

BESIO, Martín: “Ámbito y estructura general de aplicación del artículo 449 del Código Penal chileno”.

Polít. Crim. Vol. 18 N° 35 (Julio 2023), Art. 7, pp. 187-213
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2023/07/Vol18N35A7>]

Ámbito y estructura general de aplicación del artículo 449 del Código Penal chileno

Scope and general structure of application of article 449 of the Chilean Criminal Code

Martín Besio Hernández

Doctor en Derecho, Universitat de Barcelona

Profesor de Derecho penal de la Universidad Diego Portales

martin.besio@mail.udp.cl

<https://orcid.org/0009-0000-4076-0125>

Fecha de recepción: 14/12/2022.

Fecha de aceptación: 27/04/2023.

Resumen

El artículo examina la estructura general del sistema de individualización de la pena que prevé el artículo 449 del Código Penal chileno, incorporado por la Ley N° 20.931 de 2016, y sobre la base de la doctrina y de las tendencias judiciales existentes, analiza algunos de los principales problemas que ha presentado tanto a nivel conceptual como en su aplicación práctica, a saber, su vigencia respecto de las formas especiales de aparición de los delitos contra la propiedad que se encuentran formalmente adscritos a tal régimen, los presupuestos de operatividad que una línea judicial asigna a su regla 2ª y, en consecuencia, a los efectos sobre el marco penal de las circunstancias agravantes de reincidencia genérica y específica, además de someter a revisión la convergencia de sus reglas 1ª y 2ª entre sí y con respecto a otros factores de individualización de la pena que puedan presentarse.

Palabras clave: individualización de la pena, delitos contra la propiedad, reincidencia.

Abstract

The article examines the general structure of the regime provided for in art. 449 of the Criminal Code, incorporated by Law N° 20.931 of 2016, and based on existing legal doctrine and trends, analyzes some of the main problems that have arisen both at a conceptual level and in its practical application, namely, its validity with respect to the special forms of appearance of crimes against property that are formally attached to such a regime, the operating budgets that a jurisprudential line assigns to its 2nd rule and, consequently, to the effects of aggravating circumstances of generic and specific recidivism, and submits for review the convergence of its 1st and 2nd rules with each other and with respect to other factors of individualization of the penalty that may arise.

Keywords: Sentencing, crimes against property, recidivism.

Introducción

La Ley N° 20.931, de 2016, con el objetivo de —como su propia denominación lo expresa— facilitar la aplicación efectiva de las penas asignadas a los delitos de robo, hurto y receptación y mejorar su persecución penal, introdujo una serie de modificaciones a la legislación penal y procesal penal en materia de delitos contra la propiedad, entre las que destaca la creación de un nuevo y especial sistema de individualización de la pena circunscrito a buena parte de tales delitos, cuya pretensión central —modelada por las reformas introducidas, especialmente por el texto del art. 449 del Código Penal chileno (en adelante: CP)— consistió en propender a una congruencia estricta entre marco legal abstracto y pena impuesta a través de la contención de los efectos generales de las circunstancias modificativas de responsabilidad.

En función de tal objetivo, siguiendo con la estructura general contenida en el art. 196 bis de la Ley N° 18.290 (incorporado por la Ley N° 20.770, de 2014), en el art. 17 B de la Ley N° 17.798 (introducido por la Ley N° 20.813, de 2015) y en el art. 62 del Decreto Ley N° 211 (en su versión vigente a partir de la Ley N° 20.945, de 2016)¹, el art. 449 CP eliminó para los delitos adscritos a su alero los efectos tasados de las circunstancias atenuantes y agravantes de eficacia ordinaria y redujo su influjo con carácter general, con la excepción de las agravantes de reincidencia de los arts. 12.15° y 12.16° CP, al ámbito de la determinación cuantitativa de pena, instaurando lo que ha pasado a denominarse como “marco rígido”², en tanto extensión inamovible de penalidad en que inciden tales circunstancias sin posibilidad de excederla.

1. Estructura general del artículo 449 del Código Penal

El régimen especial de individualización de la pena que prevé el art. 449 CP puede analizarse conceptualmente tanto desde la óptica de las consecuencias que supone la inaplicación explícita que prevé de los arts. 65 a 69 CP del sistema general de determinación de la pena³, como a partir de las reglas particulares que incorpora en su reemplazo.

Así, esquemáticamente, desde la primera perspectiva, el art. 449 CP introdujo las siguientes modificaciones en materia de individualización de la sanción de los delitos incorporados a su ámbito de aplicación: (a) eliminó la facultad u obligación del tribunal de disminución y aumento en grado o grados que los arts. 65 a 68 CP prevén para la presencia de una pluralidad de circunstancias atenuantes y agravantes de eficacia ordinaria, ya comunes o especiales; (b) prescindió del efecto imperativo de concreción del marco penal que supone la concurrencia

¹ Para una comparación y descripción analítica entre los sistemas previstos en tales normas, OLIVER (2022), pp. 212-217; GUZMÁN (2017), pp. 15-16.

² No obstante que el término “marco rígido” no constituye una expresión normativa, será utilizada en este texto dado su extendido uso y por resultar especialmente ilustrativa del ámbito de penalidad en que inciden las circunstancias atenuantes y agravantes —a salvo las agravantes de reincidencia propia, genérica y específica— de eficacia ordinaria.

³ El sistema general de individualización de la pena del ordenamiento jurídico chileno al interior del que operan como reglas centrales los arts. 65 a 69 CP, puede identificarse a un nivel macro por distinción de los sistemas especiales que también prevé la legislación, esto es, por exclusión de los regímenes previstos no sólo en la Ley N° 18.290, Ley N° 17.798 y Decreto Ley 211, sino que también en la Ley N° 20.084 y en la Ley N° 20.393.

de una circunstancia atenuante y de una circunstancia agravante para aquellos marcos penales que así lo admiten, con la excepción de las agravantes de reincidencia del art. 12.15° y 12.16° CP, agravantes que mantuvieron dicha eficacia en razón de la regla 2ª; (c) vedó con carácter general la operación de compensación racional de circunstancias modificatorias de signo contrario; (d) suprimió la posibilidad de una atenuante muy calificada y el efecto correlativo de disminución de un grado del marco penal que consigna el art. 68 bis CP; y (e) inaplicó los baremos de decisión cuantitativa de pena del art. 69 CP, los que de todos modos la regla 1ª del art. 449 CP pasó a asumir, a saber, el “número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes” y la “mayor o menor extensión del mal causado”⁴, aunque con dos matices relevantes que deben destacarse: por una parte, en razón de la modificación introducida al art. 69 CP por la reciente Ley N° 21.483, de 2022, dicha asunción de baremos aparece como formalmente parcial, quedando al margen de la regla 1ª del art. 449 CP el imperativo —contenido en el art. 69 CP— de “consideración especial” para el tribunal de la circunstancia “de ser la víctima un menor de 18 años, un adulto mayor, según lo dispuesto por la ley N° 19.828, o una persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422”⁵; y, por la otra, tratándose del nuevo delito de saqueo incorporado en el art. 449 quáter CP por la Ley N° 21.208, de 2020, las agravantes de reincidencia de los arts. 12.15° y 12.16° CP adquieren para efectos de dicho ilícito un mayor peso correlativo potencial en la decisión de

⁴ A salvo diferencias menores de formulación, no se advierte una discrepancia de contenido —y, en consecuencia, de sentido— normativo entre la fórmula “extensión del mal producido por el delito” que prevé el art. 69 CP y la expresión “extensión del mal causado” adscrita a la regla 1ª del art. 449 CP, en tanto los términos formalmente divergentes entre ambas (“producido” y “causado”) tienen un significado equivalente. Además, dada la función inherente a la regla 1ª del art. 449 CP, la referencia al “mal causado” que ésta contempla debe entenderse por vinculación al delito, esto es, como mal causado por el delito; al margen de los elementos que admiten ser valorados al alero de dicha cláusula (respecto de la ponderación del desvalor de resultado en el ámbito de la decisión cuantitativa de pena en el sistema español, BESIO (2011) pp. 375 ss.; para una visión general de la práctica judicial chilena en torno al criterio de “extensión del mal producido por el delito”, MORALES (2022), pp. 85 ss.); en el mismo sentido, WINTER (2016), p. 9. De otra opinión, GUZMÁN (2017), p. 16, quien sostiene que “la referencia al mal causado” presenta “[...] contornos potencialmente más vastos que ‘el mal producido por el delito’ que se lee en el artículo 69 del Código, incluso en la malhadada Ley de Armas”.

⁵ Se trata, de todos modos, de una cuestión sólo formal, puesto que en el ámbito de la decisión cuantitativa de pena la posición de vulnerabilidad de la víctima (si, por ejemplo, la víctima es menor de 18 años, adulto mayor o una persona con discapacidad, como refiere ahora explícitamente el art. 69 CP) puede ser siempre ponderada por el tribunal al decidir la pena conforme a la regla 1ª del art. 449 CP al alero de la mayor “extensión del mal causado” por el delito, baremo a través del que suele la jurisprudencia chilena ponderar dicho —mayor— desvalor. Al respecto, como ejemplo ilustrativo, la sentencia del 2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 131-2022, de 17 de junio de 2022, que precisamente enjuició los hechos que sirvieron como antecedente material a la Ley N° 21.483, de 2022, que modificó el art. 69 CP en los términos expuestos, y que valoró en el ámbito de la regla 1ª del art. 449 CP —en lo relevante— el “mayor desvalor de injusto de resultado” que “se verifica en el presente caso, atendidas, como se expuso, las condiciones particulares de la víctima Tamara Cristina Moya Almonacid, de tan solo 5 años de edad, edad representativa en el caso concreto, como es lógico, de una especial posición de desvalimiento frente al hecho ejecutado, en términos tales que dada precisamente su edad y condiciones inherentes a la misma no tenía ninguna posibilidad de defenderse o de repeler el ataque, ni de huir desde su silla de niña del peligro que la asechaba y, por lo mismo, no representaba ningún obstáculo objetivo para la apropiación del vehículo. Tampoco, desde otra perspectiva, la menor podía realizar actividad ninguna en resguardo de su vida, incluso aquellas que no supusieran una defensa activa frente a los agresores, quedando completamente a merced de la voluntad de los hechos”.

cuantía de pena, en tanto tales circunstancias facultan al tribunal para imponer el máximo de sanción al interior del marco rígido, según lo dispone el inc. 2° de dicho precepto⁶.

El régimen especial que el art. 449 CP instaura de modo congruente con el sentido operativo de las normas eliminadas se estructura sobre la base de dos disposiciones formales. La regla 1ª establece la imposibilidad de desborde del marco penal para los efectos de la decisión de cuantía de pena —asentando el marco rígido— y provee además de los criterios que vinculan al tribunal en dicha decisión, reiterando a su respecto el imperativo de justificación asociado. La regla 1ª constituye la norma que regula la decisión cuantitativa de sanción, el equivalente funcional al art. 69 CP en el sistema del art. 449 CP (que dicha disposición inaplica, aunque recogiendo buena parte de su contenido). Por otra parte, la regla 2ª prevé la exclusión del grado mínimo o del *mínimum* del marco penal como efectos asociados a las circunstancias agravantes de los arts. 12.15° y 12.16° CP, y como penalidad asignada al delito de saqueo del art. 449 quáter inc. 1° CP.

