de la misma naturaleza.²⁰, entendido como el establecimiento de una agravante específica, ya que la reforma al Código Penal de 1995 suprimió la agravante de reincidencia genérica.²¹

También podríamos coincidir en que la modificación introducida por la Ley 20.253 está en concordancia con la aplicación que le da España a la reincidencia específica, que requiere que el acusado haya sólo sido condenado por sentencia ejecutoriada por delitos de la misma naturaleza, sin haber necesidad de que haya cumplido una condena estimando, para estos efectos, el término “naturaleza” como sinónimo de “especie”, según el Diccionario de la Real Academia Española.

En consecuencia, podemos conceptualizar a la reincidencia específica, como una agravante establecida en el artículo 12 N° 16 del Código Penal Chileno, que se utiliza para los efectos de la determinación de la pena aplicable a aquel delincuente que ha cometido previamente al menos otro delito y sobre el cual ha recaído una sentencia firme y ejecutoriada y que vuelve a delinquir de manera posterior a esta resolución judicial, es decir, basta sólo una condena anterior, sin importar que sea de mayor o menor gravedad y que además se trate de delitos de la misma naturaleza²², vale decir, que lesione un mismo bien jurídico, lo que sería equivalente a delitos de la misma “especie” que emplea nuestro legislador, lo que la distingue de la reincidencia genérica, en que es necesario haber sido castigado a más de un delito, y además que sea de igual o mayor pena, según se desprende de su texto, lo que asimismo, tiene coherencia sistémica con lo preceptuado en el artículo 92 del Código penal y con la modificación llevada a cabo en estos articulados.

2.3. FUNDAMENTO

²⁰MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARON, Mercedes. Derecho penal, parte general. 8ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010. 491 p.

²¹MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, parte General, 7ª ed. Montevideo- Buenos Aires, Argentina, Euros Editores, 2005. 624 p.

²²POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre, RAMÍREZ G., María Cecilia. Lecciones De Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Ed. Santiago- Chile, 2003, 521 p.

Sobre este punto existe una amplia discusión desde antiguo, lo que ha dividido a la doctrina nacional y comparada, y por lo mismo también a la jurisprudencia nacional, y que incluso en algunos países como España ha sido materia de inconstitucionalidad presentada en órganos judiciales, pues se ha estimado que infringiría el principio de igualdad ante la ley al aplicarse penas diferentes a iguales hechos, fundamentado sólo en el hecho de haber sido condenado anteriormente, sin que ello afecte por sí mismo el hecho juzgado²³, no obstante ello, la misma ha sido desestimada por el Tribunal Constitucional en STC 150/99, de fecha 4 de julio, argumentando que la pena agravada por la reincidencia estaría dentro de los límites de la pena genérica señalada al delito, por lo que la pena era proporcionada al hecho típico considerada en abstracto. Sin embargo, para otros autores como Jescheck²⁴, resulta clara la agravación de la pena cuando la culpabilidad del hecho ha aumentado atendido a que el autor se ha rebelado contra las normas impuestas por la sociedad, siendo que las conoce, pues ya se le impuso una condena anterior, por un delito de la misma especie, manifestando un menosprecio hacia el bien jurídico afectado pues no ha sido impresionado con las penas anteriores. Asimismo, otros autores sostienen que revela una actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que aquel pudo apreciar y ni siquiera lo ha motivado para no cometer la nueva infracción, señalando que si se concibe la atribución personal como mera condición de atribubilidad del injusto penal, que puede impedir la atribución total o parcialmente, pero no aumentar la gravedad del hecho²⁵. Este autor, Mir Puig, distingue tres elementos en la reincidencia, un elemento del pasado, un elemento del presente y uno relacional de ambos, para tener por cumplido el primero, es necesario que el culpable haya sido ejecutoriamente condenado con anterioridad por otro delito, es decir, que se encuentre firme su condena, no siendo posible deducir recurso alguno en su contra, el elemento del presente, lo constituye en el momento de delinquir, que debe ser posterior a la condena, exceptuándose el delito continuado y si se han cancelado los antecedentes

²³MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARON, Mercedes. Derecho penal, parte general. 8ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010. 492 p.

²⁴JESCHECK THOMAS WEIGEND, Hans- Henrich. Tratado de Derecho penal, parte general, 5ª ed. Granada, Comares, 2002. 962 p.

²⁵MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, parte General, 7ª ed. Montevideo- Buenos Aires, Argentina, Euros Editores, 2005. 624 p.

penales o habiendo debido serlo ²⁶, estimándose que concurre en delito permanente. Finalmente el elemento relacional, que lo constituye, el hecho que ambos deben estar comprendidos en el mismo título y ser de la misma naturaleza, reincidencia específica.

Asimismo, en la doctrina nacional, no hay discusión en que se estima de mayor gravedad la reincidencia específica que la reincidencia genérica, esto por un fundamento de texto, pues se aplica la específica aunque sólo exista una sola condena anterior, en cambio, en la genérica se requiere más de una y que sean de igual o mayor pena. Lo que sí resulta controvertido, habiendo diversas opiniones, es en lo que dice relación con lo que se entiende con delitos de la misma especie²⁷²⁸. Sin embargo, algunos autores nacionales como Juan Bustos Ramírez, son de la opinión de que no existe fundamentación para la existencia de la agravante de reincidencia en general, por el hecho de que se funde la misma en el desprecio permanente en contra de los bienes jurídicos, lo que no puede resultar en una mayor responsabilidad²⁹, no obstante ello, como está contemplada en la ley, señala que la reincidencia específica, requiere que sólo tenga sentencia firme, ejecutoriada y que se trate de delitos y no de faltas³⁰.

Para fundamentar la reincidencia, se han dado diversas razones, entre ellas, la insuficiencia de la pena ordinaria, que no inhibió a un sujeto de cometer nuevos delitos, lo que demuestra además con su propio hecho nuevo, un desprecio por la primera pena que se le aplicó, posición clásica sostenida por Carrara, ya que la nueva conducta delictiva hace presumir que las penas comunes no han sido eficaces frente a su inmoral obstinación ya que su perversidad queda de manifiesto por la reiteración de sus actos criminales.³¹ De igual modo que en la doctrina comparada, en la nacional, se

²⁶MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, parte General, 7ª ed. Montevideo- Buenos Aires, Argentina, Euros Editores, 2005. 627 p.

²⁷BULLEMORE G., VIVIAN, Curso de Derecho Penal, Tomo II, 1ª Ed. Santiago- Chile, Lexis Nexis, 2005. 180 p.

²⁸ETCHEBERRY, ALFREDO. Derecho penal, parte General, TOMO II, 3ª ed. Santiago-Chile. EDITORIAL JURIDICA DE CHILE, 1997. 32 p.

²⁹BUSTOS RAMÍREZ, Juan Bustos, Derecho Penal Parte General, Tomo I, ARA Editores, Lima-Perú, 2005. 1209 P.

³⁰BUSTOS RAMÍREZ, Juan Bustos, Derecho Penal Parte General, Tomo I, ARA Editores, Lima-Perú, 2005. 1210 P.

³¹KÜNSEMÜLLER L., Carlos. Gaceta Jurídica, Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios N°212, año1998, La circunstancia agravante de reincidencia. 878 p.

estima el fundamento de la reincidencia, en considerar que la pena no fue suficientemente drástica para enmendarlo y se impone una mayor pena al reincidente pues se estima de mayor peligrosidad, sin embargo se critica esta posición, pues la agravante se aplica objetivamente, sin atender a si efectivamente el sujeto es o no peligroso³². Si embargo, podríamos encontrar el fundamento de la misma, en el efecto admonitorio de la condena, que no inhibió a un sujeto de cometer un nuevo delito de la misma especie.

No obstante, otros autores, siguen sosteniendo que resulta difícil argumentar dicha agravante en una mayor culpabilidad por el hecho que se juzga y por el que la agravante va a recaer, sino más bien en la actitud de desobediencia del sujeto y por lo mismo a su mayor peligrosidad, pero que ello no es óbice para presumir esta última, *iuris et de iure*, como lo hace la ley con esta agravante y tampoco se puede justificar una mayor pena, la que está referida a la culpabilidad³³. Sin embargo, ser ampliamente discutido su fundamento, y ser rechazada la misma por varios liberales italianos como Pagano, Mittermaier y Tissot Carmignani, señalando incluso Zaffaroni³⁴, que la misma se aplica por prejuicio e indolencia, cabe hacer presente que la reincidencia es la agravante de mayor aplicación en nuestro país³⁵ y, en consecuencia, debemos concluir que la reincidencia, no se vincula como circunstancia agravante a la naturaleza del delito, sino que a los móviles o motivaciones del sujeto³⁶, siendo de carácter personal, por lo que no se comunica a los demás intervinientes³⁷.

Por otro lado, en el otro extremo, se encuentran los que piensan que la reincidencia debía ser considerada como una atenuante de responsabilidad, en atención a que el

³²GARRIDO MONTT, Mario. Derecho penal, parte General, Tomo I, 2ª ed. Santiago- Chile, Editorial jurídica de Chile, 1997. 214 p.

³³MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARON, Mercedes. Derecho penal, parte general. 8ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010. 492 p.

³⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, 2ª Ed. Buenos Aires Argentina, Editorial Ediar. 770 p.

³⁵POLITOFF, Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, Lecciones De Derecho Penal, Parte General, 1ª ED. Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004. 516 P.

³⁶POLITOFF, Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, Lecciones De Derecho Penal, Parte General, 1ª ED. Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004. 516 p.

³⁷GARRIDO MONTT, Mario. Derecho penal, parte General, Tomo I, 2ª ed. Santiago- Chile, Editorial jurídica de Chile, 1997. 221 p.

sujeto en verdad está proclive a la comisión de delitos, porque tiene una tendencia al mal, considerando su actuar como un delito de hábito, y en razón de ello su imputabilidad estaría disminuida. También se alega que al castigar a un delincuente mediante esta agravante cuya condena ya fue cumplida, constituye una injusticia quebrantando el principio del non bis in ídem, otros alegan que la causa de la reincidencia se encuentra en el ambiente social y familiar, con vicios y corrupción; asimismo la falta de trabajo y de oportunidades de desarrollo, deficiente distribución de la riqueza y deficiencias en la organización penal y penitenciaria, constituyen circunstancias que facilitan la comisión de nuevos ilícitos penales.³⁸ Sin embargo, podemos coincidir en que todas estas circunstancias si bien facilitan la comisión de delitos, ellas no pueden considerarse como la única causa de la misma.

A lo anterior, debe sumarse que el sistema de penas como un fin en sí mismo se encuentra superado, ya que el efecto que genera en una persona la prisionización, impiden que exista para el condenado un desarrollo personal, que a su vez impida o lo disuada de cometer nuevos delitos, por lo que así las cosas, ello se traduce en el fracaso de la no reincidencia³⁹, por lo que el ingreso al sistema carcelario por parte del delincuente constituye la única respuesta a este problema, que directa o indirectamente lo impulsa a continuar con su carrera de delitos.

