

LA ANOMALÍA DE LA ADAPTACIÓN DE LA PENALIDAD EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD, SEGÚN LA LEY N° 20.931

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA*
Universidad de Valparaíso

PALABRAS CLAVE: Delitos contra la propiedad, Ley N° 20.931, Derecho chileno, penas.

La Ley N° 20.931 introdujo modificaciones al Código Penal, el Código Procesal Penal y varias leyes especiales. En las reformas del procedimiento, es evidente el triunfo de las pulsiones inquisitivo-policiales que vienen deformando hace rato la estampa tímidamente acusatoria del Código de 2000. En las disposiciones relativas a los cuerpos policiales y de prisiones, a los que la «agenda corta» blinda ulteriormente merced a la agravación de las penalidades de quienes atentan contra sus miembros, se observa un retroceso que recuerda la legislación penal del régimen militar, que creíamos se empezó a superar con las leyes «Cumplido» de 1991. En fin, la modificación del artículo 433 del Código Penal, pero sobre todo la inserción de un nuevo artículo 449, son un paradigma de voluntarismo político y de irracionalidad legislativa. En lo que viene procuraré demostrar la exactitud de estas calificaciones, que por lo demás son una mácula predicable de casi todas las innovaciones penales de los últimos veinte años.

El nuevo artículo 449 establece un procedimiento inédito de adaptación de la penalidad, que destruye la estructura y el sentido de la conmensuración de la pena al interior del Código Penal. Llamamos conmensuración de la pena, al proceso por el cual la abstracta previsión penal de la ley es adaptada y concretada respecto de un suceso delictuoso singular, escogiéndose para éste la magnitud precisa dentro de las posibilidades comprendidas en los márgenes de aquélla, magnitud que ha de adecuarse a las particularidades y, por ende, reflejar el grado de injusto y de culpabilidad de ese suceso. Dentro de ella es dable distinguir dos etapas, una, la fase de adaptación, y otra, la de concreción. En efecto, antes de que la abstracta previsión de la ley sea fijada por el juez en una magnitud precisa, usualmente es necesario someter la penalidad a una fase de adaptación. Este amoldamiento es propio de la pena determinada relativamente, el supuesto básico de todo el proceso que consiste en conmensurarla. El sistema integrado por estas penas participa de

* Profesor titular de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral, en la Universidad de Valparaíso.

aquella relatividad en tres sentidos, bajo todos los cuales pulsa una misma razón de ser, proporcionadas a la gravedad del delito. Primero, como adaptación cualitativa, cuando quiera que la ley haya previsto para éste penas conjuntas o alternativas, lo que significa divisibles cualitativamente. En seguida, una vez que el tribunal decidió con cuál de los miembros de la disyuntiva proseguirá la tarea de ajustar la sanción, pero también si se trata de penas simples, como adaptación cuantitativa, porque los márgenes de la elegida o, en su caso, la indicada sin opciones por la ley, albergan un espectro más o menos amplio de posibilidades, definir cuál es asunto de la graduación dentro de la penalidad concreta. El tercer sentido va implícito en la alusión a esta última, pues, para llegar a ella se requiere contrastar la penalidad abstracta con ciertos dispositivos, yacentes en disposiciones generales o particulares de los textos legales, que están dotados de la aptitud de mover los márgenes relativos, ampliándolos o estrechándolos, e incluso cambiar la naturaleza de la pena original. Estos dispositivos representan complementos del sistema, en los que se inscriben por su poder modelador de los bordes flexibles de tales punitivas. Además, comparten con la penalidad graduable el para qué de la conmensuración en general, aquí en sus pródromos. Sólo que el afán de proporcionalidad que guía la construcción de la penalidad concreta difiere de las penas extraordinarias del Derecho común en varios aspectos, de los que interesa poner de relieve el siguiente. Al formar la penalidad correlativa a un delito preciso, la conminación que la ley anuncia para los de su clase, v. gr., el homicidio, es adaptada, no ya a la total individualidad de la ocurrencia delictuosa singular, sino según una serie de apreciaciones hipotéticas con que la ley manifiesta su opinión sobre sendos fenómenos que las infracciones suelen ofrecer en la realidad, con lo que nos referimos a cualquier delito o, por excepción, sólo a los de esa clase. Expresado en otros términos, así como hay causas de extensión de los tipos delictivos, así también existen factores que otorgan a la pena abstracta una validez que excede su alcance nominal. Si las primeras “amplían el concepto de delito acuñado en la Parte Especial (o en una ley subordinada) al someterse a una amenaza penal cierta magnitud de la zona que colinda con él” (M. E. Mayer), como la tentativa y la codelincuencia, las segundas confieren a la amenaza misma un grado que no coincide con el original, pero dejando intacto el título de imputación. Una mudanza en éste es ajena a las disposiciones en palabras, cuyo fin sigue siendo graduar la pena divisible conforme a la entidad e intensidad del delito.