Desde ya se destacan algunos aspectos relevantes en la funcionalidad de ambas reglas. Por una parte, mientras la aplicación de la regla 2ª deviene en contingente (su incidencia sobre el marco penal está subordinada a la concurrencia de presupuestos que pueden o no presentarse: la existencia de las agravantes de reincidencia genérica o específica, o del delito de saqueo del art. 449 quáter CP), la operación de la regla 1ª es indefectible, en tanto regula la decisión cuantitativa de pena y se erige, en consecuencia, como la norma de clausura del sistema de individualización.

Por la otra, entre ambas reglas —en los escenarios en que converjan simultáneamente— se verifica una relación de ordenación secuencial estricta, a saber, primero recibe aplicación la regla 2ª y sucesivamente la regla 1ª. Ese orden de convergencia es destacado por la regla 2ª al subordinar expresamente su operatividad a la funcionalidad posterior de la regla 1ª (“para los efectos de lo señalado en la regla anterior”, esto es, en función de la conformación del marco rígido dentro de cuya extensión se determina la “cuantía de la pena”), no obstante se derive adicionalmente del objetivo que asume cada una de tales reglas al interior del sistema de individualización del art. 449 CP: ahí donde sea aplicable, la regla 2ª incide en la generación del marco concreto y rígido (por medio de la eliminación del grado mínimo o del *mínimum* del marco precedente) en cuyo interior debe luego el tribunal fijar la cuantía exacta de sanción en virtud de la regla 1ª, que opera al final —como última decisión— del proceso de conmensuración. Como se advertirá, además, un orden inverso de aplicación entre tales

⁶ Que el efecto que dispone el inc. 2° del art. 449 quáter CP para tales agravantes de reincidencia (“el juez podrá considerar suficiente fundamento esta circunstancia para la imposición del máximo de la pena resultante”) se refiere a la decisión de cuantía de pena (al interior del marco rígido), en tanto posibilidad de fijar en su virtud la sanción en la frontera superior del marco penal, se desprende de su propio tenor literal, que no alude al grado máximo ni al *máximum*, sino que al “máximo de la pena resultante”, expresión vinculada a la pena asignada por el inc. 1° del art. 449 quáter CP al delito de saqueo y que ya supone la aplicación previa de la regla 2ª del art. 449 CP y, por ello, la previa exclusión —en su caso— del *mínimum* del marco precedente (*mínimum* respecto del que no es posible su división nuevamente en mitades: *mínimum* y *máximum*). Además, ese es el sentido específico que fue asignado a tal efecto en su origen, según se constata en los antecedentes de la génesis del art. 449 quáter CP, dejándose constancia que “[e]n cuanto al reincidente, se dispone que el tribunal pueda considerar suficiente fundamento esa circunstancia para imponer la pena máxima dentro del grado” (Segundo Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, 7 de enero de 2020, Historia de la Ley N° 21.208, p. 124).

reglas resulta inviable en tanto desde una cuantía exacta de sanción (regla 1ª) no es posible suprimir el grado mínimo o el *mínimum* (regla 2ª).

Por último, dicha alineación secuencial entre reglas (operatividad primaria de la regla 2ª y posterior de la regla 1ª en lo que a la fijación de la cuantía de pena se refiere) se presenta en una relación de continuidad estricta, en términos tales que no puede ser interrumpida o alterada por otro factor de individualización concurrente, dada la preordenación normativa explícita que existe entre ambas reglas: los efectos sobre el marco penal que mandata la regla 2ª se generan “para los efectos de lo señalado en la regla anterior”, esto es, en función de la decisión posterior de cuantía de pena de la regla 1ª. Esa vinculación normativa entre reglas conlleva como consecuencia que todo otro precepto de individualización —como tratándose de circunstancias modificatorias de eficacia extraordinaria— deba necesariamente producir sus efectos con antelación a la regla 2ª. Así, por ejemplo, en el caso de un delito regido por el art. 449 CP en que concurra la agravante de reincidencia específica y la agravante especial del art. 449 ter CP, la secuencia de aplicación de tales normas se estructura a partir de la aplicación primera de la agravante especial (que aumenta un grado el marco o, en su caso, descarta su grado mínimo); de la regla 2ª, que excluye el grado mínimo o el *mínimum* del marco precedente (ya aumentado en un grado o eliminado su grado mínimo, conformando el marco rígido); y posteriormente de la regla 1ª, a través de la que se fija la cuantía exacta de sanción (en el interior del marco rígido).

2. Ámbito de aplicación del artículo 449 del Código Penal

Uno de los principales problemas que ha presentado la aplicación del art. 449 CP se asocia directamente con la identificación invariable de la expresión normativa que la regla 1ª utiliza para referirse al marco rígido (aquél en cuyo interior, sin desbordar sus límites, debe fijarse la cuantía exacta de sanción) con el concepto dogmático de marco penal abstracto, de pena abstracta⁷, de pena señalada en forma abstracta por la ley⁸ o con la referencia legal de “pena señalada por la ley al delito”⁹, alusiones todas indicativas de la sanción que se encuentra prevista de forma explícita para cada delito que contempla el ordenamiento penal y que en razón del art. 50 CP se encuentra diseñada para el interviniente autor del delito consumado.

Tal identificación ha propiciado una tendencia judicial y doctrinal que ha defendido la exclusión del ámbito de aplicación del sistema especial del art. 449 CP de aquellos delitos en estado de imperfecta ejecución (no consumados) y respecto de sus intervinientes no autores (cómplices y encubridores), sobre la base adicional de que las reglas de los arts. 50 y ss. CP —que norman las rebajas de grado propias de la complicidad, encubrimiento, tentativa y frustración— no han sido explícitamente inaplicadas por el art. 449 CP¹⁰.

A partir de la relación entre dichas normas, junto a la referencia a antecedentes de la historia de la Ley N° 20.931 y a alusiones genéricas al principio de proporcionalidad, se ha sostenido que “la regla del artículo 449 N° 1 se aplica sólo en aquellos casos en que la pena a imponer

⁷ VAN WEEZEL (2023), pp. 557 y 559.

⁸ ORTIZ y ARÉVALO (2013), p. 293.

⁹ COUSO (2011a), p. 525.

¹⁰ VERDEJO e IRARRÁZAVAL (2015), p. 12 s.

es aquella señalada por la ley al delito, esto es, la pena que corresponde al autor del delito consumado”¹¹, en términos tales que “el ‘marco rígido’ del artículo 449 del Código Penal sólo aplica a los autores de delito consumado, por expresa disposición del artículo 50 del mismo cuerpo legal”¹²; posición que ha contado con el apoyo de algunas decisiones judiciales y cuya consecuencia se traduce en la eliminación del marco rígido instaurado por el art. 449 CP para delitos no consumados y para aquellos no ejecutados por un interviniente autor, recobrando vigencia a su respecto los arts. 65 a 69 CP y posibilitando a través de su intermedio tanto el desborde del marco penal como su concreción en razón de las circunstancias modificatorias que se presenten.

En la jurisprudencia es posible constatar tanto la asunción como el descarte de la tesis que exceptúa —sobre la base principal del art. 50 CP— del régimen del art. 449 CP a los delitos en estado de imperfecta ejecución y a aquellos intervinientes partícipes; posición la primera que puede estimarse como minoritaria en el desarrollo judicial de la problemática en los últimos años, pero que de todos modos persiste hasta la actualidad¹³.

Así, entre otras, decidió la exclusión del art. 449 CP para el caso de un delito no consumado la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N° 538-2020, de 14 de abril de 2020, cuyo razonamiento central —adoptado en voto de mayoría y centrado en el art. 50 CP— es el siguiente:

“Que, en cuanto al segundo segmento recursivo, es decir, si se aplica o no el precepto del artículo 449 N° 1 del Código Penal a los delitos no consumados, sean estos frustrados o tentados, esta Corte comparte el criterio de la defensa en el sentido que, en primer lugar debe entenderse e interpretarse restrictivamente por ser un precepto que agrava aun [sic] más la punición de los ilícitos contra la propiedad, desatendiendo, también, el principio de proporcionalidad ínsito en el Derecho represivo estatal. En

¹¹ URIBE (2022), p. 181 s.

¹² SILVA (2017), p. 276.

¹³ La Corte Suprema no parece haber adoptado una posición formal respecto de la aplicación del art. 449 CP a los delitos no consumados y/o ejecutados por un interviniente no autor del art. 15 CP, afirmación que se formula aquí matizada en función de la multiplicidad de sentencias existentes y de las limitaciones a su acceso, además de las restricciones que impone el recurso de nulidad en el sistema procesal penal a la competencia de la Corte Suprema por la causal del art. 373 letra b) CPP. De todos modos, es posible constatar, en la línea de lo expuesto, decisiones en que la Corte Suprema elude un pronunciamiento al respecto en los escenarios en que ha pasado a conocer de tales impugnaciones, bajo la consideración de que el error de derecho denunciado —aplicación del art. 449 CP a delitos no consumados— no tiene una influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, dado que aún en el evento de aplicación de los efectos tasados de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal según las reglas generales (así, el art. 68 CP) que dicha disposición inaplica, la pena impuesta no hubiese, para los escenarios en que se emite pronunciamiento, variado. Así, entre otras, la sentencia de la Corte Suprema, rol N° 139.835-2020, de 15 de marzo de 2021: “[q]ue en lo referente a los capítulos segundo y tercero de esta segunda causal impetrada en el arbitrio por la defensa de [...], éstas deberán ser igualmente desestimadas, pues los errores denunciados tampoco tienen influencia sustancial en lo dispositivo del fallo recurrido, puesto que, incluso de prescindirse de la agravante contemplada en el artículo 449 bis del Código Penal y la norma de determinación del artículo 449 del mencionado cuerpo normativo, el tribunal estaba obligado a imponer la sanción como un delito consumado, conforme a lo señalado en el artículo 450 del código punitivo, que castiga esta clase de ilícitos como consumados, desde que se encuentren en grado de tentativa, estableciendo el tribunal la pena en el mínimo, conforme al artículo 68 inciso 2° del mismo cuerpo legal, al concurrir una circunstancia atenuante”; también, en la misma línea, la sentencia de la Corte Suprema, rol N° 71.968-2021, de 7 de julio de 2022.

segundo término, la referencia a la pena asignada al delito es, por mandato del artículo 50 del mismo código, al delito consumado, de manera que establecido, como está, que el grado de desarrollo del delito quedó imperfecto, no es factible dar aplicación al primer precepto legal y deben aplicarse las normas generales de los artículos 67 a 69 del Código Penal, al momento de establecer el quantum de la punición”.