No obstante lo anterior, creemos que en esta discusión podríamos encontrar el fundamento de esta agravante en ver una mayor culpabilidad en la actitud del sujeto que vuelve a delinquir, es decir, en mantenerse desobediente a las normas penales y por lo mismo en ver en él una mayor peligrosidad, para la sociedad, por su insistencia en la afectación de bienes jurídicos protegidos penalmente por ser considerados valiosos para la sociedad, ya que no ha sido freno bastante el sufrimiento de la pena primitivamente impuesta, por lo que es procedente la imposición de una pena más agravada a aquel que ha manifestado una conducta antisocial.⁴⁰

³⁸KÜNSEMÜLLER L., Carlos. Gaceta Jurídica, Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios N°212, año1998, La circunstancia agravante de reincidencia. 877 p.

³⁹KÜNSEMÜLLER L., Carlos. Gaceta Jurídica, Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios N°212, año1998, La circunstancia agravante de reincidencia. 879 p.

⁴⁰NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo II. 3ª Ed. Santiago- Chile, Editorial Jurídica de Chile, Abril de 2005. 74 p.

Por su parte Mir Puig que realizó su tesis doctoral (1974) como también una monografía del tema (1993), no ha variado su opinión en torno al fundamento de la regulación legal de la reincidencia, como circunstancia agravante de la pena, señalando que la reincidencia aumenta la gravedad del injusto penal, en la parte subjetiva del injusto, por “revelar una actitud más contraria al Derecho”⁴¹, denota en el sujeto “una actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que aquél tuvo ocasión de apreciar no sólo en su formulación abstracta e impersonal por parte de la ley, sino sobre sí mismo”, “en carne propia” y que no lo ha motivado para no cometer la nueva infracción. Santiago Mir Puig, estima que el efecto agravatorio de la pena, no puede estimarse constitucionalmente inconveniente, no obstante tratarse de una “mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida”. Estima que el hecho que no pueda afirmarse que la agravación de la pena de la reincidencia no tenga un efecto intimidatorio de prevención general respecto de todos los condenados que se saben en tal situación, y que no se consiga la resocialización del sujeto, la haga inconstitucional. Asimismo estima que no infringe el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena impuesta.

En consecuencia, podríamos encontrar el fundamento de esta agravante en ver una mayor culpabilidad en la actitud del sujeto que vuelve a delinquir, es decir, en mantenerse desobediente a las normas penales y por lo mismo en ver una mayor peligrosidad en este sujeto respecto de los bienes jurídicos de la misma especie o naturaleza y que la sociedad estima deben ser resguardados y protegidos, pues el efecto admonitorio de la sentencia no lo ha inhibido de cometer un nuevo delito.

2.4. FINES

En cuanto a los fines de la reincidencia, se funda en el castigo a aquel delincuente que comete delitos despreciando a la sociedad toda vez que la condena anterior, no resultó suficiente para hacerlo recapacitar en su conducta.

Es del caso que en razón de la percepción en el aumento de los niveles de criminalidad que afecta a la sociedad, la reincidencia, ha ido manteniéndose y en algunos países como Alemania, donde se había derogado, volvió a incorporarse como una circunstancia agravante de responsabilidad penal, manteniendo su importancia por

⁴¹LUZON PEÑA, Diego, Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho, 1ª Ed. Madrid, España, Gráficas Muriel S.A., octubre 2010, 663 p.

detectarse un aumento en la delincuencia profesional, en razón de la existencia de una manifestación de una personalidad antisocial de parte del delincuente, teniendo como fin en este caso, frenar esta tendencia al delito por parte del hechor o por lo menos controlarla, dirigiendo el punto de atención a aquellos delincuentes profesionales que hacen del delinquir su modo de vida.⁴²

En nuestro derecho se ha estimado que la agravante se mantuvo en la Comisión Redactora del Código Penal, fundada en la existencia de una mala fama del acusado como una contrapartida por la incorporación de la atenuante de la irreprochable conducta anterior, a fin de castigar conductas viciosas del reo.⁴³ Lo anterior, se funda, en la necesidad de aumentar la pena a aquel delincuente que, ya sea se encuentra cumpliendo una pena o después de que ésta se encuentra cumplida, y nuevamente comete un delito, toda vez que esta nueva conducta hace presumir que la pena impuesta no ha resultado eficaz a su inmoral obstinación⁴⁴, atendido que el cumplimiento de una pena privativa de libertad no ha resultado eficaz, para los efectos de impedir que el acusado cometa nuevamente un delito.

Ahondando en los fines de la reincidencia, es que la sociedad ha establecido esta agravante, toda vez que ve en el delincuente a un individuo que es contumaz en la comisión de ilícitos y por lo tanto, la sociedad debe otorgarse medios para protegerse de aquellos individuos que tienen una peligrosidad mayor que la de aquel que delinque por primera vez, lo que debe ser entendido como una finalidad de carácter preventiva y no represiva.⁴⁵, al evidenciar una mayor peligrosidad cuando el hechor comete varios delitos, lo que se identifica con un mayor desprecio respecto de los bienes jurídicos que la sociedad acordó proteger y al decir de Zaffaroni, al mayor peligro de alarma

⁴²NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo III, 3ª ed. Santiago-Chile. Editorial Jurídica de Chile, Abril de 2005. 74 p.

⁴³FUENSALIDA, Alejandro, Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno, Lima, Perú, 1883, Tomo III, 108 p.

⁴⁴FUENSALIDA, Alejandro, Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno, Lima, Perú, 1883, Tomo III, 109 p.

⁴⁵MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, parte General, 7ª ed. Montevideo- Buenos Aires, Argentina, Euros Editores, 2005. 446 y 447 p.

social por la reiteración delictiva y porque el último injusto sea más grave que los cometidos precedentemente al conllevar una mayor lesión a la seguridad jurídica.⁴⁶

⁴⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, 2ª Ed. Buenos Aires Argentina, Editorial Ediar. 639 p.

3. JURISPRUDENCIA.

Una vez conocido cual fue el espíritu del legislador y lo que la dogmática- jurídica penal, ha sostenido en relación a esta circunstancia agravante de responsabilidad penal, entraremos en este AFET a determinar cuál ha sido el rendimiento de la modificación llevada a cabo por la Ley de “Agenda Corta”, en lo que dice relación, particularmente, a la circunstancia agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 12 N°16 del código de castigo, es decir, la reincidencia específica, para lo cual determinaremos la aplicación que le han dado los tribunales del ramo, circunscribiendo esta investigación, a un período de tiempo y a una extensión territorial. En lo que dice relación con el tiempo éste se circunscribirá desde su publicación en el Diario Oficial, es decir, desde el 14 de marzo de 2008 hasta febrero de 2011. En cuanto a la extensión territorial, se ha estimado, atendida la cantidad de tribunales del país, por resultar demasiado amplio el espectro en estudio, tomar una jurisdicción en particular y circunscribir este trabajo investigativo a una zona territorial del país, por lo que se ha decidido tomar la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, partiendo por los Tribunales Orales en Lo Penal de Santiago, siguiendo por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago y terminando con la Excma. Corte Suprema, definiendo cuál ha sido la posición de estos diversos Tribunales en torno a la modificación que ha sufrido esta circunstancia agravante con la llamada Ley de “Agenda Corta Antidelincuencia”, es decir, determinar su rendimiento, estableciendo si la posición de estos diversos tribunales resulta uniforme o por el contrario, diversa, si ella se ha aplicado o si se obvia su aplicación.

En primer término, podemos observar que la jurisprudencia de los Tribunales Orales En Lo Penal, que corresponden a la jurisdicción de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, por los diversos fallos que se han recopilado y que son materia de nuestro interés, por precisamente hacer referencia a esta circunstancia agravante después de la modificación sufrida por la Agenda Corta, y cuyo hecho que motiva la reincidencia es anterior a dicha ley, que vino a sustituir el término “reincidente” por “condenado”, entendiéndose en el primer caso, que debía haberse cumplido la condena, en concordancia con lo previsto en el artículo 92 del Código Penal, que señalaba que “...si el nuevo delito se cometiere después de haber cumplido una condena...”, que por lo demás también generaba discusión; y, entendiéndose, con

el término “condenado”, que sólo basta que exista una sentencia ejecutoriada en su contra, para su concurrencia. Modificación que evidentemente vino a cambiar los presupuestos de concurrencia de dicha agravante, haciendo menos exigente los requisitos para su procedencia, logrando el efecto de endurecer las penas.

En consecuencia, se han recopilado diversos fallos de nuestros tribunales, los que se agruparán por fallos de instancias y por posiciones planteadas, atendido a si aplica o no aplica la modificación de la agravante de reincidencia específica y los fundamentos que en cada caso se dan.

Comenzaremos por los Tribunales Orales en Lo Penal de Santiago, los cuales plantean posiciones que son contrapuestas, en que se dan fundamentos tanto para aplicar como no aplicar la modificación que sufrió esta ley, los cuales, llama la atención que sean absolutamente opuestos entre sí, invocándose incluso problemas de inconstitucionalidad por parte de quienes postulan su no aplicación, como así también, de violación al principio de proporcionalidad, de igualdad ante la ley, de non bis in ídem y de aplicación de la ley penal en el tiempo.

3.1. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORALES DEPENDIENTES DE LA ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.

Como ya se mencionó se realizó un trabajo de investigación en que se recopilaron más de 1.000 fallos de los Tribunales Orales en Lo Penal de la Jurisdicción dependiente de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago propiamente tal y Excma. Corte Suprema, por haber hecho referencia en los mismos a la agravante de reincidencia específica 12 N°16, ya sea para la concurrencia o desestimación de la misma, pero dentro de este conjunto de causas no todas eran de interés de este AFET, por cuanto hacían muchas veces referencia a otro tema discutido en torno a esta agravante de reincidencia específica, como lo es, que sean delitos de la misma especie, tema que también resulta controvertido, pero que sólo atañe tangencialmente a este trabajo. De manera tal, que se circunscribió esta investigación, en el período de tiempo ya indicado, desde 14 de marzo de 2008, fecha de publicación de la presente ley, hasta febrero de 2011, período que se fijó de cierre de esta investigación, tomando solo en consideración los fallos en que el hecho que motiva la reincidencia hayan acontecido antes de la reforma que llevó a cabo la modificación de la agravante de reincidencia específica, modificando el

término “reincidente” por “condenado”, pues si el hecho que motiva la reincidencia es de un período posterior a dicha fecha, no hay duda en que debe aplicarse. Por tal motivo se han tomado sólo los fallos que se refieren a este tema en particular de aplicación o desestimación de la agravante, en cuanto a si para que proceda la misma debía haber sido “reincidente” en delito de la misma especie, en cuyo caso, debía haber cumplido la condena o basta que haya sido “condenado” en delito de la misma especie, como lo establece la nueva normativa, lo que centrará el tema en estudio.

