Revista de Derecho Vol. XXXI - Nº 1 - JUNIO 2018 Páginas 375-386

DOI: 10.4067/S0718-09502018000100375

¿Permite el artículo 449 del Código Penal compensar racionalmente la agravante de reincidencia con una circunstancia atenuante? (Sentencias Rit Nº 221-2017 y 419-2017 del 3er Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago)

*Comentario de Javier Escobar Veas**

Santiago, veintitrés de junio de dos mil diecisiete.

1. Hechos acreditados

"SEXTO: Hecho acreditado. Valoración. Que la evidencia de cargo (…) resulta idónea y conducente en su globalidad e individualmente, para tener por establecido el hecho que a continuación se señala (…):

Alrededor de las 19.50 horas del 26 de Enero de 2017, I. M B. C. viajaba como pasajero al interior de un bus del Transantiago por avenida Pedro de Valdivia en la comuna de Ñuñoa, utilizando su teléfono celular marca Samsung, modelo Galaxy J5, color negro, instante en que fue abordado por R. A. S. I., quien le arrebató el teléfono de sus manos para descender inmediatamente del bus y darse a la fuga por la misma avenida en dirección al Sur, siendo detenido por un particular en las inmediaciones del Estadio Nacional con la especie sustraída en su poder".

2. Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes

"DÉCIMO: Circunstancias modificatorias. Que en relación a la atenuante establecida en el Nº 9 del artículo 11 del Código Penal, de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, reclamada por la Defensa, será acogida por este estrado, toda vez que lo aseverado por el acusado ha permitido a estas juezas arribar a la convicción de la existencia del hecho punible en la forma que fuera establecida y de la participación en calidad de autor del acusado en aquél, máxime si su colaboración permitió corroborar los dichos del ofendido.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho Penal, Universidad Diego Portales. Profesor de Derecho Penal, Universidad Mayor.

Ahora bien, en lo atingente a la agravante establecida en el Nº 16 del artículo 12 del Código Penal de reincidencia específica hecha valer por el acusador, será igualmente acogida por este estrado, ello por cuanto de la copia autorizada de la sentencia incorporada por el Ministerio Público, su respectivo certificado de ejecutoria y del extracto de filiación y antecedentes del enjuiciado, deviene que este ha sido condenado con anterioridad a la comisión de este injusto, por delito de la misma especie, estructurándose en este entendido la causal de agravación en trato".

3. Determinación de la pena

"UNDÉCIMO: Determinación de la pena. Que para efectos de determinar la sanción privativa de libertad a imponer (…), en primer término se debe tener en consideración, el principio de proporcionalidad, que se erige como un elemento rector al tiempo de establecer la sanción penal aplicable al caso concreto.

Lo anterior, por cuanto toda sanción se traduce el interés de la sociedad en imponer un castigo de carácter penal suficiente para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado.

(…).

En efecto, la idea de proporcionalidad no puede ser desvinculada con las consideraciones sobre el fin y función de la pena. Generalmente se acepta que no es posible determinar la medida de la pena si esta no está orientada a un fin. La consideración hacia los fines de la pena en el proceso de individualización penológica implica que la decisión que se adopte venga dada por los objetivos que se persiguen con la misma.

Pues bien, luego de la publicación el 5 de julio del año 2016, de la Ley Nº 20.931, que Facilita la Aplicación Efectiva de las Penas Establecidas para los Delitos de Robo, Hurto y Receptación y Mejora la Persecución Penal de Dichos Delitos, se agregó al código de castigo el nuevo artículo 449 el cual establece que para efectos de determinar la pena de los delitos mencionados precedentemente no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 del código punitivo y se aplicarán las siguientes reglas:

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

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

De esta forma, al interior de cada grado previamente establecido por el legislador penal, el tribunal tiene la facultad de determinar cuál es la pena exacta a aplicar, tomando en consideración, el número y entidad de las circunstancias modificatorias

de responsabilidad criminal, y la gravedad del mal causado por el delito. Este proceso valorativo queda entregado a la discrecionalidad juez, quien no tiene más pautas legales de actuación en este ámbito que las señaladas.