En un sentido estructuralmente similar se pronunció la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2.400-2017, de 14 de agosto de 2017, a través del siguiente razonamiento principal:

“Que, en segundo lugar, se puede sostener con la defensa, que la errónea aplicación que hizo la sentencia al artículo 449 N° 1 del Código Penal, se evidencia si se considera el tenor literal de dicha norma, la que comienza señalando que: “Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito...”, por lo que es posible sostener que el “marco rígido” que establece esta regla 1°, sólo es aplicable a ese ámbito: a la pena señalada por la ley al delito consumado, mas no al delito tentado, que fue el que estableció la sentencia recurrida en esta causa.

Refuerza la interpretación anterior, un análisis sistémico de las normas del Código Penal, si se considera lo que dispone al respecto el artículo 50 del mismo cuerpo legal, cuando prescribe que “A los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley. Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”. Por lo tanto, se coincide con la defensa, que como la regla que establece el artículo 449 N°1 del Código Penal, se aplica sólo a aquellos casos en que la pena a imponer es aquella señalada por la ley al autor de delito consumado, al haberse aplicado en este caso, a un caso en que se ha establecido la existencia de un delito tentado, existió infracción de ley, por haberse aplicado a una situación fáctica no contemplada en la norma”.

También, la sentencia del 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 101-2022, de 16 de diciembre de 2022, tratándose de un delito frustrado de robo con fuerza en las cosas del art. 440 N° 1 CP, cuya argumentación al efecto, extractada, es la siguiente:

“Que, respecto de la alegación de la defensa, de no aplicar lo dispuesto en los artículo 449 del Código Penal al acusado por tratarse de un delito en carácter de frustrado, el tribunal acogerá dicha argumentación al compartir que lo dispuesto en el artículo 449 del Código Penal, en el caso que nos ocupa no resulta aplicable, ya que se está en presencia de un grado imperfecto del delito, estimando que la norma citada, sólo resulta pertinente cuando se trata de un delito de robo en carácter de consumado [...].

En este orden de ideas, el tribunal estima que las especiales reglas que señala el artículo 449 del Código Penal se aplican sólo a los autores de delitos que alcancen su grado perfecto de ejecución, y no así al iter fraccionado del injusto, como tampoco a los otros partícipes en la realización de dicho injusto.

Para arribar a tal conclusión, el tribunal apeló a una interpretación literal y sistémica de dicha norma, por cuanto aquella comienza con el rezo “...y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan: Primera: Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito”.

De esta forma, se entiende que cuando la ley prescribe “la pena asignada al delito” se está refiriendo a la pena asignada al delito consumado, por cuanto así expresamente y dentro de esta línea consecuente el artículo 50 del Código Penal lo prescribe. En efecto, esta norma refiere “A los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada en la ley. Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”. Precisamente esta última frase es la base para argumentar que el artículo 449 sólo cabe aplicarlo a un delito consumado, porque la ley cuando se refiere a la pena del delito, entiende que es al que se encuentra en grado consumado y no así a otros grados imperfectos como tampoco a otros partícipes fuera de la autoría, ya que siendo una norma que exaspera el castigo en relación a la penalidad habitual para el ilícito en cuestión, debe dársele un sentido acotado y proporcional, interpretación que ha operado por este tribunal en conformidad a los principios rectores del derecho penal. Así las cosas, el tribunal entiende que la norma del artículo 449 del Código Penal, sólo se aplica a los autores de un delito consumado, y no cómplices o encubridores como tampoco a autores de delitos tentados o frustrados, como es en el caso que nos ocupa”.

Por el contrario, a modo ilustrativo¹⁴, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N° 2021-2020, de 4 de noviembre de 2020, decidió —en contra de la pretensión del recurso— la aplicación del art. 449 CP a una hipótesis frustrada del delito de robo en lugar destinado a la habitación:

“Que, el tenor de la referida norma confiere plena aplicación a lo dispuesto en el artículo 449 del Código Penal que establece un marco rígido de pena los delitos que allí se señalan, dentro de los cuales se incorpora el de robo en lugar destinado a la habitación, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal por el cual fue condenado [...].

Que, en las condiciones antes anotadas el recurso no puede prosperar, debiendo considerar, además, que el artículo 450 se encuentra contenido en el Título Noveno del Libro Segundo del Código Penal denominado “Crímenes y simples delitos contra la propiedad”, lo que le otorga preeminencia a su aplicación por sobre las normas generales en que se apoyó el recurso.

Finalmente, si el legislador hubiere querido excluir la aplicación del artículo 450 del Código Penal a las etapas de desarrollo del delito diversas al delito consumado, lo habría señalado expresamente al momento de efectuar la reforma que modificó el artículo 449 del Código Penal”.

También válida la aplicación del art. 449 CP a un delito en grado de ejecución frustrado la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, rol N° 36-2021, de 22 de febrero de 2021, a través del siguiente razonamiento:

¹⁴ Además de las sentencias que se citan, a continuación, en el texto principal, mantienen una misma concepción las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 547-2021, de 12 de marzo de 2021, rol N° 472-2022, de 22 de marzo de 2022, rol N° 4850-2022, de 10 de febrero de 2023 y rol N° 611-2023, de 14 de abril de 2023 (en voto de mayoría); la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 89-2020, de 2 de abril de 2020; y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N° 2241-2021, de 16 de noviembre de 2021.

“Que, en lo que concierne al artículo 449 del Código Penal, ha de tenerse en consideración que la norma es clara y, bajo ningún aspecto efectúa una distinción o excluye de su aplicación los casos de desarrollo imperfecto en la ejecución del delito y tampoco respecto de la calidad de participación que toca al sentenciado.

En tal virtud, rige en la especie lo preceptuado en el artículo 19 del Código Civil, en cuanto estatuye que ‘Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu’.

En consecuencia, es dable concluir que no existe oposición entre el contenido normativo del artículo 449 N°1 del Código Penal y los principios limitantes de la potestad punitiva del Estado y de la proporcionalidad de la pena, conforme a lo cual es dable sostener que dicha norma resulta aplicable a los delitos que especifica y que por disposición legal se castigan como consumados, pese a su grado de desarrollo imperfecto. De modo que al decidir de este modo el Tribunal Oral en lo Penal, no ha incurrido en una infracción de ley, como lo pretende el recurrente, por lo que procede rechazar el arbitrio deducido en autos”.

En la misma línea se pronunció la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 769-2022, de 5 de abril de 2022:

“Que, en efecto, dicha regla, la 1ª del artículo 449 del Código Penal señala: ‘Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan: 1ª Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia’.

Luego, resulta que la norma transcrita no hace la distinción que realiza la recurrente, y, por lo mismo, se aplica a autores, cómplices y encubridores, y a delitos consumados, frustrados o tentados. Ello, simplemente por aquella regla de hermenéutica que señala que donde la ley no distingue, no le es lícito distinguir al intérprete.

Consecuentemente, razón lleva la sentencia impugnada al reflexionar en la forma que lo hizo en el considerando vigésimo sexto al hacerse cargo de los planteamientos de la defensa, que se repiten en su recurso, donde no se advierte error alguno por parte de los sentenciadores en cuanto a la aplicación de la norma cuestionada”.

En la literatura es posible también advertir las posiciones asumidas por las sentencias recién reseñadas. Así, por una parte, se defiende la irrelevancia general de diferenciar entre formas especiales de aparición de los delitos adscritos al régimen del art. 449 CP para los efectos de sujeción a sus reglas, que —sin distinciones— “[s]e aplican a autores, cómplices y encubridores de delitos consumados, frustrados y tentados”¹⁵, sin perjuicio de que deban ser consideradas luego para las deducciones en grado o grados que mandatan los arts. 51 y ss.

¹⁵ OLIVER (2021), p. 142.

CP respecto de los supuestos de tentativa, frustración, complicidad y encubrimiento¹⁶. Por otra parte, se sostiene que el art. 449 CP se encuentra circunscrito a los autores de delito consumado “por expresa disposición del artículo 50 del mismo cuerpo legal”¹⁷, relación normativa entre reglas —arts. 50 y 449 CP— que validaría desde un punto de vista hermenéutico tal conclusión, lo que conllevaría que dicho precepto “no es aplicable al cómplice ni al encubridor y tampoco cuando el delito está tentado o frustrado”¹⁸.

Las consecuencias de ambas posturas son diferentes. La exclusión de las formas especiales de aparición de los delitos adscritos al art. 449 CP del sistema que dicho precepto consagra permite a su respecto el desborde y la concreción del marco penal en razón de los efectos imperativos y discrecionales que los arts. 65 a 68 CP asignan a la presencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes, además de la posibilidad de configuración de una atenuante muy calificada (art. 68 bis CP) y de la procedencia del mecanismo de compensación racional de circunstancias de signo opuesto, que —sobre la base de la exclusión del art. 449 CP— alcanza también a las agravantes de los arts. 12.15° y 12.16° CP que converjan junto a una o más circunstancias atenuantes. Por contra, la vigencia general del sistema del art. 449 CP respecto de todos los delitos incorporados positivamente a su alero, con independencia de su fase de realización y de la clase de interviniente responsable, elimina tales posibilidades mediante la inaplicación explícita de los arts. 65 a 68 CP y la reconducción obligada de las agravantes y atenuantes que se presenten para efectos de la decisión cuantitativa de sanción en el interior de los límites de extensión del marco rígido, a salvo las agravantes de reincidencia de los arts. 12.15° y 12.16° CP que operan —con efectos tasados y extraordinarios— de modo previo y en función de la modulación de dicho marco penal.

El único matiz que al respecto cabría consignar se refleja en la tendencia judicial que admite, al interior del régimen del art. 449 CP, la exclusión de los efectos asignados por su regla 2ª a las agravantes de reincidencia genérica y específica para el evento de que alguna de tales circunstancias se presente de forma conjunta con una o más atenuantes de eficacia ordinaria, admisión jurisprudencial —que suele ser presentada bajo la denominación formal de “compensación racional” de circunstancias, pero cuyo ejercicio en todo caso se introduce y efectúa dentro de los límites del marco rígido y en función de la valoración inherente a la decisión cuantitativa de la regla 1ª— que genera la neutralización de la regla 2ª del art. 449 CP y de los efectos extraordinarios que establece para las agravantes de los arts. 12.15° y 12.16° CP, las que, en definitiva, como consecuencia, pasan a transformarse en circunstancias de eficacia ordinaria que se ponderan —junto a las atenuantes concurrentes— en la fijación de la cantidad de sanción dentro del marco rígido. Se trata, entonces, al margen de la nomenclatura utilizada, de la valoración de las atenuantes y agravantes que es propia de la decisión judicial de cuantía de sanción que se efectúa por mandato de la regla 1ª y que supone inevitablemente, porque se trata de circunstancias modificatorias de signo contrario, la supresión recíproca —o la compensación— de sus efectos contrapuestos, ya sea de forma

¹⁶ OLIVER (2021), p. 142.

¹⁷ SILVA (2017), p. 276.