3.1.1 JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO PENAL QUE NO APLICA LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY 20.253

Analizaremos en primer lugar los fundamentos de los fallos de los Tribunales Orales en Lo Penal que postulan su no aplicación, precisando que en un primer momento esta postura era sustentada por un gran número de jueces, que incluso algunos de ellos aún siguen manteniendo, pero a diferencia otros, han cambiado de opinión. Su puede observar, en esta posición que se ha utilizado como argumento recurrente para sostener esta postura, que el hecho que motiva la agravante es anterior a la entrada en vigencia de la Ley 20.253 que fue promulgada el 11 de marzo de 2008 y publicada el 14 del mismo mes y año, señalando que por este motivo la modificación no le alcanza, puesto que ello significaría darle un efecto retroactivo a esa modificación, lo que según ellos pugna con uno de los principios rectores del Derecho Penal, consagrado en la Constitución y en el código punitivo, cual es la irretroactividad de la ley penal, debiendo sólo aplicarse in actum la norma posterior si ésta resulta más favorable, a contrario sensu, si la norma posterior es desfavorable, no puede ser considerada para agravar su responsabilidad, pues sólo puede operar para los casos que se produzcan en el futuro.

Es decir esta posición rechaza la agravante, porque estima que vulneraría en definitiva el principio de la irretroactividad de las leyes penales consagrado a nivel constitucional en el artículo 19 N°3 inciso 7, principio que además contempla el artículo 18 del código punitivo. Muchos de estos fallos, que estiman que vulneraría este principio, lo hacen fundar en la concepción de la seguridad jurídica, y por tanto, en las libertades individuales que se verían afectadas si el sujeto fuera sancionado con una ley que no pudo tener en cuenta al momento de la realización del hecho. Refieren hacer un análisis sistemático de las leyes penales, atendido el principio in dubio pro reo

contemplado en el artículo 18, y estiman que la situación jurídica previa a la vigencia de la Ley 20.253, resultaba más favorable para el imputado, por lo que se debe aplicar esa normativa, atendido aquella dicha agravante no podía ser considerada. Señalan que si se permitiera la irretroactividad de las leyes penales, las personas no podrían tener la seguridad de que no serán sancionadas por un hecho que, al momento de su realización, no constituye delito, ni con penas más graves que las contempladas en la ley vigente al tiempo de su ejecución, cuando el hecho sí es delictivo. Cabe señalar que los sentenciadores que mantienen esta posición invocan a diversos autores, entre estos a Guillermo Oliver Calderón, con su libro Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales, página 124, y manifiestan que hay una excepción en la irretroactividad de las leyes penales, cuando ésta es más favorable al reo, tratando con ello de impedir la arbitrariedad del Estado, su intervención abusiva sobre los derechos y libertades del sujeto, invocando para este efecto también a Juan Bustos Ramírez, Obras Completas, Tomo I, Derecho Penal, Parte General.

En cuanto a esta primera postura, podemos mencionar ciertos fallos de los Tribunales Orales en lo Penal dependientes de la Jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago las S. 1° TOP Santiago, Rit 3-2010 y en S. 1° TOP Santiago Rit 10-2010, en que los sentenciadores de la instancia, reiteran todos los argumentos ya referidos, en el párrafo anterior, en orden a desestimar la aplicación de la Ley 20.253, argumentando que ello implicaría aplicar una ley penal con anterioridad a su entrada en vigencia lo que pugna con uno de los principios rectores del Derecho Penal, consagrado en el texto constitucional y en el Código Punitivo.

De manera casi uniforme en S. del 2°TOP Santiago, Rit 11- 2008, 184-2008, 188-2008, 39-2010, 10-2010, 2-2011, los sentenciadores de la instancia decidieron que no concurre la agravante contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, pues sitúan la ley que debe ser aplicable para los efectos de la reincidencia, en el hecho que la motiva, y señalan que al momento de perpetrarse el ilícito que motiva la agravante no se encontraba vigente la ley 20.253, por lo que se atendería contra el principio constitucional de la irretroactividad de las leyes penales, consagrado en el artículo 19 N°3 inciso 7° de nuestra Constitución Política de la República de Chile, principio constitucional que se encuentra además, consagrado en nuestro Código Penal.

Los mismos argumentos son sostenidos en las S. 2° TOP Santiago, Rit 192-2009, además en este fallo resultan interesantes las afirmaciones sostenidas, pues los juzgadores del grado, en primer lugar, postulan que los jueces son los llamados a dar aplicación a la norma más favorable al acusado, sin hacer mayores consideraciones a la ley vigente, pues señalan que el Tribunal es el llamado a dar aplicación a la norma que resulte más favorable al acusado, conforme al principio general recogido en el artículo 18 del Código punitivo y en segundo lugar, sostuvieron, que la reincidencia, en estricto rigor, se configura con el segundo delito cometido, pero que el anterior reproche penal forma parte esencial de la hipótesis de agravación, pues la contiene, pero que debe haber ocurrido bajo la vigencia de la nueva normativa legal. Sin embargo, también se advierte una clara confusión con la modificación e incurren en un error cuando aluden a los cambios introducidos por la reforma, pues el texto anterior ocupaba el término “reincidente” y no “sancionado”, como ellos lo afirman, siendo este último término, el que empleaba la reincidencia genérica, y no la específica. En definitiva, determinaron hacer aplicable el antiguo texto del artículo 12 N°16 del código punitivo, en que era necesario haber cumplido la condena.

Otros fallos, en el mismo sentido, desestiman la agravante, agregando además de los argumentos referidos al comienzo, otros, así la S. 1° TOP Santiago Rit 27-2009, indica que le es aplicable el antiguo tenor del artículo 12 N° 16, por ser más favorable, pero igualmente la desestima, porque no se acreditó que hubiera cumplido la condena; En la S. 1° TOP Rit 20-2010, los sentenciadores del grado, derechamente exigen, para aplicar la modificación introducida por la Ley 20.253,- además de los argumentos ya esgrimidos - que el hecho anterior, y el nuevo hecho en el que se pide su imposición- hayan ocurrido, ambos después del 14 de marzo de 2008, que corresponde a la fecha de publicación de la Ley .

En la S. 4° TOP Santiago Rit 16-2009 se resolvió, rechazar la concurrencia de la agravante, argumentando que las condenas indicadas si bien eran del 2008, sus hechos ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la Agenda Corta, y por ende, no corresponde aplicarla de conformidad al principio in dubio pro reo. Justifican, entonces su decisión estos juzgadores, directamente con el principio in dubio pro reo, discerniendo en el hecho que la reforma introducida resulta más gravosa para el sentenciado. En el mismo sentido y por último en la S. del 4° TOP, Santiago, Rit 29-

2010 concluyó que la fecha de comisión de dicho ilícito, es anterior a la modificación de la llamada Agenda Corta, en consecuencia, debe aplicarse a este respecto, la normativa que regía entonces el N° 16 del artículo 12 del Código Penal, es decir, claramente, se exige haber cumplido una condena, y para el caso sometido a juzgamiento, según indican los magistrados no ha sido acreditado tal cumplimiento, tanto por el hecho de habersele concedido medidas alternativas al cumplimiento, primero remisión, reemplazada luego por reclusión nocturna, cuanto porque, incluso tales medidas, no se acreditó que las hubiere cumplido. Evidenciándose, en este último punto una contradicción en cuanto a si acepta un cumplimiento, con beneficio alternativo o debe ser pena efectiva.

3.1.2 JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO PENAL DE SANTIAGO QUE NO APLICA LA MODIFICACIÓN, MANTENIENDO UNA POSICIÓN MÁS EXTREMA.

En esta misma posición, pero en una postura más extrema, en que además de los argumentos referidos para rechazar la agravante argumentan otras razones y requisitos que se tienen que tener en consideración para su procedencia, como son que además de serle aplicable la anterior legislación, deben haber cumplido efectivamente la condena, así lo señalan las causas S. 1° TOP Santiago, Rit 150-2009, Rit 103-2009, Rit 94-2009 y Rit 93-2008, que mantienen una posición extrema en que no aplica en caso alguno la modificación de la Ley de Agenda Corta y son más o menos del mismo tenor, en síntesis sostienen que la pena a aplicar por los hechos materia del juicio actual, se agravaría para situaciones pretéritas, consideran que la situación jurídica previa a la vigencia de la Ley 20.253, era más favorable para el acusado ya que para tener por acreditada la circunstancia del artículo 12 N° 16, se exigía ser reincidente en delito de la misma especie, por lo que se debe aplicar su antiguo tenor. Pero incluso, aplicando el texto anterior de la reincidencia específica, se pone en la posición extrema en el sentido que exige, como lo hacía una parte de la doctrina y la jurisprudencia, que estuviera efectivamente cumplida la sanción corporal impuesta, y, por lo tanto, no debía considerarse cumplida, si se le había otorgado algún beneficio, caso en el cual se entendía suspendida. En consecuencia, al estimar más favorable el antiguo tenor del artículo 12 N°16, igualmente desestima la agravante de reincidencia específica, por haber dado cumplimiento a la pena con algún beneficio alternativo. En igual sentido se presenta la S. 2° TOP Santiago, Rit 168-2009, los

jueces del caso, hacen aplicable el antiguo tenor del artículo 12 N°16 de Código, agregando, como lo requería la mayoría de la jurisprudencia bajo la antigua normativa, en orden a que para estar en presencia de la modificatoria en análisis, se acredite ante el Tribunal, el cumplimiento efectivo de las penas que le fueron impuestas por los ilícitos anteriores; Lo mismo resuelve la S. 2° TOP Santiago, Rit 126-2010, los sentenciadores indicaron que para el caso procede discernir la normativa aplicable, conforme lo prescribe el artículo 18 del Código Penal, y en la especie optan, según dicen, por aquella regulación más favorable al reo, determinando que ésta es la legislación anterior, y determinada la misma, no la aplica por haberle sido remitida condicionalmente aquella primera condena. De esta manera tal fallo razona sobre la idea de determinar para el caso en concreto cuál es la normativa que mas favorece al condenado y estimando para el caso, que lo es la normativa anterior a la modificación de la Ley de Agenda Corta, estima del caso su procedencia pero en el hecho no la aplica, adscribiendo en el hecho estos juzgadores, en este caso sometido a su juzgamiento, a la corriente jurisprudencial que sostiene que la pena anterior no estaba cumplida, pues el agente delictivo estaba haciendo uso del beneficio de Remisión Condicional de la Pena. En mismo sentido y tenor es la S. 2°TOP Santiago, Rit 2-2009, hacen aplicable el texto anterior de la ley en que el acusado debía haber cumplido la condena, por los mismos fundamentos.

De la misma opinión es la S. del 3° TOP Santiago, Rit 214-2009, en que los jueces del grado, desestiman la aplicación de la nueva normativa, por desconocerse la fecha de los hechos que motivan la agravante, pero razonan al respecto indicando que si los delitos causantes de la reincidencia fueron cometidos con anterioridad a la vigencia de la ley 20.253, por aplicación del artículo 18 del Código Punitivo, es necesario acreditar el cumplimiento de la pena que a la sazón les fue impuesta para configurar la agravante. Por el contrario, si fueron perpetrados con posterioridad a ella bastará con la acreditación de la ejecutoria de las respectivas condenas.