Que, en la especie, R. A. S. I. resulta responsable de un delito de robo por sorpresa, penado con presidio menor en sus grados medio a máximo y, siendo beneficiario de una circunstancia atenuante y perjudicándole a su vez una circunstancia agravante de responsabilidad penal, este Tribunal, por mayoría, de conformidad a lo establecido en el artículo 449 del Código Penal, compensará racionalmente una circunstancia con otra, imponiendo la sanción en el quantum que se dirá en lo resolutivo del fallo, teniendo para ello y en consideración especialmente la extensión del mal causado.

Para así decidirlo, se ha tenido en consideración que la regla 1ª del artículo 449 del Código Penal, incorporada por Ley Nº 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 aumentan, de modo que realizado ese ejercicio racional, sin que subsista en la especie la agravante de responsabilidad penal que contempla la regla 2ª del citado artículo (12 Nº 16), procede situarnos única y exclusivamente en lo dispuesto en el artículo 449 Nº 1 del referido cuerpo legal.

En efecto, el numeral primero del artículo 449 del Código Penal se coloca en la hipótesis de que concurran circunstancias atenuantes y agravantes y el numeral segundo en el escenario que sólo se materialicen las agravantes previstas en el artículo 12 Nº 15 y 16 del Código Penal.

En ese orden de ideas, situándonos en el numeral primero del referido precepto (…) la sanción privativa de libertad se aplicará el mínimo, en la forma en que será dispuesta en la parte resolutiva de la presente sentencia.

Estimamos que una interpretación en contrario implicaría colocar en el mismo escenario a un acusado respecto al cual se configurare sólo una agravante –artículo 12 Nº 15 o 16 del Código Penal– con aquél respecto del que materializaren una minorante 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.

Por lo tanto, una interpretación armónica del artículo 449 del Código Penal, permite inferir que este lo que persigue es evitar los efectos atenuadores de la multiplicidad de atenuantes y aquéllas muy calificadas, esencialmente impidiéndole al tribunal las rebajas en grados que la concurrencia de dichas circunstancias autorizan lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal. En esencia, el nuevo sistema de determinación de pena permite al juez (artículo 449 Nº 1 del Código Penal), sin importar la cantidad de modificatorias, solamente definir la pena dentro del marco fijado por la ley en la tipificación del delito, sin la posibilidad de rebaja en grados, considerando para la determinación al número de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, que en estricto rigor es la aplicación del artículo 69 como único criterio a considerar.

La segunda regla de la disposición (artículo 449 Nº 2 del Código Penal) establece la obligación del Tribunal de excluir el grado mínimo de la pena o el mínimum, en el caso que respecto de los acusados sólo concurra como modificatoria de responsabilidad penal ser reincidentes en los términos de los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal. Circunstancia, que en la especie no se configura, dada la compensación efectuada por estas juezas de mayoría en los términos explicitados precedentemente.

(…).

Por estas consideraciones, y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos (…), se declara que:

I.- Se condena a R. A. S. I. (…) a cumplir la pena de 541 (quinientos cuarenta y un días) de presidio menor en su grado medio (…)".

4. Voto de minoría

"Se previene que la juez P. C. G. estuvo por aplicar al acusado (…) la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo (…).

Para así decidir, quien previene tuvo en cuenta lo siguiente:

a) Al acusado le favorece una circunstancia atenuante del artículo 11 Nº 9 del Código Penal y le perjudica una circunstancia agravante del artículo 12 Nº 16 del citado Código.
b) La norma del artículo 449 del Código Penal introducida por la Ley 20.931 de fecha 5 de julio de 2016, resulta imperativa para el tribunal al momento de determinar la pena a aplicar, pues aquella señala que no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicaran las reglas establecidas en los numerales uno y dos de la citada norma, respectivamente cuando fuere el caso.
c) El efecto de la circunstancia agravante de acuerdo al numeral dos de la norma en comento, es justamente impedir que se aplique al responsable el mínimo de la pena señalada al delito, lo que constituye un efecto especial y distinto, únicamente asimilable a la regla de determinación de pena que para los delitos sexuales se aplica, cual es, el artículo 368 del Código Penal.
d) Que en la especie, al acusado le perjudica la circunstancia agravante del artículo 12 Nº 16 del Código Penal, debiendo aplicarse imperativamente la regla del numeral dos, la que señala "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 –numeral uno– excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimum si consta de un solo grado".