El carácter de la adaptación de la penalidad fluye de la inserción sistemática de estas reglas. Por un lado, reciben de la penalidad determinada relativamente el sello valorativo de las penalidades abstractas. La valoración que los inspira, en consonancia con la gravedad en que la ley estima cada delito, prosigue a lo largo de las operaciones que rematan en la penalidad concreta. De ahí que esta etapa debiera ser conducida legalmente, en lo que hay que tener en cuenta, por cierto, que la conmensuración de la pena constituye de principio a fin un acto de apli-

cación del Derecho. La exigencia legalista, la vinculación del juez en su deber de hallar la pena condigna a la fenomenología que trasuntan nuestros dispositivos, tiene que ser tan elevada como en la identificación del tipo delictuoso aplicable y su penalidad, aún no puesta a la prueba de aquéllos, a las modificaciones que le imprimen conjeturalmente. Por ende, parece recomendable, incluso imperioso, que la ley asuma la responsabilidad directa de establecer con exactitud, esto es, “con un grado de precisión y aptitud determinativa análogos a los que se exigen para los elementos del tipo” (Figueiredo Dias), los factores que intervienen en la tarea, el orden en que hay que apreciarlos y sus efectos en los márgenes penales. Es verdad que la preformación legal de la penalidad concreta, característica de la codificación penal española, suscitó en el pasado airadas críticas que se encarnecieron con la dosimetría de reglas tildadas de aritméticas y pueriles, con ese mecanismo que encerró el arbitrio judicial “en límites mezquinos y estrechísimos”. Aun reconociendo los excesos de semejante organización y el automatismo a que se vio arrastrada por indiferencia o pereza la función judicial, no hay que pasar por alto que esos códigos buscaron respetar los requerimientos del principio de legalidad, más amenazado en el campo de la pena que en los dominios inelásticos del tipo, ni que la execrada dosimetría dejó abiertos espacios de genuina decisión judicial, sea en la calificación de los supuestos de hecho de los factores determinantes de la penalidad concreta —el concurso ideal impropio de delitos, entre muchos ejemplos que cabría aducir—, sea en el aumento o la rebaja del grado de pena, el régimen para resolver el concurso heterogéneo de circunstancias, etc., y, por tanto, incardinó en la primera fase de la conmensuración elementos atinentes a la segunda. Tampoco se debe soslayar el dato de que en los países donde se acogen situaciones innominadas de atenuación y agravación, la crítica ha puesto de manifiesto la carga de inseguridad jurídica que ello entraña para el hallazgo de la penalidad aplicable, reclamando un mayor protagonismo del legislador, no del juez, en la conducción del proceso. Y con razón, porque aquí está en juego un estadio intermedio entre penalidad y pena, la adecuación de la penalidad como paso preliminar a su concreción en una medida determinada.