Lo mismo señala la S. del 3° TOP Santiago RIT N° 99-2009, los magistrados de la instancia, sostuvieron que si el hecho en el cual se funda la agravante, es anterior a la mencionada ley, no puede servir para fundar la agravante sin contrariar el artículo 18 del Código Penal, que impide la aplicación retroactiva de la ley penal en la medida que desfavorezca al acusado, y por ello, mantendrá en aplicación la redacción anterior a la

modificación legal y rechazará la agravante, al constatar del Extracto de Filiación y Antecedentes agregado al juicio, que el acusado fue beneficiado con la Remisión Condicional de la Pena, y por ello no cumplió en forma efectiva el castigo impuesto en ella, o resultando tal sentencia ineficaz para dar lugar a la modificatoria. Con lo resuelto estos juzgadores estimaron que la pena anterior no estaba efectivamente cumplida, puesto que se le había otorgado el beneficio de la Remisión Condicional de la Pena, por lo que tal pena no se cumplió efectivamente, y por lo mismo no sería reincidente.

También la S. 3° TOP Santiago Rit 128–2010, los magistrados del caso desestimaron la concurrencia de la agravante porque la sentencia es anterior a la data de la Ley 20.253, publicada en el Diario Oficial el 14 de marzo de 2008, que modificó el artículo 12 N° 16, indicando que a la época de la dictación de la sentencia de que se trata el tenor de la circunstancia gravosa en estudio era “ser reincidente en delito de la misma especie”, requiriéndose al efecto el haber cumplido la sanción, lo que no ha acontecido en el caso, razón por la que tal agravante debe ser desechada, en concordancia además con lo que dispone el artículo 18 del Código Penal, en cuanto imperativamente ordena, en aquellos casos que procediere, estarse a la ley que resulte menos gravosa para el enjuiciado. En esta sentencia se menciona que la legislación aplicable en la especie es aquella vigente a la época del hecho que fundamenta la reincidencia y no la del hecho que se está juzgando.

A su turno en la S. 3° TOP Santiago, Rit N° 159–2009, los juzgadores establecieron como ley vigente para la aplicación de la agravante, la anterior a la reforma de la Ley de Agenda Corta, pero desestiman la concurrencia de la agravante en la especie, porque no se acreditó que la pena recaída en dicha sentencia se haya cumplido efectivamente, invocando para esto el artículo 18 del Código Penal. Es decir, en este caso se aplicó la ley anterior y se desestimó la agravante por falta de prueba.

En la S. 4° TOP Santiago, Rit N°14-2009, los juzgadores del caso determinaron hacer aplicable el antiguo texto de la ley, requiriendo para la concurrencia de la agravante su cumplimiento efectivo, señalando que ello no aconteció en la especie, pues se le dio el beneficio de la reclusión nocturna, no constando que haya sido a la postre cumplida de manera efectiva.

En la S. 4° TOP Santiago, Rit N° 24–2009, los sentenciadores del grado indicaron que siendo la sentencia anterior a la llamada ley de Agenda Corta, no resulta

aplicable en la especie tal normativa por prohibirlo el artículo 18 del Código Penal. Además argumentaron para rechazar la agravante en análisis, el hecho que no se acreditó que la pena anterior se encontrara cumplida. Además indicaron que al sentenciado se le concedió el beneficio de libertad vigilada, sistema que implica conforme al artículo 1º de la Ley N° 18.216, la suspensión de la ejecución de la pena, evento en el cual tampoco se configura la agravante de reincidencia específica.

3.2 JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO PENAL QUE APLICA LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY 20.253.

Esta segunda postura acoge la modificación y por ende la concurrencia de la agravante, atendido a que la Ley 20.253, que fue promulgada el 11 de marzo de 2008 y publicada el 14 de marzo de 2008, cambió el término “ser reincidente en delito de la misma especie”, en que no se hace cuestión en que debía haberse cumplido la condena para su procedencia, por “condenado en delito de la misma especie”, por lo que razonan que tal modificatoria de responsabilidad penal, ahora, sólo exige una sentencia ejecutoriada para su concurrencia, sin necesidad de atender a que la pena anterior se encuentra cumplida, como era el caso a analizar antes de la reforma y que fue lo que motivó el cambio legislativo.

El argumento principal de esta tesis es que una vez dictada la presente ley, debe empezar a regir desde la fecha de su publicación, sin hacer otras consideraciones, porque esta será la ley que está vigente al momento de decidir si estamos o no en presencia de la agravante en estudio. Por lo demás, hay varios fallos que van más al fondo de esta cuestión jurídica, y al fundamentar la concurrencia de esta agravante de reincidencia específica, replican lo sostenido por la postura contraria, argumentando que su aplicación no es contraria al artículo 19 N°3 inciso 7º de la Constitución Política, porque las modificaciones introducidas por la Ley 20.253, publicada con fecha 14 de marzo de 2008, se encontraban vigentes a la época de comisión del delito que se está juzgando y es el que fija la normativa aplicable al caso a resolver, pues el hecho que motiva la reincidencia, ya fue juzgado, no cabiendo aplicar la normativa anterior.

Señalan además que al aplicar la modificación en materia de reincidencia, no se afecta con ello la seguridad jurídica tan defendida por la posición contraria, que es fundamento de la irretroactividad de la ley penal, pues su modificación ya había

entrado en vigencia cuando el acusado decidió volver a delinquir en delito de la misma especie, de manera tal, que no se puede sostener que en la especie se le esté aplicando el nuevo texto penal de manera retroactiva.

En tal sentido la S. 2° TOP, Santiago Rit 161-2009, los sentenciadores de la causa sostuvieron que a la fecha de comisión de los hechos materia de este juicio, la Ley 20.253 ya se encontraba en plena aplicación, siendo así las cosas, el estatuto que establece, estaba en plena vigencia, no pudiendo argumentarse que al considerar la agravante de reincidencia, se está sorprendiendo con ello al acusado. Al continuar razonando los sentenciadores del grado indicaron que “el principio de legalidad formulado por Feberbach y más específicamente la garantía *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* o de irretroactividad de las leyes penales precisada por Maurach, busca otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos”, quienes tienen derecho a no ser juzgados por una ley dictada con posterioridad a los hechos que se juzgan o por una ley ya derogada. Sin embargo, nada de ello ocurre en la aplicación de esta agravante, toda vez, que el estatuto establecido por la Ley 20.253, ya se encontraba vigente a la época de comisión de los hechos materia de esta causa. Así pues, replicando este fallo a quienes sostienen, que la Ley de Agenda Corta importa dar retroactividad a la Ley Penal, sostiene que ello no es posible pues a la data de comisión del ilícito que ahora se juzga ya estaba vigente la normativa que sancionaba la reincidencia específica desde que el delito anterior estuviese con condena.

En la misma línea de argumentación están las sentencias que dan aplicación a la modificación de la agravante de reincidencia del artículo 12 N° 16 del Código Penal, bastando para ello que el agente delictivo esté, con anterioridad condenado por delito de la misma especie. Al efecto se pueden mencionar las causas S. 1°TOP Santiago Rit 125-2010; S.1°TOP Santiago, Rit 104- 2009, S.1°TOP Santiago, Rit 173-2009; S.1°TOP Santiago Rit 77- 2010; S. 1°TOP Santiago Rit 86 -2010; S. 1°TOP Santiago Rit 66 2010; S. 1°TOP Santiago Rit 149-2010; S.1°TOP Santiago, Rit 171-2010; S. 1°TOP Santiago Rit 189-2010; S. 2°TOP Santiago; S.2°TOP Santiago Rit 120-2008; S.2°TOP Santiago Rit 158-2008, S. 2°TOP Santiago Rit 179-2008; S. 2°TOP Santiago Rit 17-2009; S. 2°TOP Santiago, Rit 20-2009; S. 2°TOP Santiago, Rit 26-2009; S. 2°TOP Santiago Rit 30-2009; S. 2°TOP Santiago Rit 36-2009; S. 2°TOP Santiago, Rit 42-2009; S. 2°TOP Santiago, Rit 44-2009; S. 2°TOP Santiago, Rit 46-2009; S. 2°TOP

Santiago Rit 47-2009; S. 2°TOP Santiago, Rit 49-2009; S. 2°TOP Santiago, Rit 208-2009; S. 2°TOP Santiago, Rit 212-2009; S. 2°TOP Santiago, Rit 222-2009; S.2°TOP Santiago, Rit 5-2010; S. 2°TOP Santiago, Rit 2-2011; S. 2°TOP Santiago, Rit 59-2009, S. 2°TOP Santiago, Rit 84-2009; S. 2°TOP Santiago, Rit 92-2009: S. 2°TOP Santiago, Rit 176-2009, S.2°TOP Santiago, Rit 218-2009; S. 2°TOP Santiago Rit 19-2009; S. 2°TOP Santiago Rit 31-2010, S. 2°TOP Santiago Rit 35-2010; S. 2°TOP Santiago Rit 37-2010; S. 2°TOP Santiago Rit 46-2010; S. 2°TOP Santiago Rit 58-2010; S. 2°TOP Santiago Rit 59-2010; S. 2°TOP Santiago Rit 96-2010; S. 2°TOP Santiago Rit 141-2010; S. 2°TOP Santiago Rit 176-2010; S. 2°TOP Santiago Rit 192-2010; S. 3°TOP Santiago Rit 2-2011; S. 5° TOP Santiago Rit 141-2010; S. 5° TOP Santiago Rit 218-2010; S. 7° TOP Santiago Rit 235-2010.

En consecuencia, para todos los fallos antes mencionados, sólo basta la condena anterior para la concurrencia de la agravante de reincidencia específica, y la fecha de comisión del hecho que motiva la reincidencia, sólo tiene importancia para los efectos de que no esté prescrita la agravante en conformidad a lo dispuesto en el artículo 104 del Código Penal, pues la ley es imperativa en señalar que las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar de la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos.

En el mismo sentido están las S. 2° TOP Santiago Rit 31-2009 y 64-2009, en que incluso se esquematizan e indican los requisitos de procedencia de la agravante en comento: a) Que el sujeto haya sido condenado anteriormente. Lo cual exige solamente que el sujeto activo hubiere sido condenado por sentencia firme y ejecutoriada a la fecha de comisión del nuevo hecho que se juzga; b) Basta con la condena por un solo delito de igual especie, siendo irrelevante que haya sido de mayor o menor gravedad que aquel por el cual se persigue nuevamente al sujeto, y c) Que el sujeto haya sido condenado por delito de la misma especie.

En consecuencia, podemos concluir que en mayor medida se ha aplicado por nuestros tribunales la modificación introducida por la Ley 20.253, llamada "Agenda Corta Antidelincuencia", llevada a cabo en la circunstancia agravante de responsabilidad penal, de reincidencia específica, al sólo requerir que exista sentencia ejecutoriada para su procedencia.