¹⁸ URIBE (2022), p. 205.

total o parcial¹⁹. Y no de una operación de compensación racional de circunstancias en sentido estricto, si se acepta que tal mecanismo se encuentra previsto formalmente por los arts. 66 a 68 CP para el evento de convergencia conjunta de atenuantes y agravantes en función específica de la fijación del marco concreto en cuya extensión se determina la cantidad concreta de sanción²⁰ en virtud del art. 69 CP, mecanismo además que ha sido inaplicado por el inc. 1° del art. 449 CP y que, por ello, resulta inadmisibile a su respecto.

En razón de lo anterior, la nota distintiva de dicha tendencia judicial no se encuentra en la compensación racional²¹ que involucra a las agravantes de reincidencia genérica o específica y a una o más atenuantes de eficacia ordinaria, sino que en la exclusión de la regla 2ª del art. 449 CP a pesar de verificarse tales agravantes, bajo una comprensión formal de tal regla como destinada a producir sus efectos sólo en el evento de presencia de una de las agravantes de reincidencia que prevé de forma aislada, esto es, sin la afluencia conjunta de otra u otras atenuantes, y que posibilita decidir la anulación de sus respectivos efectos agravatorios y atenuatorios en el ámbito de la regla 1ª. Con ello, como se expuso, la sola presencia de una o más atenuantes diluye los efectos tasados sobre el marco penal que la regla 2ª prevé para las agravantes de reincidencia, transformándolas en circunstancias de eficacia ordinaria.

¹⁹ En tanto en el ámbito de la decisión cuantitativa atenuantes y agravantes concurrentes asumen pretensiones divergentes de cuantías de sanción (las atenuantes demandan una menor pena y las agravantes exigen una mayor sanción), la ponderación que a su respecto efectúa el tribunal para determinar la cantidad exacta de pena supone inevitablemente (al margen del resultado de la ponderación, del procedimiento utilizado y del peso específico que se asigne a cada circunstancia en razón de su entidad individual y, por añadidura, del valor asociado que representa el número objetivo de las circunstancias de la misma clase) una eliminación recíproca de sus efectos contrapuestos (de menor y de mayor pena). En ese sentido, resulta ilustrativo que MIR PUIG (2011), p. 749, marg. 85, haya propuesto como modelo de decisión cuantitativa de pena una “[...] ‘compensación racional’ de las posibles exigencias contrapuestas —atenuatorias y agravatorias— de la prevención general proporcionada al hecho y la prevención especial”.

²⁰ Así, claramente VAN WEEZEL (1997), p. 472: “[I]a compensación racional de circunstancias tiene lugar cuando se trata de determinar el grado de pena aplicable dentro del marco legal. Se encuentra, por tanto, en una etapa previa de la individualización”.

²¹ Por esa razón (porque la “compensación racional” de las agravantes de reincidencia de los arts. 12.15° y 12.16° CP suele introducirse formalmente en el ámbito de la decisión cuantitativa de pena de la regla 1ª del art. 449 CP), la inaplicación expresa que efectúa el inc. 1° del art. 449 CP de los preceptos que prevén el mecanismo compensatorio (arts. 66 a 68 CP), que se esgrime para controvertir esa operación de determinación de la pena, no resulta, para tales casos, del todo concluyente; lo mismo que el consenso general existente en la doctrina que se alinea en el sentido de entender que el mecanismo de compensación racional de circunstancias sólo admite a circunstancias de eficacia ordinaria y, por ello, excluiría a las agravantes de reincidencia adscritas a la regla 2ª (respecto de tal consenso, VAN WEEZEL (1997), p. 499 s.; COUSO (2011b), p. 596; MATUS y VAN WEEZEL (2002), pp. 362-363; esgrimen, entre otros, tales argumentos, ESCOBAR (2018), p. 384; OLIVER (2021), p. 144 s.; URIBE (2022), p. 189). Al margen de ello, efectivamente el mecanismo de compensación racional de circunstancias se encuentra vedado al interior del régimen del art. 449 CP (al excluir su inc. 1° a las disposiciones que formalmente lo consignan), no obstante la existencia de decisiones judiciales que siguen utilizando dicho procedimiento incluso sin involucrar a las agravantes de los arts. 12.15° o 12.16° CP; así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó RIT N° 115-2022, de 29 de marzo de 2023, que —en lo atinente— respecto de uno de los condenados en razón del delito de robo con violencia o intimidación (art. 436 inc. 1° CP) procedió a compensar racionalmente la agravante especial del art. 449 bis CP con la atenuante del art. 11.9° CP, para luego —aumento en grado del art. 351 CPP mediante— aplicar la regla 2ª del art. 449 CP en virtud de la agravante de reincidencia del art. 12.16° CP.

Entre otras²², representativa de tal línea judicial es la sentencia del 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 102-2022, de 16 de diciembre de 2022, que decidió la compensación racional de la agravante de reincidencia del art. 12.16° CP y de la atenuante del art. 11.9° CP bajo el soporte normativo explícito de la regla 1ª del art. 449 CP, a través del siguiente —y extractado— razonamiento central:

“Que [...], resultó responsable de un delito de robo en lugar habitado, mismo que tiene el carácter de frustrado pero que acorde a lo previsto en el artículo 450 del Código Penal se castiga como consumado, que se encuentra sancionado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo y, considerando que obra en su contra una circunstancia agravante y le beneficia una atenuante, de conformidad a lo dispuesto en la regla primera del artículo 449 del Estatuto Penal, se compensará racionalmente la agravante del artículo 12 N° 16 con la morigerante del artículo 11 N° 9 del mentado Código, graduando el valor de una y otra circunstancia, pudiendo entonces el Tribunal recorrer toda la extensión de la antedicha pena al aplicarla, considerando al efecto en el caso de marras que el mal causado por el delito fue mínimo, ya que como quedó demostrado con la testimonial y gráficas del lugar del hecho, el encausado no logró hacerse de especie alguna.

Cabe considerar que estas juezas estiman que no debe considerarse en el caso de marras la regla segunda del artículo 449 del referido Estatuto, que establece: “Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el minimum si consta de un solo grado”. Ello por cuanto dicha disposición legal resulta solo aplicable cuando obre en perjuicio del encausado, una de las agravantes antes mencionadas sin que concurran aminorantes.

Una interpretación en contrario implicaría colocar en el mismo escenario a un acusado respecto al cual se configurare sólo una agravante –artículo 12 N° 15 o 16 del Código Penal- con aquel respecto del que materializaren una mitigante y una agravante, tal como es el caso sometido a nuestra decisión, lo que sin duda atenta contra el principio de igualdad y de proporcionalidad de las penas. De este modo, frente a hipótesis diversas, se debe aplicar uno u otro numeral del artículo 449 del Código con la única limitación de que aquello debe ocurrir dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito”.

Asimismo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.919-2022, de 8 de marzo de 2023, que —conociendo del recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia precedente— validó con carácter general la compensación racional de las circunstancias de los arts. 12.16° CP y 11.9° CP efectuada al amparo formal de la regla 1ª del art. 449 CP. La argumentación atingente, en extracto, es la siguiente:

“En este sentido, se considera que la regla 1ª del artículo 449 del Código Penal, incorporada por Ley N° 20.931 publicada en el Diario Oficial el 5 de julio de 2016, no impide compensar las circunstancias que morigeran la pena con aquellas que las

²² En el mismo sentido, las sentencias del mismo tribunal RIT N° 221-2017, de 23 de junio de 2017 y RIT N° 419-2017, de 20 de octubre de 2017, ambas ya analizadas por ESCOBAR (2018), p. 375 y ss., además de la sentencia RIT N° 64-2022, de 16 de diciembre de 2022.

umentan, de modo que realizado ese ejercicio racional, sin que subsista una de las agravantes de responsabilidad penal que contempla la regla 2ª del citado artículo, en el presente caso, la del artículo 12 N° 16, es posible situarse en la hipótesis prevista en el artículo 449 N° 1 del referido cuerpo legal [...].

Esta interpretación guarda coherencia con el principio pro imputado que rige la materia y con la prohibición de considerar dos veces una misma circunstancia –reincidencia específica- para la aplicación de la sanción, como ocurriría en el evento de estimarse la agravante para determinar la cuantía de la pena y, luego, además, para excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado.

Cosa distinta es la agravación de la sanción que llevan consigo las agravantes del artículo 12 Nos 15 y 16 del código punitivo, en los casos que la norma citada contempla, cuando aquéllas son la única modificatoria que subyace para la determinación de la pena, lo que explicaría su tratamiento en numerales diversos de un mismo precepto”.

En contra, entre varios otros pronunciamientos en la misma línea²³, descartó la posibilidad de compensar la agravante de reincidencia del art. 12.16° CP con la atenuante del art. 11.9° CP, acogiendo el recurso de nulidad impetrado, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 4.053-2020, de 10 de septiembre de 2020:

“Que ya se asentó previamente que es un hecho no discutido que al encausado le perjudica la agravante de reincidencia del artículo 12 N° 16 del Código Penal, por lo tanto la regla específica que debió aplicarse es la segunda del artículo 449 del Código Penal y no la primera, como erróneamente se realizó. En efecto, no es cierto que por un ejercicio de compensación racional la agravante, que en este caso perjudica al condenado desaparezca, pues tal compensación no está permitida por la regla primera la que solo habilita a considerarlas en cuanto a su número y entidad, lo que difiere de una compensación racional como la descrita en el artículo 66 en relación al artículo 68 del Código Punitivo y que por mandato expreso del artículo 449 no pueden aplicarse. Que así, acierta la parte querellante cuando acusa una errónea aplicación del derecho en la determinación de la pena, según se explicó en el motivo precedente, lo que ha tenido influencia en la decisión pues de haber aplicado correctamente el artículo 449 en su regla segunda debió excluirse el grado mínimo de la pena, esto es el presidio menor en su grado medio y, en cambio aplicar su grado máximo, por lo que al no haberlo hecho así, el recurso de nulidad será acogido en este extremo”.

En lo central, como lo ha expuesto ya un sector relevante de la doctrina²⁴, al margen de los antecedentes contenidos en la génesis de la Ley N° 20.931, que dan cuenta del propósito de dotar positivamente de un estatuto más riguroso de tratamiento de la reincidencia en materia

²³ En el mismo sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, rol N° 100-2019, de 3 de abril de 2019; la sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, rol N° 54-2022, de 17 de marzo de 2022; y la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 4.356-2020, de 15 de enero de 2021.