Sentido y carácter de este paso se reúnen dócilmente en la concepción política que lo informa, el liberalismo. Puesto que la doctrina liberal reclama, de un lado, sumisión de la pena a la ley y, de otro, que el justiciable sea convocado a responder penalmente, no por lo que él es o por el interés ajeno, sino a causa de actos propios, de donde resulta lógica su inclinación a graduar el castigo según la trascendencia social objetiva del hecho y la participación subjetiva del hechor. Pero si legalidad y proporción se implican recíprocamente en el plano de las ideas políticas, porque ambas descansan en el racionalismo inspirador de dicha doctrina, otra cosa ofrece su armonización científica, mucho más ardua de conseguir. La dificultad proviene de un conflicto entre las ideas del Derecho subyacentes, seguridad jurídica y justicia, vista la generalización inherente a la seguridad y la especialización distintiva

de la justicia. Por eso, lo que se gana en aquélla, merced al establecimiento de márgenes penales netos, es perdido para ésta en su anhelo de reflejar en la pena la gravedad exacta del delito. Incluso la ganancia en seguridad puede ser dudosa. Si se ponen límites estrechos al arbitrio judicial en la cuestión de la pena, él se cobrará revancha de la libertad perdida arrojándose en la ponderación de la culpabilidad, ya que cada límite de la pena será fuente de disputas en la estimación de los elementos graduables del delito. Así, “cuantos más límites, tantos más serán los casos fronterizos; mientras más casos fronterizos, mayores controversias; cuantas más controversias, tanto mayor será la inseguridad jurídica” (Radbruch).

Como sea, el Código Penal chileno está inspirado por esa concepción política, racionalista y celosa de la libertad de los justiciables. A ello responde su sistema bifásico de conmensuración de la pena, en que el protagonismo lo tiene la ley, no el juez. Por lo demás, con márgenes penales que pueden ser bastante dilatados, como los del homicidio, la violación o el robo, no es de sorprender que el mismo Código los estreche con sus factores generales de adaptación. Éstos operan en una secuencia bien precisa, que todos aprendemos en nuestros estudios universitarios. Primero, las disposiciones sobre la penalidad de la tentativa y la participación (artículos 51 a 54); luego, las eximentes incompletas (artículo 73); en seguida, las reglas relativas a circunstancias atenuantes y agravantes (artículos 65 a 68 bis), coordinadas, en su caso, con la prescripción gradual de delito y pena (artículo 103); sucesivamente, la agravación penal del autor, coautor o inductor que se prevalecen de un menor de edad responsable penalmente (artículo 72); por último, el régimen de la reiteración de delitos de la misma especie (artículos 351 y 397 del Código Procesal Penal) y del concurso ideal (art. 75). Este orden debía ser seguido por el juez en la aplicación de las penas de cualesquiera delitos, hasta que aparecieron la agenda corta y, poco antes, las modificaciones que se perpetraron contra la Ley de Tránsito y la Ley de Control de Armas.

Por cierto, en el Derecho extranjero se conoce una forma de adaptación anómala, que consiste en un régimen o una sucesión de factores paralelos al común, de alcance más circunscrito que éste, aunque asimismo general, en el sentido de que el paralelismo afecta a clases de infracciones definidas según los conceptos abstractos de la teoría del delito, como sucede en España con las faltas y los hechos culposos. El Código chileno permaneció ajeno a estas manifestaciones. Contiene tan sólo algunas reglas para las faltas (artículos 9, 17 y 498), ciertas agravantes y atenuantes de determinados delitos y una pareja de disposiciones para graduar la pena de la reiteración de los delitos de hurto y receptación (artículos 451 y 456 bis A). Desafortunadamente, en el último tiempo han creado una *anomalía o malformación* del sistema, antes que un régimen de adaptación anómala, leyes modificatorias que inciden en delitos codificados y no codificados de bastante incidencia práctica. Ellas introducen un defecto estructural por partida doble, dado que no se refieren a grupos generales de infracciones, sino a delitos escogidos nada