3.3. JURISPRUDENCIA DE LA ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.

Como ya se adelantó, la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en materia de reincidencia ha sido más uniforme que los Tribunales Orales en lo Penal de Santiago, optando en general por la aplicación de la modificación del texto legal. No obstante ello, también encontramos fallos que desestiman la concurrencia de la agravante. Cabe hacer presente que el conocimiento de esta agravante lo realiza la ltma. Corte por medio del recurso de nulidad por la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, es decir, por la errónea aplicación de derecho que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Al ser un recurso de derecho su conocimiento queda restringido sólo al punto de derecho alegado en la causal invocada, por lo que se encuentra limitado su conocimiento.

3.3.1. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES QUE RECHAZA LA APLICACIÓN DE LA LEY 20.253.

Se ha podido observar que los fallos que desestiman la aplicación de la modificación de esta agravante, son menos de los que sí la acogen. Se invocan lo mismos fundamentos de inconstitucionalidad y de aplicación de la ley vigente al momento de la ocurrencia del hecho que motiva la reincidencia.

Se pueden invocar en este sentido la S.C.A. Rol 1.137 -2009 que rechaza la agravante, no obstante hacer todo un prolegómeno de la historia de la modificación de la Ley Nº 20.253, y de que se quería endurecer las penas, señalando que a la vez se hizo para uniformar a la doctrina y la jurisprudencia, pero finalmente, resuelve de manera contraria a como se venía razonando, resultando a primera vista, contradictoria su resolución. La sentencia hace alusión al artículo 19 Nº3 inciso 7º de la Constitución Política, que establece la irretroactividad, principio que reitera el inciso primero del artículo 18 del Código Penal, que ninguna sentencia condenatoria podrá fundarse en una ley que se dicte con posterioridad si ella perjudica al afectado, cuyo es el caso, por lo que anula el fallo. Arguye al origen y a la finalidad de la enmienda que sufrió el artículo 12 Nº 16 del Código Penal por la Ley Nº 20.253. Agrega que un estudio sobre la historia fidedigna del establecimiento de la citada legislación, invocando al profesor Guillermo Piedrabuena Richards, en su libro titulado Ley 20.253, Agenda Corta Antidelincuencia, quien refiere que las modificaciones a los artículos 12 Nos 15 y 16 y 92 del Código Penal, no venían incluidas en el proyecto del Ejecutivo no obstante las

sugerencias que en tal sentido había formulado el Ministerio Público, agregando que tanto la doctrina como la jurisprudencia exigían sistemáticamente que para aplicar esa agravante la pena anterior impuesta al delincuente haya sido efectivamente cumplida por éste en un recinto penitenciario, de modo que el órgano legislativo solo precisó el sentido uniforme con que dicha norma se venía aplicando, y lo hizo, como se dejó constancia, para evitar discusiones jurisprudenciales y doctrinarias futuras. (Ob. cit, págs. 23, 24 y 25). Refiere que si el legislador de la Ley N° 20.253, denominada Agenda Corta Antidelincuencia, interviene, con el claro propósito de enfrentar con mayor rigor el fenómeno de la delincuencia modifica, entre otras regulaciones la contenida en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, lo hace porque entendía que mientras rigió la disposición primitiva no cabía imponer la agravante de la reincidencia específica si no concurría la condición de haberse cumplido efectivamente por el sentenciado con la condena anterior impuesta por delito de la misma especie, que en este sentido se unificó la doctrina y se había uniformado la jurisprudencia; en ese alcance, refiere que si se modificó la preceptiva legal para enfrentar con mayor rigor el flagelo de la delincuencia agravando la persecución penal, el Tribunal Oral se apartó de ese entendimiento, dando lugar a la agravante, por lo que hizo una errónea aplicación de derecho, por cuanto la aplicación e interpretación de la disposición legal citada no era a juicio de esos sentenciadores - la que estaba autorizada- tanto más si la interpretación del orden penal no solo debe hacerse restrictivamente sino, además, en favor del afectado.

3.3.2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES QUE APLICA LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 20.253.

Se pueden invocar ciertos fallos que acogen la aplicación de la agravante en comento, especial relevancia presenta el fallo S.C.A. Rol 2889-2009, que pronunciándose sobre el fondo de la cuestión debatida, y que, haciéndose cargo de los fundamentos dados en torno a la no aplicación de la ley vigente y los principios invocados, expresa que no se trata de un problema de interpretación de una norma legal determinada, sino que de dirimir cuál es el texto vigente y aplicable al asunto que fuera sometido a su conocimiento. Refiere que los sentenciadores incurren en un error, pues confunden el acto de configuración de la agravante y, a través de ello, la fecha de

perpetración del delito que la motiva, con la época de comisión del hecho que es objeto del actual juzgamiento, confusión que les conduce a dicho error.

Agrega, en su considerando quinto, “que bajo la apariencia de sujetarse al principio in dubio pro reo, excluyen del enjuiciamiento una norma legal determinada y pertinente al caso, bajo la sola consideración de estimarla gravosa para el imputado”. Que ese proceder, “importa asignar ultraactividad a una norma legal derogada o reformada, lo que sólo está legitimado para cuestiones atinentes a la tipicidad y, eventualmente, en materia de circunstancias modificatorias”, siempre que ellas conciernan al juzgamiento de hechos (delitos) perpetrados bajo la vigencia de la ley derogada o reformada. Así fluye de lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y de lo establecido en el artículo 18 del Código Penal, siendo entonces erróneo atender a la época de perpetración del hecho que motiva la agravante como determinante para apreciar su concurrencia. Este fallo de un tribunal superior, se ha estimado uno de los más críticos en torno al tema en cuestión, y el que más ha cuestionado la postura de los jueces que no aplican la modificación introducida por la Ley 20.253.

Otra sala de la Corte de Apelaciones de Santiago en S.C. A. en el Rol 541-2010, coincide con la argumentación recién referida, no obstante, ambos hechos ocurrieron después de la vigencia de la Ley 20.253, sin embargo, refiere igualmente cuál ha sido el espíritu del legislador, además, de su intención de eliminar, la antigua discusión de entender cuando una condena se encontraba cumplida. Refiere que concurre la agravante, puesto que el acusado ha infringido reiteradamente infracciones cometidas con posterioridad a la modificación introducida por la Ley 20.253, modificación que tuvo la intención de subir la penalidad a quienes cometen los mismos delitos más de una vez y son condenados por ellos, “eliminando la antigua exigencia que debía haberse cumplido la pena de manera efectiva”, para ser calificado de reincidente, lo que en concepto de ese Tribunal, “no dejaba de ser más bien un tecnicismo jurídico, que una real inexistencia de la condición y calidad de reincidente”.

A su turno en S.C.A. Rol 2350-2010, la fundamentación para hacer concurrente la agravante, la hacen estribar los sentenciadores de segundo grado, en que si bien la condena es anterior y se refiere a un delito anterior a la promulgación de la Ley N° 20.253, ello no significa que la sentencia haya vulnerado el principio de irretroactividad

de la ley penal, consagrado tanto en el texto constitucional como en el legal, porque lo cierto es que el delito por el cual se juzga es posterior a las leyes que le conciernen incluida la ley en cuestión. Agrega que resolver de esa manera, no vulnera la necesidad del conocimiento previo de la prohibición, lo cual determina el fundamento suficiente para desechar el recurso.

El fallo S.C.A. Rol 1137-2009, los sentenciadores de segunda instancia sostienen que resulta improcedente dar aplicación a una disposición legal que se hallaba ya derogada a la fecha de perpetrarse el delito objeto de la sentencia impugnada, a la luz precisamente de lo dispuesto en el artículo 18 del Estatuto Penal, como también, que se dé aplicación obligatoria a una de las posiciones doctrinarias recogidas a esa época por una parte de la jurisprudencia de los tribunales, lo cual claramente evidencia la falta de consistencia de la argumentación del recurrente.

En la S.C.A. Rol 2388-2010, se utiliza, por los sentenciadores del Tribunal Superior, que no se divisa vulneración de las normas que rigen la extensión de la pena, ya que no se advierte la infracción de ley alegada, por cuanto lo que se ha hecho, es precisamente, aplicar la ley (N° 20.253) vigente a la fecha de la ocurrencia de los hechos que fueron materia de la sentencia recurrida, la que, ciertamente, rebaja la exigencia para configurar la reincidencia específica al sustituir el vocablo castigado por condenado no exigiéndose el cumplimiento efectivo de la pena, como acontecía antes de la modificación legal indicada. En el hecho estima esta jurisprudencia, que la legislación aplicable en la especie, es la reformada con la ley de Agenda Corta, sin que resulte que por ello se vulneren normas sobre irretroactividad de la ley ni extensión de la pena.

En la S.C.A. Rol 1162-2006, llama la atención que el Tribunal de instancia declara de oficio la prescripción de la pena, por lo que resolviendo el Tribunal superior, anula lo resuelto por un Tribunal Oral, al haber, de oficio, declarado la prescripción de la pena anterior del sentenciado, como así también la agravante de reincidencia específica, al hacer analogía el Tribunal Oral de ambas situaciones y concluir que la única anotación que registra el sentenciado debe desaparecer para el efecto de acreditarse su irreprochable conducta anterior. Agrega la Sala de la ILtma. Corte que para resolver de este modo el tribunal de instancia, señala argumentos de equidad, que en su concepto corresponderían, y arguye que si la prescripción de la pena

anterior hubiera sido decretada, ello lo sería por un trámite administrativo, según el cual la anotación habría quedado sin efecto para todos los efectos legales. La Corte, en cambio, en la sentencia aludida señala que aparece que el acusado tiene el carácter de condenado por sentencia firme, respecto de la cual no se ha declarado la prescripción de la pena o penas impuestas, siendo improcedente que el tribunal prescindiera de este hecho discutiendo sobre una presunta prescripción, porque tal razonamiento no puede alterar el hecho indelible de que la condena sigue manteniéndose intacta y, por cuanto, aunque la pena hubiera sido declarada prescrita, ello no conlleva el restablecimiento de una conducta anterior exenta de reproche, comoquiera que tal circunstancia lo mismo que el indulto o el cumplimiento de la condena no privan del carácter de condenado al beneficiado o exento de responsabilidad, y menos, entonces, le otorga la calidad de irreprochable (art.93 del Código Penal). En consecuencia, la ltima. Corte es de la opinión que incluso si se hubiera declarado la prescripción, la misma extingue la responsabilidad penal, pero no borra su establecimiento para los efectos de la reincidencia, por lo que estima que la misma concurre en contra del acusado.

En la S.C.A. Rol 1311-2010 la Corte, desestima los recursos fundados en errónea aplicación del artículo 12 N° 16 y del artículo 18 del Código Penal, al haberse considerado al acusado como reincidente, por haber sido condenado anteriormente por delito de la misma especie, siendo errónea la argumentación de que a la fecha de la anterior sentencia, para que existiera reincidencia era necesario el cumplimiento efectivo de la pena, pues contraviene la parte final del último artículo mencionado.