²⁴ ESCOBAR (2018), p. 383 s.; URIBE (2022), p. 189 s.; y OLIVER (2021), pp. 144-146, quien afirma que la tendencia jurisprudencial mayoritaria niega la posibilidad de compensar racionalmente la reincidencia con una o más atenuantes (p. 146), con referencias judiciales de apoyo (n. 26), a las que cabría añadir (lo que ayudaría probablemente a confirmar la calificación de mayoritaria de tal posición judicial) las sentencias reseñadas en la nota precedente.

de delitos contra la propiedad²⁵, objetivo trasladado luego de forma congruente al art. 449 CP y a la literalidad de su regla 2ª, es la propia estructura formal de dicho precepto la que demanda la aplicación incondicionada de la regla 2ª una vez verificadas las agravantes de reincidencia genérica y específica con independencia de la convergencia adicional de una o más atenuantes, las que, por prescribirlo así la regla 1ª, inciden en conjunto con las restantes circunstancias de eficacia ordinaria que concurren al interior del marco rígido para efectos de la decisión de cuantía de sanción²⁶. Por el contrario, las agravantes de los arts. 12.15° y 12.16° CP son dotadas de efectos tasados y extraordinarios sobre el marco penal en función específicamente de la configuración de dicho marco rígido, dentro de cuyos límites se decide posteriormente la cantidad exacta de condena (en tanto la exclusión del grado mínimo o del minimum del marco precedente se les asigna por la regla 2ª “para los efectos de lo señalado en la regla anterior”) en conformidad con el número y entidad de las restantes circunstancias concurrentes —atenuantes de eficacia ordinaria incluidas— y con la mayor o menor extensión del mal causado por el delito.

Por ello, la dependencia de la regla 2ª del art. 449 CP a la presencia aislada de las agravantes de reincidencia de los arts. 12.15° y 12.16° CP, que conlleva como consecuencia directa su mutación en circunstancias de eficacia ordinaria que pasan a incidir como baremos de decisión cuantitativa junto a las restantes atenuantes y agravantes dentro de la extensión del marco rígido, no solo colisiona con el tenor literal de dicha regla, que asigna a su respecto efectos imperativos y extraordinarios sobre el marco penal precedente sin referencia ninguna a la ausencia de circunstancias atenuantes como presupuesto, sino que, además, resulta incompatible con la estructura formal de aplicación del art. 449 CP.

En lo que sigue se asumirá el siguiente sistema de convergencia de reglas en el marco del art. 449 CP. El art. 449 CP y el marco rígido que impone se aplica a todos los delitos de su inc. 1° con independencia de su estado de ejecución y de la clase de interviniente responsable, marco rígido para cuya construcción deben aplicarse las degradaciones asociadas a las formas de realización incompleta y de participación criminal previstas en los arts. 51 a 54 CP con la excepción de aquellas que sean inadmisibles, como ocurre especialmente tratándose de los delitos adscritos al art. 450 CP, disposición que se mantiene vigente y resulta vinculante en razón del art. 55 CP y que alcanza a los estadios de tentativa y de frustración y a las disminuciones de grados correlativas. En lo sucesivo, en razón de la vinculación normativa

²⁵ Uno de los objetivos explícitos asumidos por el proyecto de ley que culminó en la Ley N° 20.931 consistió en “imponer a los reincidentes por esta clase de delitos penas algo más severas, que reduzcan las posibilidades de acceder a los beneficios de la Ley N° 18.216 (...) y, tratándose de robos violentos y en lugar habitado, supongan un efectivo cumplimiento de las penas impuestas” (Mensaje, de 23 de enero de 2015, Historia de la Ley N° 20.931, p. 6); antecedente que suele esgrimirse como argumento al efecto (así, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 4.356-2020, de 15 de enero de 2021; ESCOBAR (2018), p. 384).

²⁶ La incidencia de las circunstancias de eficacia ordinaria al interior del marco rígido (regla 1ª), influencia que tratándose de atenuantes debe necesariamente ser sopesada por el tribunal como un factor de disminución de la cantidad de pena, neutraliza el argumento que reprocha el tratamiento desigual y desproporcionado al que se expondría, de no efectuarse la “compensación racional” de las agravantes de reincidencia de los arts. 12.15° y 12.16° CP con otra u otras atenuantes, a condenados reincidentes sin circunstancias atenuantes en comparación con acusados reincidentes que cuenten con atenuantes en su favor, como lo expone, por ejemplo, la sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago RIT N° 102-2022, de 16 de diciembre de 2022, citada en el texto principal; sobre ello, ESCOBAR (2018), p. 385 s.; OLIVER (2021), p. 145.

invariable que se verifica entre las reglas 1ª y 2ª del art. 449 CP, inciden modulando el marco penal las circunstancias atenuantes y agravantes de eficacia extraordinaria que se presenten y seguidamente las circunstancias agravantes de reincidencia genérica y específica a través de los efectos que prescribe a su respecto la regla 2ª, conformándose por su intermedio el marco rígido dentro de cuya extensión se decide finalmente, en aplicación de la regla 1ª, la cuantía específica de sanción a través de la ponderación del número y entidad de las atenuantes y agravantes de eficacia ordinaria y de la extensión del mal causado por el delito, orden secuencial que, para el caso específico del art. 407 inc. 5º CPP, resulta alterado por la aplicación de la degradación que este último precepto dispone con antelación a las reglas 2ª y 1ª del art. 449 CP, no obstante el orden inverso que formalmente prescribe.

3. La regla 1ª del artículo 449 del Código Penal

No obstante se encuentren formalmente agrupadas en una misma disposición, la regla 1ª del art. 449 CP contiene dos reglas (o subreglas) distintas de individualización de la pena, que se derivan de su tenor literal y de su operatividad práctica: en tanto la regla 1ª dispone que la decisión cuantitativa de sanción (“determinará la cuantía de la pena”) debe ser adoptada por el tribunal dentro del marco rígido (“[d]entro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito”), la primera actividad que debe necesariamente realizar el tribunal es la formación de dicho marco rígido, para luego, sólo una vez construido conforme a las reglas pertinentes, determinar en su interior la cuantía exacta de sanción. De dicha operatoria se deriva la existencia de dos operaciones distintas, subordinadas a reglas diferentes, a saber, aquella que mandata —como primera decisión— la generación del marco rígido y aquella que prescribe —como operación posterior— la fijación de la pena en su interior en conformidad a los criterios que prevé al efecto.

La identificación de dos subreglas distintas al interior de la regla 1ª (aquella que prescribe la construcción del marco rígido y aquella que mandata la fijación de la cuantía de pena dentro de su extensión) adquiere sentido operativo en tanto pueden recibir aplicación en momentos o fases distintas, sin una relación de continuidad estricta entre ambas, como se expondrá más adelante. Un primer aspecto a dilucidar consiste, entonces, en determinar cuáles son las normas que inciden en la generación del marco rígido que prescribe el art. 449 CP.

3.1. El marco rígido como marco abstracto

Al respecto, como cuestión central, debe destacarse que la fórmula normativa que la regla 1ª del art. 449 CP contiene para la consagración del marco rígido puede o no resultar indicativa del concepto dogmático de marco abstracto o del concepto legal de “pena señalada por la ley al delito”, noción esta última que esgrime el art. 50 CP para prescribir —por atendibles razones de técnica legislativa— que la sanción asignada en la ley penal a cada delito se encuentra diseñada para el delito consumado ejecutado por un interviniente autor del art. 15 CP.

Desde ya es evidente que dicha expresión de la regla 1ª no se corresponde necesariamente con la “pena señalada por la ley al delito” a partir de la propia estructura que presenta el art. 449 CP, en concreto, sobre la base de la existencia de la regla 2ª que prescribe, como paso

previo a la aplicación de la regla 1ª, la modulación del marco penal precedente por medio de la exclusión de su grado mínimo o de su *mínimum*. Así, dado que la regla 2ª altera de modo imperativo el marco precedente (que puede o no coincidir con el marco abstracto) para la funcionalidad posterior de la regla 1ª (“para los efectos de lo señalado en la regla anterior”, esto es, para la determinación de la cuantía de pena en conformidad a la regla 1ª), ese marco penal ya modelado por la regla 2ª —en su grado mínimo o *mínimum*— ya no se corresponde por definición con la penalidad abstracta asignada al delito, pues precisamente ha sido previamente modificado por dicha regla 2ª. De ahí que en los escenarios en que opera la regla 2ª “el grado o grados señalados por la ley como pena al delito” a que alude la regla 1ª no constituye la “pena señalada por la ley al delito”, aquella pena consignada por la ley en cada delito para el autor de la figura consumada, sino que el marco concreto (y rígido) ya depurado por aquella, a saber, el marco resultante de la exclusión de su grado mínimo o de su *mínimum*.

Al margen de la convergencia de la regla 2ª, la misma situación se presenta cada vez que exista otra regla de individualización de la pena que produzca sus efectos con antelación a la regla 1ª, como las circunstancias comunes o especiales de eficacia extraordinaria aplicables a los delitos regidos por el art. 449 CP (por ejemplo, las circunstancias de los arts. 72, 73, 449 ter y 456 CP²⁷), que producen sus efectos con antelación a la decisión cuantitativa que consigna la regla 1ª y que, por ello, modifican el marco precedente pasando a conformar por su intermedio el marco rígido al interior del que dicha decisión luego se adopta. En esos casos, dado que el marco ha sido ya alterado por la incidencia de tales circunstancias (por ejemplo, a través del aumento en grado que imprime la agravante del art. 449 ter inc. 1º CP), el margo rígido resultante de su aplicación —al que la regla 1ª denomina como “grado o grados señalados por la ley como pena al delito”— no se corresponde con el marco abstracto o con la “pena señalada por la ley al delito” para el autor del delito consumado.

De todos modos, también es posible que el marco rígido que prevé la regla 1ª coincida con el marco penal abstracto, lo que ocurrirá en tanto no se presente un factor de individualización que lo modifique (así, un delito consumado ejecutado por un interviniente autor respecto del que no converjan circunstancias modificatorias de eficacia extraordinaria). Dado que la coincidencia entre el marco rígido que prevé el art. 449 CP y el marco abstracto de los delitos incorporados a su alero resulta aleatoria, pierde validez la identificación invariable de éste con aquél y, con ello, la premisa sobre la que se estructura la pretensión de aplicación exclusiva del art. 449 CP a los delitos en grado consumado ejecutados por un interviniente autor.

Por lo demás, esa correlación eventual entre marco abstracto y “pena señalada por la ley al delito” no es propia ni exclusiva del art. 449 CP, sino que se presenta también en otras reglas del sistema de individualización que contienen referencias equivalentes. Así ocurre con los arts. 67 y 68 CP, que prevén expresamente su operatividad a partir de la “pena señalada al delito” y de la “pena señalada por la ley”, sin perjuicio de que, por ejemplo, en los escenarios en que tales disposiciones convergen con la atenuante de eximente incompleta regida por el

²⁷ Sobre la admisibilidad conceptual de circunstancias comunes y especiales de eficacia extraordinaria (distintas de la atenuante muy calificada del art. 68 bis CP) respecto de los delitos del ámbito del art. 449 CP, no debería existir controversia, sobre la base objetiva de que éstas no son expresamente exceptuadas por dicho precepto (como sí ocurre, por el contrario, con el art. 68 bis CP). Sobre ello, OLIVER (2022), pp. 217-222.

art. 73 CP, precepto que también prescribe una disminución de grado o grados sobre la base del grado mínimo “de los señalados por la ley”, su aplicación se verifica con posterioridad a esta última disposición²⁸, por lo que tales referencias en los arts. 67 y 68 CP no equivalen — para este supuesto específico— a la penalidad abstracta prevista en la ley para el autor del delito consumado, sino que al marco ya alterado por la degradación propia del art. 73 CP²⁹. También es el caso del art. 407 inc. 5° CPP, que establece para la parte acusadora la posibilidad de pretensión de una pena inferior en un grado al mínimo “de los señalados por la ley” en el contexto procesal del procedimiento abreviado, expresión normativa que no corresponde necesariamente al marco abstracto, ya por razón de la aplicación preferente que el propio precepto mandata de las reglas 1ª o 2ª del art. 449 CP³⁰, disposición que además contiene una alusión normativa análoga, ya por la existencia de otros factores de individualización que operan con antelación a dicha disminución en grado, como tratándose de circunstancias modificatorias de eficacia extraordinaria.