En consecuencia, quien disiente entiende que la agravante invocada, y acogida por el tribunal tiene un estatuto especial de punibilidad, no pudiendo quedar al arbitrio del mismo compensar esta agravante con la minorante de colaboración sustancial, teniendo para ello en cuenta que existe texto legal expreso que lo impide".

Santiago, veinte de octubre de dos mil diecisiete.

1. Hechos acreditados

"SEXTO: Hecho acreditado. Valoración. Que la evidencia de cargo (…) resulta idónea y conducente en su globalidad e individualmente, para tener por establecido el siguiente hecho (…):

El 25 de Marzo de 2017, alrededor de las 11:40 horas, en circunstancias que W. C. M. viajaba como pasajero a bordo de un bus de la locomoción colectiva que circulaba por Avenida Grecia entre las calles Pedro de Valdivia y Marathon, frente al Estadio Nacional, se sentó a su lado M. N. A., quien extrajo de una mochila que portaba un arma que aparentaba ser de fuego, con la que lo apuntó manteniéndolo intimidado, para luego tomar y abrir la mochila de la víctima, sustrayendo desde su interior un teléfono celular marca LG, modelo G4 Stylus, de color gris, descendiendo del bus con la especie en su poder, siendo posteriormente detenido por personal de Carabineros".

2. Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes

"DÉCIMO: Circunstancias modificatorias. Que, conforme al mérito del extracto de filiación del sentenciado y la documental acompañada por la Fiscalía en la audiencia de determinación de pena, este Tribunal estima que a Núñez Albornoz le perjudica la agravante de responsabilidad criminal contemplada en el numeral 16 del artículo 12 del Código Penal, desde que ha sido condenado con anterioridad a la comisión de este injusto, por delito de la misma especie, estructurándose en este entendido la causal de agravación en trato.

Que en relación a la minorante comprendida en el artículo 11 Nº 9 del Estatuto Punitivo, esto es, la de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos alegada por la Defensa. Esta le será reconocida al encartado por cuanto su atestado resultó relevante al tiempo de la determinación del sustrato fáctico que se dio por acreditado, como la participación que le cupo en él (…)".

3. Determinación de la pena

"UNDÉCIMO Determinación de la pena. Que para efectos de determinar la sanción privativa de libertad a imponer a Núñez Albornoz, en primer término se debe tener en consideración, el principio de proporcionalidad, que se erige como un elemento rector al tiempo de establecer la sanción penal aplicable al caso concreto. Lo anterior, por cuanto toda sanción se traduce el interés de la sociedad en imponer un castigo de carácter penal suficiente para la represión y prevención de los comportamientos delictivos; y por el otro, el interés del individuo en que no sufrirá un castigo que exceda el límite

del mal causado, lo cual limita el ejercicio de la facultad de castigar en cuanto ordena no imponer sanción si no hay culpa y que esa sanción ha de ser adecuada a la culpabilidad. La pena constituye, de este modo, una retribución que la sociedad impone por el mal causado de modo que: a mayor mal, mayor culpabilidad, y por lo tanto mayor castigo merece el culpable.

Pues bien, luego de la publicación el 5 de julio del año 2016, de la Ley Nº 20.931, que Facilita la Aplicación Efectiva de las Penas Establecidas para los Delitos de Robo, Hurto y Receptación y Mejora la Persecución Penal de Dichos Delitos, se agregó a nuestro código de castigo el nuevo artículo 449, el cual establece que para efectos de determinar la pena de los delitos mencionados precedentemente no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 del código punitivo y se aplicarán las siguientes reglas:

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

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

De esta forma, al interior de cada grado previamente establecido por el legislador penal, el tribunal tiene la facultad de determinar cuál es la pena exacta a aplicar, tomando en consideración, el número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, y la gravedad del mal causado por el delito. Este proceso valorativo queda entregado a la discrecionalidad juez, quien no tiene más pautas legales de actuación en este ámbito que las señaladas precedentemente.