En la S.C.A. Rol 1914-2007, resulta interesante este fallo, pues resuelve que incluso si no se cuenta con la fecha del primer hecho, con el recurso deducido, solo se puede invalidar la sentencia, siempre y cuando se hubiera hecho una errónea aplicación de derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, lo que en la especie no acontece, ya que cuando se determina la pena a aplicar, se hace en abstracto, recorriendo la pena en toda su extensión, y la pena a que fue condenado el acusado está dentro de sus límites, por lo cual desestima el recurso. Indica al efecto que los sentenciadores del Tribunal colegiado concluyen respecto del recurso de nulidad fundado en una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, cuando decide acoger la agravante del artículo 12 N° 16 del

Código Penal, de ser reincidente en delito de la misma especie, sin haberse acompañado a la audiencia respectiva, antecedente alguno que acredite la fecha en que el acusado habría cometido el primer delito, siendo con ello, posible en consecuencia que éste estuviere prescrito conforme lo dispone el artículo 104 del Código Penal. Indica que los razonamientos del TOP, sobre el punto constituyen a juicio de esa Corte el resultado de una ponderación lógica de los antecedentes acompañados a la audiencia y a la hora de deliberar, fueron determinantes para adquirir la convicción que debía acogerse, como también para rechazar los argumentos esgrimidos por la defensa en el mismo sentido. Pero además los sentenciadores de la Corte de Apelaciones de Santiago se ponen en el supuesto de que efectivamente se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho, al ignorarse la fecha precisa en que se habría cometido el delito que motivó la agravante, y con ello, se pudiera incurrir en una presunta vulneración de una errónea aplicación de derecho, en este caso, de los artículos 12 N° 16 y 104 del Código Penal, e indican al efecto que solamente es posible invalidar la sentencia y dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, una sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, cuando hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y estiman que en el caso, ello no ocurre, ya que el acusado ha sido condenado como autor de un delito consumado de robo por sorpresa, sin modificatorias de responsabilidad penal alguna, por lo que el tribunal podrá recorrer en toda su extensión la pena asignada al delito, facultad que no es posible cuestionar por la vía del recurso de nulidad. Cabe hacer presente que el criterio sostenido por esta Sala de la Itma. Corte, es similar al mantenido por el Tribunal Constitucional de España en Sent. 150/99, de fecha 4 de julio, en que resolvió que la pena agravada por la reincidencia estaría dentro de los límites de la pena genérica señalada al delito, por lo que la pena era proporcionada al hecho típico considerada en abstracto y por lo tanto no era inconstitucional.

En la S.C.A. Rol 2520-2010, si bien en el fondo no se refiere al caso de un reincidente menor de edad, si se pronuncia respecto a si resulta procedente esta agravante de responsabilidad en los menores de edad, concluyendo que se le aplica la agravante en comento. Señala que respecto a la errónea aplicación del derecho que sustenta el recurrente en haberse acogido la agravante de reincidencia, debe advertirse que el delito por el que se ha condenado y es objeto del presente recurso, lo

cometió el enjuiciado siendo adulto, por lo tanto, fuera del ámbito de la ley 20.084, de ahí que no pueda aplicarse, como lo solicita la defensa, el estatuto jurídico especial de la Responsabilidad Penal Adolescente, que por lo demás, opina que no contiene norma alguna que limite la concurrencia de la agravante “más allá de lo que fija la propia ley”. Por lo que establecen que los sentenciadores hicieron una correcta aplicación del derecho que se denuncia como conculcado, motivo por el cual desestima el recurso de nulidad intentado.

3.4. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA.

Nuestro Tribunal Superior, entra a conocer del asunto por medio del recurso de nulidad, causal letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, es decir, cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos y garantías asegurados por la Constitución o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. En consecuencia, el conocimiento de dicho asunto queda aún más restringido que en la ltma. Corte de Apelaciones.

Podríamos señalar que, en general, nuestra Excma. Corte es de la opinión de aplicar la modificación introducida por la Ley 20.253, reflejo de esa posición es la S.C.S. Rol 6618-2006, en que entra en el fundamento mismo de la reincidencia, dando razones de fondo en la que pronunciándose sobre la procedencia de la agravante en análisis, indica que esta surge como contrapartida a la atenuante de irreprochable conducta anterior. Refiere que su fundamento es la peligrosidad que se manifiesta en el sujeto, que no obstante haber satisfecho una condena, vuelve a cometer otro delito, demostrando que la pena impuesta no ha sido suficiente para impedir que cometa nuevos ilícitos, por ello, la sanción penal del actual delito se ve agravada para evitar la habitualidad y profesionalidad que imperan en el campo delictual.

Argumenta que desde antiguo se discute la conveniencia o inconveniencia de mantener la agravación de la pena por causa de la reincidencia, en Francia, Italia, Alemania entre otros países, los estudiosos del Derecho penal han hecho ingentes esfuerzos por mantener sus propias convicciones sobre el problema de la reincidencia, que no ha detenido la comisión de nuevos ilícitos, sin embargo, en nuestro Derecho, su existencia se sustenta en la ley, no hay motivo para dejar de aplicarla, la constitucionalidad de la norma, artículo 12 N° 16 del Código del ramo, ha sido

ratificada.

El fallo que se revisa de la Excma. Corte Suprema señala que en definitiva la existencia y aplicación de la agravante, no quebranta garantías constitucionales, no vulnera los principios de legalidad, non bis in idem, culpabilidad, igualdad ante la ley ni proporcionalidad de las penas, ni aumenta la gravedad del injusto, la reincidencia significa, un aumento de la sanción corporal, del nuevo delito, no se vuelve a sancionar el delito anterior, solo es aplicable a quienes han cometido un delito anteriormente y siempre que se cumplan sus requisitos de procedencia. Finalmente, y en relación a la infracción del numeral 7º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo tenor literal es el siguiente: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país", basta tener presente su redacción para entender claramente que se refiere a un nuevo juzgamiento y sanción por un delito por el cual el sujeto activo, ya había sido condenado o absuelto. Aquí se trata de un juzgamiento, por un nuevo delito, en que para la determinación de la pena se considerará el delito anterior como lo que es, una circunstancia modificatoria de la responsabilidad, que significará una agravación del castigo corporal y no otra pena agregada a la que sanciona el nuevo delito. En definitiva, la Excma. Corte Suprema, para la determinación de la ley a aplicar al caso concreto, es de la opinión de que se debe aplicar la ley vigente al caso que se está juzgando, y que ello no significa violación a alguna garantía constitucional ni Tratado Internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente.

4. CONCLUSIONES.

Luego de examinado y analizado el material u objeto material del presente estudio AFET y seleccionadas y agrupadas las sentencias dictadas en la jurisdicción de Santiago y teniendo presente que la modificación llevada a cabo por la “Ley de Agenda Corta Antidelincuencia” N° 20.253, publicada el 14 de marzo de 2008, en lo que dice relación a la reincidencia específica, vino a cambiar el texto de “ ser reincidente en delito de la misma especie” por “ haber sido condenado en delito de la misma especie”, con ello entonces vino a transformar, en definitiva, la reincidencia propia específica, en reincidencia impropia específica, pues liberó a la misma, para su concurrencia del cumplimiento de la condena, haciendo sólo exigible para la procedencia de la agravante en comento que existiera una sentencia ejecutoriada, todo esto influenciado por el espíritu del legislador de endurecer las penas, siendo uno de los caminos, hacer que se aplicara la agravante de reincidencia, en lo puntual, la reincidencia específica, facilitando de esta manera su aplicación, imponiendo menos requisitos, y haciéndola, en definitiva, menos rigurosa. Con lo cual se evita entrar en la antigua discusión jurisprudencial como doctrinal de determinar cuándo una pena se encontraba cumplida, pues si bien no había discusión, por emplear el término “reincidente”, en que el sujeto debía haber cumplido una condena, al ser concordante dicha norma con lo dispuesto en el artículo 92 del Código Penal, que refería que debía haber cumplido la condena, y además, con el termino “sancionado” que empleaba la reincidencia genérica, pues la ley no define reincidencia, siendo dicha norma (art. 92) explicativa de aquella. En cambio, sí había discusión, en cuanto a si se consideraba cumplida la misma con o sin beneficio, pues una posición de la doctrina y jurisprudencia consideraba que para la procedencia de la agravante del artículo 12 N°16 del Código Penal, se debía haber cumplido efectivamente la pena impuesta, por lo que, a contrario sensu, si se le había otorgado un beneficio, no se podría considerar la pena cumplida, atendido el tenor del artículo 1° de la Ley 18.216 que señala que “las penas privativas o restrictivas de libertad podrán suspenderse por el tribunal que las imponga, al conceder algunos de los beneficios alternativos siguientes: a) Remisión condicional de la pena; b) Reclusión nocturna, y c) Liberad Vigilada”. De manera tal, que si a una persona se le había concedido un beneficio, se entendía, por una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, que estaba suspendida, la imposición de la pena corporal y por lo tanto, la pena no

estaba cumplida, en consecuencia, no podría ser considerado reincidente el sujeto activo del delito.

En cambio, por otra parte de la doctrina, en la que se puede mencionar a Mario Garrido Montt, se sostiene que si la persona había dado cumplimiento a la pena, ya sea en forma efectiva o con beneficio, y había satisfecho las obligaciones que le imponía el beneficio, en términos de tener por cumplida la pena, debía también tener el efecto de “cumplida” para los efectos de la agravante de reincidencia específica, esto por el tenor del artículo 28 de la Ley 18.216, que dispone que transcurrido el tiempo de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas que establece la ley, sin que ella haya sido revocada, se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta. Discusión, que se pensó a nivel legislativo, con la dictación de la Ley de Agenda Corta iba a ser superada con la modificación antes referida y que se llevó a cabo no sólo, sino que también con respecto de la circunstancia de reincidencia genérica, en que se cambió el término “castigado” por “condenado”, como así también el artículo 92 del Código del ramo en que se sustituyó su encabezado “después de haber cumplido una condena” por “después de haber impuesto una condena”, para estar en concordancia, con el espíritu del legislador y normas pertinentes, pues dicha norma era interpretada en concordancia y en forma sistemática con la reincidencia específica, al requerir que al ser reincidente en delito de la misma especie, se debía haber cumplido la condena, según lo disponía el artículo 92 del código punitivo.

Podemos señalar que en este cambio introducido por la Ley 20.253, resulta jurídicamente difícil ver el fundamento dogmático de la reincidencia propiamente tal, como se había considerado clásicamente, en cuanto a que se castigaba más duramente a una persona, en atención a que la pena anterior no había sido suficiente, manteniendo esta contumacia en su conducta, y por lo mismo era merecedor de una mayor sanción, puesto que con esa modificación, en que no se necesita haber cumplido una condena, precisamente desapareció el fundamento esgrimido anteriormente, ya que en el hecho no hay pena cumplida, en consecuencia, no podemos sostener que la pena no fue suficiente, para decretar esta agravante de reincidencia, sino que más bien, debemos encontrar dicho fundamento o mayor plus para sancionar, en el efecto admonitorio de la condena, que no inhibió a un sujeto de cometer delitos de la misma especie y por último, en la misma ley, en la intención que

tuvo el legislador para este cambio legislativo, cual fue el de endurecer las penas, en consecuencia, podemos concluir que el fundamento inmediato está en el efecto admonitorio de la anterior condena y el mediato, en la ley, por ser una ley vigente, que tiene como fundamento esencialmente consideraciones de política criminal, lo que no le quita mérito a la misma, resultando también válido, pues el Derecho y el Derecho penal como una parte del Derecho, no son más que un instrumento puesto al servicio de los intereses de la sociedad⁴⁷, y los problemas político criminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito⁴⁸ e incluso la función político criminal de la antijuridicidad considera que es la solución social de conflictos⁴⁹, en consecuencia, la finalidad político criminal tiene y debe tener una vinculación con el sistema del derecho penal.