3.2. Construcción del marco rígido y convergencia de reglas de individualización

La regla 1ª impone al tribunal dos operaciones distintas para efectos de la individualización de la sanción de los delitos incorporados al sistema especial del art. 449 CP, a saber, por una parte, la configuración “del grado o grados señalados por la ley como pena al delito” y, por la otra, la fijación de “la cuantía de pena” en su interior, sin posibilidad de desbordarlo, esto es, “dentro del límite” de tales “grado o grados” de sanción. De ahí que la referencia al “grado o grados señalados por la ley como pena al delito” sea indicativa del marco rígido, que puede o no coincidir con el marco penal abstracto, lo que dependerá de la existencia de otras reglas de individualización que tengan incidencia en la generación de dicho marco rígido y que, por ello, produzcan sus efectos con antelación a la decisión de pena exacta en cuyo interior se adopta³¹.

Por disponerlo así la regla 1ª, entre tales operaciones (ambas integradas a la misma regla 1ª) se verifica un orden específico de procedencia invariable. La decisión de cuantía de pena es necesariamente posterior a la operación de determinación del grado o grados de penalidad — de conformación del marco rígido— porque esta última operación constituye su presupuesto, en tanto la primera se adopta dentro de los límites previamente definidos de su extensión; al margen de que dicha secuencia de aplicación pueda ser en ciertos casos discontinua, esto es, interrumpida por otro factor de individualización. Además, dada su funcionalidad inherente, la decisión cuantitativa de sanción —de fijación de pena exacta— constituye el último paso del proceso de individualización.

Asimismo, en aquellos casos en que se verifiquen sus presupuestos, la regla 2ª se aplica con antelación a la regla 1ª en tanto así lo dispone aquella al supeditar expresamente su aplicación a la funcionalidad posterior de ésta (la exclusión del grado mínimo o del *minimum* se genera

²⁸ Sobre dicha secuencia de aplicación de reglas, COUSO (2011a), p. 540 s.; BESIO (2021), pp. 203-207.

²⁹ Resulta especialmente ilustrativo el ejemplo propuesto —en el mismo sentido del texto principal— por OLIVER (2021), pp. 141-142, a saber, el caso del art. 67 CP (que refiere a “la pena señalada al delito”) para cuando se trata de un cómplice o un encubridor, o de un delito tentado o frustrado; mismo ejemplo utilizado también por URIBE (2022), p. 183.

³⁰ No obstante la inviabilidad de esa aplicación preferente de las reglas 1ª y 2ª del art. 449 CP; secc. 4.

³¹ Sobre ello, secc. 3.1.

“para los efectos de lo señalado en la regla anterior”), delimitando por su intermedio el marco rígido para efectos de la decisión de cuantía de pena. De tal enlace normativo se deriva que toda otra regla de individualización que resulte aplicable debe operar con antelación a la regla 2ª, en aquellos casos en que ésta se presente. Para aquellos casos en que ésta no converja, los preceptos que incidan en la conformación del marco rígido deben aplicarse de forma previa a la regla 1ª en lo que a la decisión de pena exacta se refiere.

En consecuencia, para efectos de la individualización de la pena de los delitos regidos por el art. 449 CP, la primera actividad que debe realizar el tribunal —como mandata la regla 1ª— consiste en la generación del marco rígido, aplicando los preceptos que resulten pertinentes para su conformación, que inciden como paso previo a la decisión de pena exacta que también prescribe la regla 1ª. Y ahí donde se verifique la regla 2ª, tales preceptos deben producir sus efectos con antelación a ésta, en tanto la regla 2ª constituye el último factor configurador del marco rígido —por medio de la exclusión del grado mínimo o del mínimo de la penalidad precedente— al interior del que se adopta finalmente la decisión de cuantía de sanción (dada la remisión expresa al efecto que la propia regla 2ª contiene a la regla 1ª).

3.3. Depuración del marco abstracto

Tal y como en el proceso general de individualización de la sanción, los primeros factores de determinación que deben aplicarse para la generación del marco rígido son aquellos que, en su caso, modulan el marco penal abstracto o la penalidad abstracta establecida por la ley. En la medida de que por disposición del art. 50 CP la pena asignada por la ley a todos los delitos es aquella que corresponde al interviniente autor del delito consumado, la aplicación de los arts. 50 a 55 CP —que prevén las alteraciones asociadas a las formas de realización incompleta y de participación criminal— resultan preferentes respecto de toda otra disposición³².

En el ámbito del art. 449 CP tales alteraciones del marco abstracto se encuentran restringidas por el art. 450 CP, que para algunos delitos sanciona las fases de imperfecta ejecución con la penalidad propia de la consumación³³, lo que implica la exclusión para tales delitos de las

³² En esto pareciera existir consenso en la doctrina (CURY (2011), pp. 763-764; ORTIZ y ARÉVALO (2013), pp. 293 ss.; GUZMÁN (2017), p. 14, quien consigna adicionalmente un orden específico de confluencia de “factores generales de adaptación” del marco penal), ya porque dichas reglas integran una —denominada como— “fase legal” de determinación (MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 600; MATUS y VAN WEEZEL (2002), p. 324), ya simplemente porque si no se asume la distinción entre una fase legal y otra judicial, así se desprende del propio diseño normativo del sistema de individualización de la pena, en el que la penalidad de los delitos se encuentra formulada para las hipótesis consumadas ejecutadas por un autor (como lo dispone el art. 50 CP), por lo que, entonces, las primeras alteraciones que cabe introducir a dicha penalidad abstracta son precisamente aquellas correlativas a los casos en que no se verifica un delito consumado o su responsable no es un autor del art. 15 CP; COUSO (2011c), pp. 510 ss.

³³ No todos los delitos del art. 449 CP se encuentran formalmente sujetos a la sanción especial que prevé el art. 450 CP para las fases de imperfecta ejecución, regla que alcanza a los delitos del párrafo 2 del Título Noveno, al delito del art. 440 del párrafo 3 y —en virtud de la Ley N° 21.488— a los delitos de los párrafos 3, 4, 4 bis y 4 ter cuando se cometan con las circunstancias previstas en el inciso primero del art. 449 ter CP (ocasión de calamidad pública o alteración del orden público) o del inciso primero del art. 449 quáter CP (contribuyan a la sustracción o destrucción de todo o la mayor parte de aquello que había o se guardaba en algún establecimiento de comercio o industrial o del propio establecimiento).

rebajas imperativas de grado que disponen los arts. 51 a 54 CP para los estadios de tentativa y de frustración. La restricción que impone el art. 450 CP resulta plenamente aplicable en tanto no ha sido eliminada del sistema de individualización del art. 449 CP y porque así lo dispone expresamente el art. 55 CP, regla que tampoco ha sido suprimida de dicho régimen especial y que prevé como excepción a la aplicación de las disminuciones de grado que consignan los arts. 51 a 54 CP los casos en que la frustración, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se encuentren especialmente penados por la ley³⁴, sanción especial que precisamente dispone el art. 450 CP para las fases de imperfecta ejecución³⁵. Al margen, para los delitos no contenidos en el art. 450 CP las disminuciones de grado asociadas a la tentativa y a la frustración resultan procedentes —y obligadas— en la depuración del marco abstracto.

Por el contrario, las formas de participación criminal no resultan afectadas por el art. 450 CP, siendo entonces aplicables las rebajas de grado que prevén a su respecto los arts. 51 a 54 CP, siempre que sean compatibles con dicho precepto³⁶. Esto implica que las disminuciones de

³⁴ El art. 55 CP prescribe que “[l]as disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes [arts. 51 a 54 CP] no tienen lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley”.

³⁵ Que el artículo 450 CP supone un caso especial en que la ley sanciona la tentativa y la frustración —con la penalidad de la consumación— en los términos del art. 55 CP, no debería admitir discusión. Al respecto, entre otros, ETCHEBERRY (1997), p. 176 s.; ORTIZ y ARÉVALO (2013), p. 295; MATUS y VAN WEEZEL (2002), p. 334; COUSO (2011d), p. 549; VAN WEEZEL (2023), p. 558; también, como referencia judicial, la sentencia del 2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago RIT N° 7-2023, de 1 de febrero de 2023, en el marco de la pretensión de la defensa de disminución de grados por el estado de tentativa del delito de robo con intimidación objeto de la condena: “(...) debe rechazarse la solicitud de la defensa en orden a rebajar la pena en dos grados en virtud de lo establecido en el artículo 7° en relación con lo prevenido en el artículo 52 del Código penal, porque en la especie resultan aplicables los artículos 55 y 450 del mismo cuerpo legal. En efecto, luego del marco penal abstracto, en la segunda etapa de determinación de la pena, deben ponderarse: a. Grado de desarrollo del delito y b. Intervención del sujeto en el delito. Así, lo debatido en el caso de análisis corresponde a la ponderación del *iter criminis*. Al respecto, hay que considerar que conforme a lo dispuesto en el art. 55: “Las disposiciones contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen aplicación cuando el delito frustrado o tentado, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley”. Es del caso que precisamente el artículo 450 del Código Penal, contempla una regla especial para ciertos delitos en contra de la propiedad en la que el delito tentado se sanciona de manera excepcional con la pena del delito consumado”.