Que, en la especie, M. N. A., resulta responsable de un delito de robo con intimidación, penado con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo y, siendo beneficiario de una circunstancia atenuante y perjudicándole a su vez una circunstancia agravante de responsabilidad penal, este Tribunal, de conformidad a lo establecido en la regla 1ª del artículo 449 del Código Penal, compensará racionalmente una circunstancia con otra, imponiendo la sanción en el quantum que se dirá en lo resolutivo del fallo, teniendo para ello y en consideración especialmente la recuperación de la especie.

Para así decidirlo, se ha tenido en consideración que la regla 1ª del artículo 449 del Código Penal, incorporada por Ley Nº 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 aumentan, 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 (para este caso la del artículo 12 Nº 16), procede situarnos única y exclusivamente en lo dispuesto en el artículo 449 Nº 1 del referido cuerpo legal.

En efecto, el numeral primero del artículo 449 del Código Penal se coloca en la hipótesis de que concurran circunstancias atenuantes y agravantes y el numeral segundo en el escenario que sólo se materialicen las agravantes previstas en el artículo 12 Nº 15 y 16 del Código Penal.

En ese orden de ideas, situándonos en el numeral primero del referido precepto y considerando que la limitación se encuentra supeditada al hecho de que sólo se podrá imponer una pena dentro del rango del presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, y considerándose para esta finalidad la concurrencia de la minorante y la agravante antes citadas y la menor extensión del mal causado, en atención a que la especie sustraída –un celular– fue recuperado en perfectas condiciones y puesto inmediatamente a disposición de su legítimo dueño, la que la sanción privativa de libertad se aplicará en el mínimo, en la forma en que será dispuesta en la parte resolutiva de la presente sentencia.

Estimamos que una interpretación en contrario implicaría colocar en el mismo escenario a un acusado respecto al cual se configurare sólo una agravante –artículo 12 Nº 15 ó 16 del Código Penal– con aquél respecto del que materializaren una minorante 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.

Por lo tanto, una interpretación armónica del artículo 449 del Código Penal, permite inferir que este lo que persigue es evitar los efectos atenuadores de la multiplicidad de atenuantes y aquéllas muy calificadas, impidiéndole al tribunal las rebajas en grados que la concurrencia de dichas circunstancias autorizan de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal. En esencia, el nuevo sistema de determinación de pena permite al juez (artículo 449 Nº 1 del Código Penal), sin importar la cantidad de modificatorias, solamente definir la pena dentro del marco fijado por la ley en la tipificación del delito, sin la posibilidad de rebaja en grados, considerando para la determinación al número de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, que en estricto rigor es la aplicación del artículo 69 como único criterio a considerar.

La segunda regla de la disposición (artículo 449 Nº 2 del Código Penal) establece la obligación del Tribunal de excluir el grado mínimo de la pena o el mínimum, en el caso que sólo concurra respecto del condenado como modificatoria de responsabilidad penal, la de ser reincidentes en los términos de los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal. Circunstancia, que en la especie no se configura, dada la compensación efectuada por estas juezas en los términos explicitados.

A mayor abundamiento, podemos sostener que el legislador actual continúa teniendo presente los principios de igualdad y proporcionalidad de las penas, desde que las normas modificatorias para la participación criminal se siguen aplicando y, los cómplices mantienen la rebaja de un grado a la sanción a imponer. Del mismo modo, se aplican las reglas de los concursos de los artículos 74 y 75 del Código Penal y el aumento en grado que permite el artículo 351 del Código Procesal Penal. Igualmente, y esto resulta fundamental, no se afecta a determinadas circunstancias modificatorias que puedan tener efectos propios. Así, por ejemplo, la rebaja de un grado por la devolución de la cosa hurtada o robada antes del inicio de la persecución penal que establece el artículo 456 del Código Penal, el que sigue teniendo plena aplicación.