Por otro lado, es razonable pensar que el cambio que tuvo esta modificación en lo que dice relación a la circunstancia agravante de reincidencia específica, no dice relación con la existencia o no de la circunstancia agravante, es decir no es un cambio de fondo, pues la misma se encontraba vigente como lo sigue estando el día de hoy, sino que más bien tiene que ver con determinar cuándo ella es procedente, es decir, es un cambio en la forma. Por lo mismo, más que un asunto de interpretar la ley, en cuanto a las voces “reincidente” o “condenado”, resulta central para la instancia jurisdiccional determinar bajo el imperio de qué ley se ha de juzgar el caso sometido a su decisión, de manera tal, que el cambio de la legislación, a primera vista, no resulta sustancial, pues la misma, ya sea, con su antiguo tenor como con el actual, estaba vigente, entonces podremos concluir que el cambio que ha experimentado la modificación respecto de la agravante de reincidencia específica, lo es sólo en cuanto a los requisitos para su procedencia, y en el hecho, el efecto propio, es hacer menos rigurosa la exigencia para su concurrencia, atendido su nuevo tenor “condenado”, requisito menos exigente para hacerla procedente, pues la misma se puede imponer

⁴⁷ ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del derecho Penal. Barcelona, España, Editorial Bosch, Casa. 10 p.

⁴⁸ ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del derecho Penal. Barcelona, España, Editorial Bosch, Casa. 6 p.

⁴⁹ ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del derecho Penal. Barcelona, España, Editorial Bosch, Casa. 8p.

con sólo la existencia de una sentencia ejecutoriada, sin exigir, como lo hacía el antiguo texto, al utilizar el término “ser reincidente en delito de la misma especie”, que se hubiese cumplido una pena. Todo esto en el espíritu del legislador de la Ley de Agenda Corta 20.253, de propugnar que la agravante de reincidencia tanto genérica como específica, recibieran mayor aplicación práctica, produciéndose de este modo, el efecto propio de endurecer las penas.

No obstante concluir que el cambio que a primera vista sufrió esta modificación, no fue sustancial, sino que más bien procesal, y que por tanto, cabe considerar que dicha norma tiene un carácter procesal, y que por lo mismo, debe regir in actum, no es menos cierto también, atendida las normas que regulan la pena, dicha modificación podría tener un efecto sustantivo en la determinación de la pena a imponer, pues de acuerdo al artículo 68 inciso 2° del Código Penal, si la pena señalada por la ley al delito, consta de dos o más grados, existiendo una circunstancia agravante, la ley obliga a no imponer el mínimo, elevando en muchos casos, el doble la pena a imponer. Lo mismo sucedería, aunque con un efecto menor, cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible y sólo concurriera una circunstancia agravante, la ley ordena que deba aplicarla en su máximo, de acuerdo a lo señalado en el artículo 67 inciso 2° del código del ramo. Por lo que evidentemente, aunque es una ley de procedimiento, la misma tiene un efecto trascendente en la pena, que es precisamente el efecto que quiso lograr el legislador de la Ley 20.253, de elevarla. Al mismo tiempo, se pueden señalar otros efectos con su imposición, que dice relación con la forma de cumplimiento de la misma, pues no se le pueden aplicar los beneficios de la Ley 18.216⁵⁰ y la libertad vigilada⁵¹, por lo que evidentemente, resulta gravosa en varios aspectos.

Por lo mismo, atendida la modificación llevada a cabo por esta ley en lo que dice relación a la circunstancia de reincidencia específica, se produjo una cierta disparidad de criterios en la aplicación por los tribunales de la instancia, pero esta

⁵⁰ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho penal, parte General, Tomo I, 2ª ed. Santiago- Chile, Editorial jurídica de Chile, 1997.205 p.

⁵¹ POLITOFF, Sergio, MATUS A., Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, Lecciones De Derecho Penal, Parte General, 1ª ED. Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004,516 p.

disyuntiva sólo acontece en lo que hemos llamado el período “intermedio” o de “transición”, que es el período crítico y por lo mismo materia de nuestro estudio, que se produce si el hecho que motiva la reincidencia es de fecha anterior a la dictación de la ley, o sea, si es anterior al 14 de marzo de 2008.

La controversia que se suscitó en Tribunales, incidió en un problema de determinar la ley vigente a aplicar, esto es, decidir si era la antigua ley, cuyo tenor disponía: “ser reincidente en delito de la misma especie”; o si se debía aplicar la nueva legislación con la modificación que establece: “haber sido condenado en delito de la misma especie”.

Debido a las posiciones tan contrapuestas que adoptaron los tribunales de la instancia, es que se realiza este estudio abarcando la jurisprudencia de los Tribunales Orales en lo Penal dependientes de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, la jurisprudencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago propiamente tal y la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema. Para tal estudio se decidió recopilar la jurisprudencia, desde la fecha de publicación de la Ley 20.253, es decir, 14 de marzo de 2008, hasta febrero de 2011, esta última data, tiene sólo como objeto establecer un período de cierre de tal investigación. Dentro de dicho período, se han examinado más de 1.000 sentencias que mencionan y hacen referencia a la circunstancia agravante de reincidencia específica, pero en el hecho, muchos de esos fallos, no fueron de nuestro interés, por cuando el período de tiempo al que hacen referencia, no es el objeto de nuestro estudio. Este período de análisis, lo hemos llamado “intermedio” o “transitorio”, y se encuentra circunscrito a que el hecho que fundamentaba la reincidencia sea anterior a la vigencia de la modificación de la Ley 20.253. En otros casos, se desestimaron los fallos pues decían relación a otro elemento debatido de la reincidencia específica, como es el caso de que sean delitos de la misma especie, punto jurídico que aún es ampliamente discutido en la doctrina y jurisprudencia, o por último, decían relación con casos en que el hecho que motivaba la reincidencia específica, era de un período posterior a la modificación llevada a cabo por la ley referida, de este modo, tales casos no fueron considerados para el análisis respectivo, por no ser parte del campo de nuestro estudio, ya que en este último caso, resulta pacífico, cuál ley es la que se debe aplicar, pues tanto el hecho que motiva la reincidencia como el hecho que se juzga sucedieron al amparo de la presente ley,

siendo claro el tenor de la misma, al señalar que se requiere “haber sido condenado en delito de la misma especie”, bastando para ello de una sentencia ejecutoriada en contra del acusado para que la misma proceda.

En consecuencia, determinado el campo de estudio, nos encontramos con diversos fallos de los tribunales, en que se presentaron dos posiciones dominantes, una tendencia que no aplicaba la modificación y otra posición que sí lo hacía. Debe consignarse que estas posiciones, realizaron una gran fundamentación en torno al punto de controversia, es decir, la determinación acerca de cuál era la ley vigente al caso concreto, producido en este período “transitorio” o “intermedio”. La fundamentación y las razones dadas por ambas posiciones por los sentenciadores, resulta de interés colacionarlas.

En la primera posición, los sentenciadores no consideraron vigente el texto actual de la modificación llevada a cabo por la Ley 20.253, en que sólo se requiere que el acusado haya sido condenado en delito de la misma especie, bastando un sentencia ejecutoriada en su contra, sino que estimaron vigente el antiguo tenor de dicha normativa, de requerir para su procedencia el cumplimiento de la condena, haciendo presente que dentro de esta posición, que hizo vigente su antiguo tenor, existe una posición más extrema, que sostiene que aun constando que la pena esté cumplida, igualmente no concedían la agravante, por haberse dado cumplimiento a tal pena a través de algún beneficio alternativo de la misma, por lo que la misma se estimaba suspendida y no podía ser considerada para los efectos de la reincidencia, opinión que también sustentaba un sector de la doctrina y jurisprudencia antes de la modificación de la Ley 20.253 y que incluso algunos mantienen hasta el día de hoy.

Resulta interesante ver las razones jurídicas de fondo, que dieron los jueces de esta posición para no aplicar la ley actual, sino que su antiguo tenor, requiriendo para la procedencia de la agravante de reincidencia específica que se haya cumplido la pena, exigiendo algunos el cumplimiento efectivo, bastando para otros que se haya dado cumplimiento a los requisitos y condiciones del beneficio alternativo para estimar cumplida la pena. El fundamento básico para aplicar el antiguo tenor del artículo 12 N°16 del Código Penal, según ellos, es que al momento de la ocurrencia de los hechos que fundamentan la agravante, no se encontraba vigente la Ley 20.253, razón por la que aplicar la modificación llevada a cabo por la Ley 20.253, atentaría contra el

principio de la irretroactividad de la ley penal, principio que está consagrado a nivel constitucional en su artículo 19 N°3 inciso 7°, el cual se ve reproducido en el artículo 18 inciso 1° del código del ramo. Explican que si el hecho que motiva la agravante de reincidencia específica, ocurrió en una fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley 20.253, no puede serle aplicada la agravante, en términos de sólo requerir una sentencia ejecutoriada en su contra, sino que la pena cumplida. Aluden que si no se considerara de este modo, se vulneraría la seguridad jurídica, base de las libertades individuales, pues un sujeto sería sancionado por una ley que no pudo tener en cuenta al momento de su realización, en consecuencia, no cabe aplicar su nuevo tenor, sino que el antiguo. Esto además lo fundamentan aludiendo a que deben hacer una interpretación sistemática de la leyes penales, por aplicación del principio in dubio pro reo, por lo que siendo la situación jurídica previa a la vigencia de la Ley 20.253 más favorable debe dársele dicho alcance, no pudiendo ser considerada la agravante en comento.

A mayor abundamiento, para rechazar la aplicación de la modificación de la agravante, se da un argumento que dice relación con la existencia misma de dicha circunstancia agravante de reincidencia específica, lo que ha sido materia de una amplia y antigua discusión tanto a nivel nacional como internacional, tanto como a nivel dogmático como jurisprudencial que dice relación con la existencia misma de esta agravante, señalando que si se considerara la agravante en comento, implicaría establecer una pena adicional por un comportamiento pretérito ya sancionado, que pugna contra el derecho penal de actos. Pero claramente este punto, se estima está más allá de la modificación llevada a cabo por la Ley 20.253, pues dicha argumentación podría tener relación con una posible discusión en relación a una modificación a nivel legal o derechamente a la derogación de dicha circunstancia agravante de reincidencia, no sólo de la específica, sino que también de la genérica, lo que queda fuera del estudio de este trabajo.