más que por el específico bien ofendido, y porque descalabran la ensambladura del sistema general de adaptación, cercenándole o desordenándole el poder modelador de las circunstancias. En realidad, son leyes dictadas bajo la conmovedora impresión de algún hecho delictuoso en particular, en reacción ante desórdenes públicos ocurridos durante manifestaciones de protesta política o, por último, como un movimiento espasmódico revelador de la incapacidad de los poderes públicos para prevenir la delincuencia contra la propiedad, mas presentado en el papel como medidas con que se lleva sosiego a las gentes. Siendo así, nacidas de la alianza de voluntarismo y oportunismo, no es de sorprender que estemos ante leyes sumamente defectuosas desde el punto de vista técnico, siquiera logradas en su intención de trasladar al Poder Judicial la responsabilidad colectiva por el problema de la criminalidad. Vayamos por partes.

La Ley N° 20.770, de 16 de septiembre de 2014, endureció las penas de sendas agravaciones específicas del delito de conducción de automotores en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cuando el conductor cause lesiones gravísimas o la muerte de alguna persona. La sanción privativa de la libertad, presidio menor en su grado máximo y presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, respectivamente, sufre una agravación suplementaria, en el máximo o el grado máximo, si el reo es reincidente en el mismo delito, conductor profesional o, al contrario, tenía su licencia cancelada o estaba inhabilitado perpetuamente para la conducción de vehículos motorizados (artículo 196 de la Ley N° 18.290, sobre Tránsito)¹. Para estas penalidades, que de ordinario estarían sometidas a los artículos 67 y 68 del Código Penal, de concurrir en el hecho circunstancias agravantes o atenuantes, el artículo 196 bis de la Ley N° 18.290 establece que no se tomarán en consideración los artículos 67, 68 y 68 bis, sino otras reglas nuevas, que tratan en verdad sólo de la pena de la conducción con resultado de muerte, pero mezclando heteróclitamente las conocidas de los artículos 67 y 68, salvo la atenuación obligatoria en uno o más grados del concurso homogéneo de atenuantes y la agravación potestativa en un grado del concurso homogéneo de agravantes, y eliminando de raíz la reducción en un grado por la presencia de atenuantes calificadas. Además, el artículo 196 bis da a entender que en este delito son improcedentes las eximentes incompletas². En

¹ En la hiperagravación del inciso final del artículo, queda de manifiesto la alianza del Derecho Penal de autor con el voluntarismo jurídico, el único capaz de homologar situaciones abiertamente disímiles como el trasporte profesional de personas o cosas, y estar inhabilitado para conducir sobre cuatro, tres o dos ruedas.

² El tribunal no puede imponer una pena mayor o menor al marco fijado por la ley, dice el número 5, a menos que, tratándose de la eximente del número 11 del artículo 10 (estado de necesidad exculpante), concurre la mayor parte de sus requisitos, pero no todos. La reducción llega a un grado, no a los tres del artículo 73.

otras palabras, se limita drásticamente la apreciación circunstanciada del hecho, pero se descarga en el juez toda la responsabilidad de determinar la pena dentro de márgenes legales bastante amplios.

De peor factura, si cabe, es el nuevo artículo 17 B de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, modificada por la Ley N° 20.813, de 6 de febrero de 2015. Establece que en la determinación de la pena de los delitos de posesión, tenencia, porte y otros de armas, “*y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos*” de que trata este cuerpo legal –o sea, la agravante 20ª del art. 12, que esta modificación hizo evolucionar en la presente anomalía–, “*el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito*”. La disposición aniquila el sistema bifásico de conmensuración del Derecho chileno en un número indeterminado de delitos, que van desde el porte ilegal de armas hasta el homicidio, las lesiones, el robo, etc.