(…)

Por estas consideraciones, y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos (…), se declara que:

I.- Se condena a M. A. N. A. (…) a soportar la pena de 5 años y 1 día de presido [sic] mayor en su grado mínimo (…)".

Comentario

El 5 de julio de 2016 fue publicada la Ley Nº 20.931, cuya finalidad fue facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejorar la persecución penal de los mismos.

Entre las modificaciones efectuadas por esta polémica ley[1] destaca el establecimiento de un sistema especial de determinación de pena para los ilícitos mencionados en su título[2]. En efecto, el Nº 3 del nuevo cuerpo normativo incorporó un nuevo artículo 449 al Código Penal[3], del siguiente tenor:

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

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

2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12[4], el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimum si consta de un solo grado".

[1] Tanto la Corte Suprema como distintos académicos criticaron públicamente las disposiciones del proyecto de ley. Si bien la institución que mayor polémica generó fue el denominado "control de identidad preventivo", otras modificaciones del proyecto fueron criticadas con similar energía, así como la introducción del delito de receptación en la ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la ampliación de la posibilidad de apelar verbalmente en contra de la resolución que rechaza o sustituye la prisión preventiva, y la flexibilización de ciertos requisitos o límites en el control de identidad contemplado en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

[2] Similares sistemas ya habían sido establecidos a propósito de la ley de tránsito y la ley de control de armas.

[3] Toda referencia a alguna norma, sin que se indique cuerpo normativo, debe entenderse efectuada al Código Penal.

[4] Es posible clasificar la reincidencia en propia (específica o genérica, artículo 12 Nºs 15 y 16) e impropia (artículo 12 Nº 14). Acerca de esta clasificación y sus fundamentos, ver Cury, E., Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2011, pp. 504 y ss.

Las sentencias que se comentan en el presente trabajo plantean una discusión jurídica a propósito de este sistema especial de determinación de pena. La pregunta a resolver es si el citado artículo 449 permite o no compensar racionalmente la circunstancia agravante de reincidencia propia, ya sea genérica o específica, con una atenuante.

Las consecuencias prácticas de una u otra postura son de la máxima relevancia, y así ha quedado demostrado en la propia sentencia. A modo de ejemplo, en la primera sentencia, tras reconocer la concurrencia de la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos y de la agravante de reincidencia propia específica, el voto de mayoría resolvió compensar ambas circunstancias, imponiendo en definitiva la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio. Por su parte, el voto de minoría rechazó la posibilidad de efectuar tal compensación, señalando que la pena mínima a imponer era, por tanto, la de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo.

¿Era posible o no compensar racionalmente ambas circunstancias modificatorias?

La respuesta a tal pregunta es negativa, como señaló el voto de minoría de la primera sentencia, en virtud de las siguientes razones:

Como primer punto, es factible tener presente la estructura y el texto del artículo 449. Esta disposición señala que, para efectos de determinar la pena de los delitos allí mencionados, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69, debiendo aplicarse, en cambio, las reglas contenidas en los dos numerales que la misma norma establece. En relación a estos, es posible afirmar que el Nº 1 establece la regla general, la que ordena que el tribunal deberá determinar la pena a aplicar dentro del grado o grados señalados por la ley, fijando su cuantía exacta en atención al número y entidad de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que concurran, y a la menor o mayor extensión del mal causado. Sin perjuicio de lo anterior, en el numeral 2 del artículo 449 se ha establecido expresamente una regla excepcional, disponiendo que, en caso de que concurra la circunstancia agravante de reincidencia propia, el tribunal no podrá imponer el mínimum o el grado mínimo de la pena asignada por la ley al delito, dependiendo si esta consta de uno o dos grados.

¿Cómo se debe interpretar la regla establecida en el numeral 2?, o dicho en otras palabras, ¿cuál es la naturaleza de la agravante de reincidencia en este específico contexto? En relación con las circunstancias modificatorias de responsabilidad, la doctrina ha construido diversas clasificaciones, atendiendo a variados puntos de vista[5]. Una de estas clasificaciones se relaciona con la intensidad de los efectos que producen, dividiéndose en:

Circunstancias de efectos ordinarios: son aquellas circunstancias cuyas consecuencias se regulan en los artículos 65 a 68.