Por otro lado, se estima que esta posición que considera que la ley vigente a aplicar es el antiguo tenor de la reincidencia específica, lo hace más bien, por tratar de buscar una justicia material al caso concreto, dándole a cada uno lo suyo, sentido esencial de la justicia, que los jueces hacen prevalecer, de este modo, se ha buscado, en base a los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica y pro reo, tratar de

imponer una pena proporcionada al caso concreto, para evitar de esta manera - haciendo vigente su antiguo tenor- que la pena, suba en muchos casos al doble de la que tendría sino se le aplicara la agravante. No obstante, tan noble aspiración, acontece que los jueces para fundamentar su posición, han incurrido reiteradamente en errores en cuanto a su invocación y texto, pues en varias sentencias se señala que el texto de la reincidencia específica cambió de “sancionado” por “condenado”, y con ello yerran en este punto, pues dicho cambio dice relación con la circunstancia agravante de reincidencia genérica, y no con la específica, que sufrió una modificación en esos términos, mas no el de la reincidencia específica, cuyo tenor anterior era “ser reincidente en delito de la misma especie”, entendiéndose, igualmente, por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, que para ser reincidente el acusado debía haber cumplido la condena, en consecuencia, se advierte una suerte de inexactitud en lo que dice relación a su invocación y sobre todo al referirla y colocarla entre comillas como señalando que eso es lo que dice en forma expresa la norma legal, no siendo aquello efectivo.

En cuanto a las sentencias de los tribunales de la instancia que aplican la modificación establecida por la Ley 20.253, esto es aquellos que estiman concurrente la reincidencia específica a partir del texto actual del artículo 12 N°16 del Código Penal “haber sido condenado en delito de la misma especie”, ocurre que nos encontramos con sentenciadores que se posicionan en el hecho actualmente sometido a juzgamiento para determinar cuál es la ley que ha de aplicarse y no en el hecho anterior que motiva tal reincidencia, esto es, la comisión del delito anterior. Así estiman que como el hecho que están juzgando es posterior a la modificación introducida por la Ley 20.253, se debe aplicar su nuevo tenor, sin importar que el hecho que sirve de base a la reincidencia haya acontecido con fecha anterior a ella, estiman que lo que circunscribe a la norma es el hecho que están juzgando y no el pasado que ya fue juzgado. Estos jueces argumentan que no se vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal, consagrado a nivel constitucional como legal, sino que por el contrario, se cumple con el mismo, pues de esta manera se tiene la seguridad que la persona que cometió este hecho tenía conocimiento qué ley se le iba a aplicar, pues cuando cometió el hecho que se está juzgando ya estaba vigente el actual tenor del artículo 12 N°16 del Código Penal, con lo cual tampoco, se vulnera la seguridad jurídica, al estimar

que al sujeto activo no se le ha sorprendido aplicándole esta modificación, sino que simplemente, se le ha dado certeza a la ley vigente. Señalan por lo demás que ese fue el espíritu de la ley, que se aplicara la agravante, facilitando de esta manera su concurrencia, ya que se hizo menos exigente, aunque sí más gravosa su aplicación, que fue lo que motivo al legislador, endurecer las penas.

El objetivo de esta AFET fue determinar el rendimiento que tuvo la Ley 20.253, en lo que dice relación con la modificación llevada a cabo en la circunstancia agravante de reincidencia específica, contemplado en el artículo 12 N°16 del Código Penal, no desde el punto de vista estadístico, sino haciendo un análisis crítico de la labor jurisprudencial en torno a las diversas posiciones adoptadas por los jueces a virtud del cambio legislativo que se viene indicando, en dicho sentido se ha considerado la jurisprudencia que representa dichas posiciones y que dicen relación con el período “transitorio” que es el que genera la discusión; respecto al punto, en síntesis, es posible sostener que la aplicación de la modificación introducida por la ley 20.253, no resultó pacífica, en el período, llamado para estos efectos, “intermedio” o “transitorio”, materia de este estudio, que es aquel en que el hecho que motiva la reincidencia había ocurrido antes de la publicación de esta ley (14 de marzo de 2008), período en que fue cuestionada y controvertida la vigencia que tendría la modificación introducida por la Ley 20.253, para lo cual debemos concluir que dicha modificación, tuvo un efecto diverso en la jurisprudencia, en mayor medida, en la jurisprudencia de instancia, en que se presentaron dos posiciones antagónicas, la primera representada por un grupo de jueces que se resistió y aún se resiste a su aplicación, por las razones ya mencionadas, contrapuesta con otra, que no tuvo problema en aplicar la modificación introducida por la Ley 20.253 , atendido el claro tenor de la modificación en estudio y el espíritu del legislador, estimando que sólo cabe aplicar, la ley vigente la momento del juzgamiento del hecho.

En consecuencia, podemos sostener que en un primer momento, hubo dos posiciones mayoritarias, una a favor de aplicar y otra en contra de aplicar la modificación que experimentó la reincidencia específica. Se estima que dicha controversia ha ido disminuyendo atendido los fallos de los tribunales superiores que en general están por aplicar la ley vigente al momento del juzgamiento del hecho y no del que motiva la reincidencia, no obstante ello, aún se sigue manteniendo, aunque va

en deceso, la posición que optaba por su no aplicación. Sin perjuicio de ello, se estima que dicha situación irá en deceso, pues los hechos que motivan la reincidencia irán cayendo dentro del período en que ya había entrado en vigencia la Ley 20.253, por lo que ambos hechos estarían dentro de la vigencia de la actual norma, en consecuencia, no habrá motivo para no considerarla, pues en este caso resulta pacífico qué ley debe aplicarse.

Sin embargo, se estima que la aplicación controversial de esta agravante 12 N°16 del código punitivo, según se ha venido indicando, si bien irá disminuyendo, no desaparecerá del todo, pues puede darse el caso, que aunque si bien sea menos frecuente, que la persona haya sido condenada anteriormente, es decir, antes de la publicación de esta ley, por el mismo delito, y vuelva a cometer un nuevo delito de la misma especie, se volverá a plantear el problema de qué ley aplicar, de tal manera que dicha situación no desaparecerá totalmente. No obstante ello, se puede sí fijar un tiempo máximo en que debiera desaparecer dicha discusión, y no precisamente porque la misma no se mantenga, sino que más bien porque entra a operar otra institución legal, cual es el efecto propio, de la prescripción, pues la ley es enfática en señalar que no se deben considerar las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, lo que se desprende del claro tenor del artículo 104 del Código Penal, esto es, que no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes después de diez años, a contar de la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos, por lo que poniéndonos en los límites máximos de dicho plazo, siempre que ésta no se interrumpa, para aproximadamente marzo del año 2018, no habrá dudas de que la modificación introducida por la Ley 20.253, en lo que dice relación a la agravante de reincidencia específica, será plenamente aplicable literalmente, pues no habrá una doble lectura, al no existir interpretaciones posibles sobre las legislaciones vigentes, y sin que hayan transcurrido los plazos de prescripción de los crímenes, a menos que dicha norma sea materia de una nueva reforma legal, ya sea para que se cambien los presupuestos para su procedencia o se proceda derechamente a su derogación, caso en el cual se podría producir nuevamente un gran debate a nivel jurisprudencial sobre cuál es la ley vigente al caso concreto, surgiendo seguramente, posiciones diversas e interesantes que apliquen,

como que no apliquen la nueva norma legal, lo que obviamente podría ser materia de interés académico, como lo ha sido éste.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALVAREZ UNDURRAGA, Gabriel, Curso de Investigación Jurídica, 2ª Ed. Editorial Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005.
2. BASCUÑAN, Aníbal, Manual de Técnica de la Investigación Jurídica, 4ª Ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, 1971.
3. BOLETIN 4.321-07, Informe de la Comisión de Mixta: Senado- Cámara de Diputados, de fecha 02 de noviembre de 2.007.
4. BOLETÍN 4.321-07, Nuevo Segundo Informe De La Comisión De Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de fecha 12 de marzo de 2.007.
5. BULLEMORE G., Vivian. Curso de Derecho Penal, Tomo II, 2ª Ed., Lexis Nexis, Santiago-Chile, 2005.
6. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Lima Perú, 2005.
7. BUSTOS RAMIREZ, Juan, Obras Completas, Derecho Penal Parte General, 2ª Ed., Ediciones Jurídicas de Santiago, septiembre 2007.
8. COUSO Jaime, Hernández Héctor, Cillero Miguel y Mera Jorge, Código Penal Comentado, 1ª Ed. Santiago, Legal Publishing Chile, septiembre de 2011.
9. CURY URZUA, Enrique, Derecho Penal Parte General, Tomo II, 8ª Ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, septiembre 2005.
10. ELGUETA ROSAS, María Francisca, Palma González, Eric Eduardo, La Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, LOM Ediciones, 2008.
11. ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte General. Tomo I y II, 3ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
12. FUENSALIDA, Alejandro. Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno.
13. GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, 2ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago- Chile, 1997.
14. JESCHECK THOMAS WEIGEND, Hans-Henrich, Tratado de Derecho penal, Parte General, 5ª Ed., Comares, Granada 2002.
15. KÜNSEMULLER L., Carlos, La Circunstancia Agravante de Reincidencia. Gaceta Jurídica, Doctrina, Estudios, Notas y Comentario (212), año 1998.
16. KÜNSEMULLER L., Carlos, Politoff Sergio, Ortiz Luis, Bustos Juan, Caballero Felipe, Cillero Miguel, Cury Enrique, Guzmán José Luis, Matus Jean Pierre,

- Naquira Jaime, Rivacoba y Rivacoba Manuel y Van Weezel Alex, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile 2002.
17. LEY 20.253, publicada con fecha 14 de marzo de 2008.
 18. LUZON PEÑA, Diego, Derecho Penal Del Estado Social y Democrático de Derecho, 1º Ed. Madrid, España, Gráficas Muriel S.A., octubre 2010.
 19. MENSAJE N° 188-354 del Presidente de la República al Presidente de la Cámara de Senadores, 07 de Julio de 2006.
 20. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 7ª Ed. Montevideo, Buenos Aires, Euros Editores, 2005.
 21. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARON, Mercedes. Derecho Penal, Parte General, 8ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
 22. NOVOA MONREAL, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II y III, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Ed., Santiago, abril de 2005.
 23. PIEDRABUENA RICHARDS, Guillermo, Ley 20.253 Agenda Corta Antidelincuencia, Legis Chile, 2008.
 24. POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre, RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General – 2ª Edición – Editorial Jurídica de Chile, Santiago, enero 2006.
 25. PRIMER INFORME de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del H. Senado, Chile, Historia de la Ley 20.253.
 26. ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema de Derecho Penal, Bosch, Casa Editores, Barcelona.
 27. SEGUNDO INFORME de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del H. Senado, Chile, Historia de la Ley 20.253.
 28. SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, CÁMARA REVISORA A CÁMARA DE ORIGEN LEY 20.253.
 29. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, 2º Ed., Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2005.