Ahora bien, la destrucción de la razón, como en la obra homónima de György Lukács, se ha extendido con la Ley N° 20.391, de 5 de julio de 2016, y hoy alcanza el sistema común de punición de los delitos de hurto, robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas y abigeato³. La regla primera del artículo 449, según el tenor que le impuso la reforma, marcha decididamente en la línea de la Ley de Armas. En estos hechos patrimoniales, “*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*”. La voluntad de liberar al juez de las exigencias legalistas opera en tres direcciones: 1º) por la cancelación del poder modelador de las circunstancias, 2º) por la referencia al «mal causado» –de 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– y 3º) por la insólita cláusula de que el tribunal fundamente en su fallo la concreción de la penalidad, en circunstancias de que este es su deber en la aplicación de cualesquiera penas, pero ahora parece que dejó de serlo, salvo en las del hurto y el robo.

³ Se salvaron del desastre nada más que los delitos de hurto de hallazgo (artículo 448, párrafo primero), apropiación de plumas, pelos, crines o cerdas de animales ajenos (art. 448 quinquies) y receptación (art. 456 bis A). De la intemperancia con que se redactó esta reforma ilustra, entre otros ejemplos que cabría señalar, que el actual artículo 449 del Código somete a su régimen especial de conmensuración penal los delitos de los párrafos 1 a 4 bis del título IX, por lo que no se explica que luego excluya expresamente la receptación, para la que existe hace pocos años un párrafo especial, el 5 bis del mismo título.

Con todo, la ley se cobra revancha en la regla segunda. De ser el condenado reincidente verdadero, o sea, si incurre en reincidencia específica después de haber cumplido la pena principal o aquella que la substituyó con arreglo a la Ley N° 18.216, *“el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado”*. En los grados o el tramo de grado que deje disponibles este gesto cruel e incomprensivo hacia el reincidente, que deja sobrevivir la recidiva en el papel de único factor de adaptación de la penalidad, podrán obrar en fase de concreción las demás circunstancias, pero nunca pudiendo las atenuantes compensar la hiperagravación, ya que aquí se mantiene un sistema bifásico mutilado en perjuicio del malhechor. Esto, sin mencionar que la reincidencia cambió derechamente las penalidades de hurto y robo, cuyos límites inferiores aumentaron en un grado o la mitad de un grado.

Tengamos presente que la concreción de la penalidad, regida en lo medular por el artículo 69 del Código, opera después de su adaptación legal. Que el artículo 69 permita volver a considerar las circunstancias atenuantes y agravantes que hubieran sido computadas, pero no totalmente valoradas en la aplicación de los artículos 65 a 68 bis, dista mucho de cancelar el significado jurídico y político que ellas poseen en el proceso de adaptación. Sin embargo, este significado, racionalista y liberal, se troca en su opuesto gracias a la malformación de la Ley de Armas y la agenda corta con su obsesión por los delitos contra la propiedad. No es sólo que en materia de circunstancias la adaptación y concreción de estas penalidades caen a un pozo monofásico, sino que se entrega al juez la libertad y se lo grava con toda la responsabilidad de concretarlas, sin otra limitación que sus márgenes mínimo y máximo. En el tipo básico del robo, por ejemplo, si fue cometido con armas, el tribunal deberá ajustar la pena entre cinco años y un día y veinte años de presidio. Lo mismo cabe decir del robo cometido sin armas, salvo que el hechor fuere reincidente, en cuyo caso la penalidad del delito es de presidio mayor en su grado medio a máximo. Cómo juegan las circunstancias al interior de este vastísimo espectro, eso, que lo averigüe por su cuenta el tribunal. Sea que imponga una muy alta u otra baja, la culpa será siempre suya.

En resumen, la idea inspiradora de estas reformas, que combinan con dudoso arte formalismo, voluntarismo y oportunismo, es que la responsabilidad colectiva por la delincuencia en Chile recae íntegramente en los jueces, nunca en los legisladores. Es jurídica, no política ni social. Un ademán insulso de pseudopurificación que, como el celeberrimo de la historia antigua —el de Poncio Pilatos—, no consigue eludir la propia responsabilidad. Pero ahora, su autor no es un prefecto, es el mismísimo legislador, que la traslada a los jueces.