[5] Rodríguez, Luis, 2011: "Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal", en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, V. XXXVI, Nº 1, pp. 397-428, p. 410. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100011 [Fecha de consulta: 15.06.2017].

Circunstancias de efectos extraordinarios: son aquellas cuyas consecuencias se encuentran intensificados por normas especiales[6], no aplicándose a su respecto los artículos 65 a 68. Ejemplos de este tipo de circunstancias son las comprendidas en los artículos 72, 73, 142 bis y 366, entre otras.

Desde este punto de vista, es posible afirmar que, para efectos del artículo 449 Nº 2, la circunstancia modificatoria de reincidencia propia constituye una agravante de efectos extraordinarios, toda vez que sus consecuencias penológicas se han visto intensificadas por la misma norma citada. Por su parte, la atenuante del artículo 11 Nº 9, reconocida al imputado en el caso de autos, constituye una atenuante de efectos ordinarios.

Teniendo en cuenta la naturaleza de ambas circunstancias modificatorias, ¿era posible compensarlas racionalmente?

Nuestra doctrina está de acuerdo con que únicamente se pueden compensar racionalmente entre sí circunstancias de efectos ordinarios, mas no aquellas de efectos extraordinarios. Estas no se podrían compensar ni siquiera con circunstancias de la misma naturaleza[7]. Se ha argumentado que en estos casos es la propia ley la que ha querido excluir la circunstancia extraordinaria de que se trate de los efectos establecidos en los artículos 65 a 68, mediante la concesión de una consecuencia penológica de mayor intensidad[8]. Si se permitiese la compensación racional de esta circunstancia tal pretensión punitiva se vería frustrada.

Esta sería precisamente la situación del artículo 449 Nº 2. Resulta claro que la pretensión del legislador fue tratar con mayor severidad a aquellos imputados que fueran reincidentes, finalidad que se desprende nítidamente de la historia de la Ley Nº 20.931. En efecto, ya en el mensaje se señalaba: "También es sabido que un pequeño grupo de personas reincidentes son responsables de la mayoría de los delitos de mayor connotación social"[9]. Acto seguido, en los objetivos del proyecto se consigna que uno de aquellos era "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 Nº 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad y, tratándose de robos violentos y en lugar habitado, supongan un efectivo cumplimiento de las penas impuestas"[10].

Durante la tramitación legislativa el Congreso Nacional solicitó la opinión jurídica de la Excma. Corte Suprema, órgano que contestó mediante el Oficio Nº 23-2015.

---

[6] Van Weezel, Alex, 1997: "Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena", en Revista Chilena de Derecho, V. 24, Nº 3, 1997, pp. 459-502, p. 499; Rodríguez, 2011, p. 411.

[7] Van Weezel, 1997, p. 499; Matus, Jean Pierre y Van Weezel, Alex, 2002: "Comentario a los artículos 50 a 73", en Sergio Politoff y Luis Ortiz (Directores), Texto y comentario del Código Penal Chileno, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 362; Couso, Jaime, 2011: "Comentario al artículo 66", en Héctor Hernández y Jaime Couso (Directores), Código Penal Comentado. Parte General, Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Santiago, p. 596; Etcheberry, Alfredo, 1999: Derecho Penal Parte General, Editorial Jurídica de Chile, T. II, pp. 189 y 190.

[8] Van Weezel, 1997, p. 500.

[9] Historia de la Ley Nº 21.931, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 5.

[10] Historia de la Ley Nº 21.931, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 6.

A propósito del numeral 2 del artículo 449, el máximo tribunal interpretó dicha norma en idéntico sentido al acá defendido, señalando: "Tratándose de los condenados reincidentes en los delitos de que se trata, la propuesta señala que el juez determinará la pena conforme a la norma anteriormente comentada, dentro del grado inmediatamente superior al señalado por la ley tratándose de simples delitos. En el caso de crímenes, se deberá excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta o la mitad inferior si consta de un solo grado. A este respecto, se dan por reproducidas las observaciones precedentes, ya que la reincidencia deja de ser –en estos casos– una circunstancia agravante genérica, que pueda eventualmente compensarse con alguna atenuante y pasa a ser un factor influyente –*a priori*– de modo imperativo en la determinación judicial de la pena, que constituye un ámbito soberano en que los jueces ejercen sus atribuciones"[11].