³⁶ Así lo sostuvo desde un comienzo WINTER (2016), p. 9 (“[a]sí, por ejemplo, las normas modificatorias para la participación criminal se siguen aplicando y los cómplices tendrán una rebaja de un grado”); también CERDA (2016), p. 44-45, incluyendo a las fases de imperfecta ejecución, al advertir que el art. 449 CP “en su aplicación práctica, no alterará la aplicación de las rebajas de pena que contempla la ley por etapas imperfectas de desarrollo del delito (tentativa y frustración) o por grados de participación diversos a la autoría (cómplices y encubridores), toda vez que los artículos 50 a 61 del CP no han sido tocados, sin perjuicio de tener en cuenta lo señalado en el artículo 450 del mismo cuerpo legal, para los ilícitos allí indicados, los que se castigan como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”; y, del mismo modo, OLIVER (2021), pp. 142-143, quien concluye que “[a] pesar de que se trate de delitos mencionados en el art. 449, las rebajas de grado que los arts. 51 y siguientes ordenan para los supuestos de tentativa, frustración, complicidad y encubrimiento son igualmente aplicables”, indicando al efecto (n. 20) la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 4.782-2017, que en lo relevante sostuvo que: “[...] el sistema de determinación de la pena para ciertos delitos contra la propiedad (dentro de ellos, el robo con fuerza materia de autos) adoptado por el Estatuto Penal, dice relación con la consideración de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, correspondiente al tercer factor de determinación de las penas privativas de libertad, sin afectar a los tres primeros; esto es, la pena asignada por la ley al delito, el grado de desarrollo alcanzado por el mismo y la forma de intervención criminal, para consideración de los cuales el sentenciador debe atender a la pena que en cada caso ha contemplado el

grado que los arts. 51 a 54 CP disponen para la complicidad y para el encubrimiento asociadas a delitos tentados y frustrados (la reducción de dos grados para la complicidad en un delito frustrado y de cuatro grados para el encubridor de un delito tentado) quedan exceptuadas del sistema del art. 449 CP por aplicación de los arts. 55 y 450 CP, en tanto hipótesis que se encuentran especialmente penadas como consumadas. Adicionalmente, tanto para los delitos del art. 450 CP como para aquellos no alcanzados por dicho precepto, deben efectuarse las rebajas de grado asociadas a la participación delictiva, a salvo que se trate de una forma de intervención en el hecho a la que la ley asigne una sanción especial (es el caso del encubrimiento por favorecimiento personal habitual del art. 17 N° 4 CP, respecto del que el art. 52 inc. 3° CP consagra una sanción autónoma), en cuyo caso la degradación correspondiente se encuentra vedada en razón del art. 55 CP.

En consecuencia, las únicas alteraciones admitidas para la construcción del marco rígido de los delitos contra la propiedad mueble adscritos al art. 450 CP son aquellas previstas para la complicidad y el encubrimiento³⁷ de delitos consumados, esto es, una disminución de un grado de penalidad para los casos de complicidad y de dos grados para los supuestos de encubrimiento, en conformidad con los arts. 51 y 52 CP. De ello se deriva que para el caso de un cómplice de la figura básica de robo con intimidación del art. 436 inc. 1° CP (presidio mayor en sus grados mínimo a máximo), ya tentado, frustrado o consumado, sin presencia de circunstancias, se aplica de forma preferente la disminución de un grado del marco abstracto que dispone el art. 51 CP para la complicidad, generándose como marco rígido la penalidad de presidio menor en su grado máximo, en cuya extensión debe adoptarse la decisión de pena exacta en conformidad a la regla 1ª del art. 449 CP. Para el evento de delitos excluidos del radio del art. 450 CP, resultan además procedentes en la construcción del marco rígido las degradaciones asociadas a las fases de imperfecta ejecución³⁸.

3.4. Otros factores de individualización

Con la depuración primaria del marco abstracto no necesariamente se conforma el marco rígido de la regla 1ª y se adopta, en consecuencia, la determinación de la cuantía de sanción, en tanto pueden verificarse otros factores de determinación de la pena, como circunstancias modificatorias de eficacia extraordinaria y, asimismo, los presupuestos de aplicación de la regla 2ª (agravantes de reincidencia genérica y específica, y el delito de saqueo del art. 449 quáter CP).

Las circunstancias de eficacia extraordinaria convergen con posterioridad a las deducciones de los arts. 51 a 54 CP que sean admisibles, en tanto éstas constituyen alteraciones primarias

legislador para el delito de que se trata (en el caso de autos, la que expresa el artículo 443 del Código Punitivo); seguidamente, si el ilícito se encuentra consumado, frustrado o tentado, dando aplicación a lo ordenado en los artículos 50, 51 y siguientes; a continuación, si el interviniente tiene la calidad de autor, cómplice o encubridor, atento a lo preceptuado en los artículos 15 y siguientes del mismo cuerpo legal. Solamente después de aplicar los factores precitados, el sentenciador deberá ajustarse a lo preceptuado en el artículo 449 del Estatuto Penal, en la consideración de las circunstancias modificatorias de responsabilidad que concurren”.

³⁷ Con la salvedad, como ya se expuso, de que se trate de formas de intervención delictiva a las que la ley asocia una sanción especial, lo que ocurre específicamente con la variante de encubrimiento del art. 17 N° 4 CP en virtud del art. 52 CP.

³⁸ Así, CERDA (2016), p. 44-45; y OLIVER (2021), pp. 142-143 (las citas asociadas se encuentran en n. 36).

del marco abstracto y, por ello, su aplicación es preferente respecto de toda otra modificación del mismo. Por ello, en el caso de concurrencia de circunstancias de eficacia extraordinaria la secuencia de aplicación es la siguiente: para la construcción del marco rígido que prescribe la regla 1ª se aplican primero las degradaciones procedentes de los arts. 51 a 54 CP, luego las alteraciones propias de las circunstancias de eficacia extraordinaria que concurren, pasando a conformarse el marco rígido al interior del que, en tercer lugar, dentro de los límites de su extensión, se fija la cuantía exacta de pena en conformidad también a la regla 1ª. Así, como ejemplo, en el caso del delito de robo por sorpresa del art. 436 inc. 2º CP, frustrado y ejecutado por un interviniente autor respecto de quien se verifique la atenuante de eximente incompleta de los arts. 11.1º y 73 CP, la convergencia de normas es la siguiente: primero, procederían las disminuciones permitidas de los arts. 51 a 54 CP, que en el caso propuesto no operan por tratarse de una figura adscrita al art. 450 CP y de un interviniente autor (pero que podrían aplicarse si se tratase de un partícipe), posteriormente la atenuante de eficacia extraordinaria, que genera una disminución del marco de al menos un grado de penalidad, situándolo en presidio menor en su grado mínimo (si se opta por la rebaja imperativa de un solo grado), penalidad que conforma el marco rígido en cuyo interior luego se adopta la decisión de pena exacta en conformidad con la regla 1ª.

Como se advertirá, una secuencia inversa no es factible, en tanto por medio de la regla 1ª se determina la cuantía concreta de sanción, por lo que necesariamente constituye la operación final del proceso de individualización (de otro modo: de una pena exacta —por ejemplo, trescientos días de presidio menor en su grado mínimo— no es posible disminuir un grado de sanción conforme al art. 73 CP, operación de reducción de grado que supone, precisamente, un grado de penalidad incorporado a una escala gradual del art. 59 CP, en virtud del art. 77 inc. 1º CP).

Por su parte, la regla 2ª se encuentra supeditada a la decisión cuantitativa de pena que prevé la regla 1ª, en términos tales que su incidencia en el proceso de individualización se presenta como el último paso de conformación del marco rígido en cuya extensión —sin traspasar sus fronteras— dicha decisión se adopta; vinculación normativa que conlleva como consecuencia que todo otro factor de individualización que sea pertinente deba incidir con antelación a la regla 2ª y, por ende, a la decisión de cuantía de sanción de la regla 1ª.

El orden de convergencia de factores para aquellos escenarios en que se presente la regla 2ª sigue las mismas directrices antes expuestas: primero las deducciones de grados propias de la depuración primaria del marco abstracto y que sean admisibles atendido el delito de que se trate (respecto de aquellos abarcados por el art. 450 CP, sólo las degradaciones procedentes de complicidad y encubrimiento en delitos consumados; y fuera de ese ámbito, también las rebajas asociadas a los estadios de imperfecta ejecución), posteriormente las circunstancias de eficacia extraordinaria que se presenten y luego la regla 2ª, por intermedio de la que se conforma el marco rígido al interior del que se adopta la determinación de la cuantía de sanción que prevé la regla 1ª.

Como se advertirá, la aplicación de la regla 2ª genera una segmentación de las operaciones integradas en la regla 1ª, que pueden identificarse con subreglas distintas contenidas en dicho precepto (subregla de construcción del marco rígido y subregla de decisión cuantitativa de

sanción), toda vez que la regla 2ª incide entre ambas operaciones. Por ejemplo, tratándose de un delito regido por el art. 449 CP en que se verifique la agravante de reincidencia del art. 12.16º CP, la primera actividad jurisdiccional consiste en la generación del marco rígido en función de la regla 1ª, para lo que se deberán aplicar las disposiciones admisibles al efecto, como, en su caso, los preceptos que incidan en la degradación del marco abstracto y aquellos que modulan el marco precedente en razón de circunstancias de eficacia extraordinaria, para luego dar lugar a los efectos de la regla 2ª que conforma —a través de la exclusión del grado mínimo o del *mínimum*— el marco rígido definitivo, retornando finalmente a la misma regla 1ª para efectos de la determinación de la cuantía de sanción al interior de su extensión.

4. ¿Aplicación preferente de las reglas 1ª y 2ª del artículo 449 CP en el caso del procedimiento abreviado?

Respecto de los delitos contra la propiedad, otra de las modificaciones instauradas por la Ley N° 20.931 consistió en la posibilidad normativa de disminución de un grado de pena para los delitos regidos por el art. 449 CP en el marco del procedimiento abreviado y para el evento de aceptación de los hechos y de los antecedentes de la investigación por parte del imputado, reservando para el fiscal o querellante, en conformidad con el art. 407 inc. 5º CPP, la facultad de solicitar “una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, debiendo considerar previamente lo establecido en las reglas 1ª o 2ª de ese artículo”, solicitud de pena que opera como límite máximo para el tribunal en conformidad al art. 412 CPP.

Al regular dicha facultad de las partes acusadoras el art. 407 inc. 5º CPP contiene como directriz relevante un orden específico de convergencia de normas, a saber, la aplicación preferente de las reglas 1ª o 2ª del art. 449 CP con respecto a la rebaja de un grado fundada en la aceptación de los hechos y de los antecedentes de la investigación, en tanto la pretensión de pena que incorpora la disminución en grado debe “considerar previamente” los efectos de tales reglas, con lo que dicho precepto mandata formalmente que para determinar la pena que integra la acusación en el procedimiento abreviado primero operan las reglas 1ª o 2ª del art. 449 CP y luego, con posterioridad a éstas, la disminución en grado que el art. 407 inc. 5º CPP contempla; directriz normativa que deviene en problemática en razón de su inviabilidad.

En efecto, el orden de incidencia de normas que el art. 407 inc. 5º CPP consagra no resulta factible toda vez que las reglas 1ª y 2ª del art. 449 CP no admiten ser aplicadas —como dicho precepto prescribe— de forma previa a la reducción de un grado derivada del procedimiento abreviado, sino que solo una vez realizada tal degradación. Ello es relativamente evidente para el caso de la regla 1ª que regula la decisión cuantitativa de sanción y cuyo ejercicio implica la determinación de una pena exacta a partir de la que no es posible la reducción de un grado de penalidad, operación que supone —como asimismo la de aumento en grado— la existencia precisamente de un grado de penalidad, esto es, de una extensión temporal previamente definida como pena por el legislador y adscrita a una de las escalas graduales previstas en el art. 59 CP, según lo dispone el art. 77 inc. 1º CP. Así, a modo de ejemplo, de una cuantía concreta de pena de 7 años de presidio mayor en su grado mínimo, fijación de pena exacta que importa la aplicación previa de la regla 1ª, no resulta posible una rebaja de un grado en razón de la aceptación de los hechos y de los antecedentes de la investigación que fundan el procedimiento abreviado (art. 407 inc. 5º CPP), en tanto tal cuantía de sanción

no constituye un grado de penalidad; y, aunque ello fuera posible, la pregunta que cabría responder es, en ese escenario, conforme a qué norma se decide luego la pena concreta en ese marco ya degradado si la regla 1ª ya ha operado previamente.

De esa forma, la decisión de cuantía de pena de la regla 1ª y, por ello, su aplicación, debe producirse necesariamente con posterioridad a la disminución de grado que prevé el art. 407 inc. 5º CPP, esto es, primero debe operar la reducción en grado derivada de la aceptación de los hechos y de los antecedentes que fundan el procedimiento abreviado, conformándose por intermedio de tal degradación el marco rígido (disminuido en un grado), para luego aplicarse en su extensión la regla 1ª, fijándose la cuantía exacta de pena conforme a los baremos que dicha regla contempla.

En la medida que en la estructura del art. 449 CP la aplicación de la regla 2ª se encuentra subordinada a la decisión de cuantía de sanción que prevé la regla 1ª, incidiendo aquella regla en la generación del marco rígido a través de la eliminación del grado mínimo o del *minimum* del marco precedente, esa misma secuencia aparece como obligada para el caso del art. 407 inc. 5º CPP y la disminución de grado que contempla, lo que conlleva como consecuencia la aplicación primaria de dicha rebaja en grado con respecto a la incidencia de las reglas 2ª y 1ª del art. 449 CP. Ello determina una sucesión específica entre normas: primero la deducción en grado por la aceptación de los hechos y antecedentes del procedimiento abreviado, luego la regla 2ª y a continuación la decisión de pena exacta de la regla 1ª.

No obstante no se trata de un problema especialmente desarrollado por la jurisprudencia, es posible advertir algunas decisiones judiciales que, aunque tangencialmente, parecen adoptar una posición en la materia. Es el caso de la sentencia de la Corte Suprema, rol N° 115.046-2022, de 5 de octubre de 2022, que en el contexto de un recurso de amparo centrado en el rechazo del procedimiento abreviado por parte del juzgado de garantía, sostuvo —al validar la decisión del juez recurrido— un orden específico de convergencia de reglas, a saber, en lo relevante, la aplicación de las reglas 1ª y 2ª del art. 449 CP con posterioridad a la reducción en grado del art. 407 inc. 5º CPP, en contra de la secuencia prescrita por tal precepto. El razonamiento central de la sentencia es el siguiente:

“Luego, no habiéndose modificado los hechos por los cuales el amparado fue acusado, esto es, dos delitos de robo con violencia e intimidación y un delito de hurto del artículo 446 N° 1 del Código Penal, así como los antecedentes de la investigación en que se funda el procedimiento abreviado, la Sra. Juez recurrida estaba facultada para efectuar la ponderación de los mismos y revisar si la pena propuesta se encuentra dentro de los límites establecidos para el procedimiento abreviado, labor que importa considerar la regla de exasperación de pena para los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de la misma especie, contenida en el artículo 351 del Código Procesal Penal, la rebaja de grado prevista en el artículo 407 del Código Procesal Penal, para luego considerar la regla 1º y 2º del artículo 449 del Código Penal, labor hermenéutica realizada por la Juez recurrida dentro del ejercicio de sus atribuciones”.

El régimen general de aplicación del art. 449 CP ya expuesto precedentemente es el mismo para el caso del procedimiento abreviado, con la precisión —que se destaca aquí— de aplicación de sus reglas 2ª y 1ª con posterioridad a la disminución en grado que prevé el art.

BESIO, Martín: “Ámbito y estructura general de aplicación del artículo 449 del Código Penal chileno”.

407 inc. 5° CPP. Ello supone que primero tienen lugar las reglas de depuración del marco legal abstracto que sean procedentes, posteriormente inciden las circunstancias modificatorias de eficacia extraordinaria que se presenten, a su turno la disminución en grado que prevé el art. 407 inc. 5° CPP para la aceptación de los hechos y antecedentes de la investigación que fundan el procedimiento abreviado, a continuación la regla 2ª que pasa a conformar de modo definitivo el marco rígido y, finalmente, la decisión de pena exacta que mandata la regla 1ª.

Bibliografía citada

- BESIO HERNÁNDEZ, Martín (2011): Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena (Valencia, Tirant lo Blanch).
- BESIO HERNÁNDEZ, Martín (2021): “Eximentes incompletas y art. 73 del Código Penal. El caso de la atenuante de imputabilidad parcial”, en: COUSO, Jaime, HERNÁNDEZ, Héctor; LONDOÑO, Fernando (Dir.), Justicia criminal y dogmática penal en la era de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje a Jorge Mera Figueroa (Santiago, Thomson Reuters), pp. 179-209.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2016): Segunda ley de agenda corta antidelincuencia N° 20.931. Comentarios desde la práctica jurisdiccional (Santiago, Librotecnia).
- COUSO SALAS, Jaime (2011a): “Artículo 50”, en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.), Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia (Santiago, Abeledo Perrot / Legal Publishing Chile), pp. 524-544.
- COUSO SALAS, Jaime (2011b): “Artículo 66”, en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.), Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia (Santiago, Abeledo Perrot / Legal Publishing Chile), pp. 594-597.
- COUSO SALAS, Jaime (2011c): “Comentario previo a los arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el Derecho chileno”, en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.), Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia (Santiago, Abeledo Perrot / Legal Publishing Chile), pp. 510-524.
- COUSO SALAS, Jaime (2011d): “Artículo 55”, en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.), Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia (Santiago, Abeledo Perrot / Legal Publishing Chile), pp. 548-549.
- CURY URZÚA, Enrique (2011): Derecho Penal. Parte general, 10ª ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- ESCOBAR VEAS, Javier (2018): “Permite el artículo 449 del Código Penal compensar racionalmente la agravante de reincidencia con una circunstancia atenuante? (Sentencias Rit N° 221-2017 y 419-2017 del 3er Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago)”, en: Revista de Derecho (Vol. XXXI, N° 1), pp. 375-386.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997): Derecho Penal. Parte General, 3ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2017): “La anomalía de la adaptación de la penalidad en los delitos contra la propiedad, según la Ley N° 20.931”, en: Revista de Ciencias Penales, sexta época (vol. XLV, N° 4), pp. 11-18.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2021): Manual de Derecho Penal chileno. Parte general, 2ª ed. (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex (2002): “Artículos 50 a 73”, en: POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (Dir.), Texto y comentario del Código Penal chileno, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I, pp. 323-382.
- MIR PUIG, Santiago (2011): Derecho Penal. Parte General, 9ª ed. (Barcelona, Editorial Reppertor).
- MORALES POLLONI, Leticia (2022): “Análisis jurisprudencial sobre la aplicación de la cláusula ‘mayor o menor extensión del mal producido por el delito’ contenida en el artículo 69 del Código Penal”, en: OLIVER, Guillermo (Dir.), Problemas actuales de

BESIO, Martín: “Ámbito y estructura general de aplicación del artículo 449 del Código Penal chileno”.

determinación de la pena en el Derecho penal chileno (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 73-124.

- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2021): “Algunos problemas del nuevo sistema de determinación de pena de los delitos de hurto y robo”, en: COUSO, Jaime, HERNÁNDEZ, Héctor; LONDOÑO, Fernando (Dir.), Justicia criminal y dogmática penal en la era de los Derechos Humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa (Santiago, Thomson Reuters), pp. 133-153.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2022): “Sobre la (im)procedencia de aplicar circunstancias modificatorias de responsabilidad penal de efecto extraordinario a los delitos de hurto, robo y receptación”, en: OLIVER, Guillermo (Dir.), Problemas actuales de determinación de la pena en el Derecho penal chileno (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 209-225.
- ORTIZ QUIROGA, Luis; ARÉVALO CUNICH, Javier (2013): Las consecuencias jurídicas del delito (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SILVA UBILLA, Elisa (2017): “Corte de Apelaciones de Santiago y el ‘marco rígido’ del artículo 449 del Código Penal Rol 2400-2017, de 14 de agosto de 2017”, en: Revista de Derecho Universidad San Sebastián (N° 23/2017), pp. 272-277.
- URIBE MONDACA, Daniela (2022): “Algunos problemas relativos a la determinación de la pena en el artículo 449 del Código Penal”, en: OLIVER, Guillermo (Dir.), Problemas actuales de determinación de la pena en el Derecho penal chileno (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 155-208.
- VERDEJO, Carlos; IRARRÁZAVAL, Cristián (2015): Minuta sobre las modificaciones introducidas por la denominada Ley de “Agenda Corta” (Santiago, Departamento de Estudios Defensoría Nacional).
- VAN WEEZEL, Alex (2023): Curso de Derecho Penal. Parte General (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- VAN WEEZEL, Alex (1997): “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 24 N° 3), pp. 459-502.
- WINTER ETCHEBERRY, Jaime (2016): “Panorama de la Ley N° 20.931 que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos ilícitos, más conocida como agenda corta antidelincuencia” (Santiago, Academia Judicial), pp. 1-35.

Jurisprudencia citada

- Corte de Apelaciones de Santiago, rol: 611-2023, 17 abril 2023.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol: 5.919-2022, 8 marzo 2023.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, RIT: 115-2022, 29 marzo 2023.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol: 4.850-2022, 10 febrero 2023.
- 2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT: 7-2023, 1 febrero 2023.
- Corte Suprema, rol: 115.046-2022, 5 octubre 2022.
- Corte Suprema, rol: 71.968-2021, 7 julio 2022.
- Corte de Apelaciones de Iquique, rol: 54-2022, 17 marzo 2022.
- 2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT: 131-2022, 17 junio 2022.

- 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT: 101-2022, 16 diciembre 2022.
- 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT: 102-2022, 16 diciembre 2022.
- 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT: 62-2022, 16 diciembre 2022.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol: 769-2022, 5 abril 2022.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol: 472-2022, 22 marzo 2022.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol: 2.241-2021, 16 noviembre 2021.
- Corte Suprema, rol: 139.835-2020, 15 marzo 2021.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol: 547-2021, 12 marzo 2021.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, rol: 4.356-2020, 15 enero 2021.
- Corte de Apelaciones de Talca, rol: 36-2021, 22 febrero 2021.
- Corte de Apelaciones de La Serena, rol: 89-2020, 2 abril 2020.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol: 4.503-2020, 10 septiembre 2020.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol: 538-2020, 14 abril 2020.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol: 2.021-2020, 4 noviembre 2020.
- Corte de Apelaciones de Arica, rol: 100-2019, 3 abril 2019.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol: 4.782-2017, 28 febrero 2018.
- 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT: 221-2017, 23 junio 2017.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol: 2.400-2017, 14 agosto 2017.
- 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT: 419-2017, 20 octubre 2017.