Por último, es posible todavía señalar un argumento de texto, en el sentido de que la posibilidad de compensación racional se encuentra precisamente en aquellas normas que, por mandato expreso del artículo 449, no es posible aplicar por parte del tribunal, vale decir, los artículos 65 a 68. De esta forma, cabría preguntarle al voto de mayoría en qué norma fundamenta la potestad jurisdiccional de compensación que arguye.

Ahora bien, las sentencias comentadas sostienen que una interpretación contraria a la posibilidad de compensar racionalmente la circunstancia agravante de reincidencia propia "implicaría colocar en el mismo escenario a un acusado respecto al cual se configurare solo una agravante –artículo 12 Nº 15 o 16 del Código Penal– con aquel respecto del que materializaren una minorante y una agravante, (…) lo que sin duda atenta contra el principio de igualdad y de proporcionalidad de las penas"[12].

No podemos sino estar en desacuerdo con la tesis precedentemente transcrita, por cuanto, en nuestra opinión, ella confunde la determinación legal con la individualización judicial de la pena.

Para efectos de ilustrar lo anterior, imaginemos la siguiente situación:

Dos imputados son condenados por el delito de robo por sorpresa. Si bien respecto de ambos procede la agravante de reincidencia del artículo 12 Nº 16, en el caso de uno de ellos además se configura la atenuante de reparación con celo del mal causado del artículo 11 Nº 7.

Conforme con la interpretación acá sostenida, respecto de los dos acusados la pena en abstracto a imponer sería de presidio menor en su grado máximo, vale decir, de 3 años y 1 día a 5 años. ¿Infringe esta situación el principio de igualdad y de proporcionalidad de las penas, como lo sostuvo el voto de mayoría?

La respuesta, por supuesto, es negativa. Si bien el proceso de determinación legal de la pena ha finalizado con un resultado idéntico para ambos acusados, no es menos cierto que la propia ley le otorga al tribunal la potestad de fijar judicialmente el *quantum* exacto de la pena a imponer para cada caso. Es precisamente el tribunal, entonces, el

[11] Oficio Nº 23-2015, de fecha 5 de marzo de 2015, mediante el cual la Excma. Corte Suprema informa el proyecto de ley contenido en el Boletín 9885-07, pp. 13 y 14.

[12] Considerando Undécimo.

órgano en el que recae la obligación de preservar el principio de proporcionalidad. En el caso planteado, por tanto, uno esperaría que, *a priori*, la pena a imponer respecto del imputado favorecido por una circunstancia atenuante sea menor que la del otro acusado, a menos que, en atención a criterios materiales relativos a la mayor o menor extensión del mal causado, la decisión precedente deba ser modificada[13].

Pareciera ser que las sentencias individualizadas no le asignan, a la individualización judicial de la pena, ningún rol en la preservación de los principios ya señalados. En su opinión, aparentemente, solo la determinación legal de la sanción penal tendría tal función. Lo anterior es relevante, puesto que parte de la doctrina ha señalado que, a pesar de la importancia de esta fase de determinación penológica, los tribunales "tienden a hacer escasa aplicación de ella, limitándose, por regla general, a aplicar en la mayor parte de los casos el mínimo del grado de la pena resultante (…), sin mayores fundamentos acerca del valor que a las circunstancias concurrentes se les asigna, la entidad que se les atribuye o la extensión del mal que se estima causado"[14-15].

A modo de conclusión, es posible afirmar lo siguiente:

a. El nuevo artículo 449 Nº 2 transforma a la circunstancia agravante de reincidencia propia en una de efectos extraordinarios.
b. Unánimemente, la doctrina ha señalado que no procede la compensación racional respecto de circunstancias modificatorias de efectos extraordinarios.
c. Las sentencias comentadas, por tanto, incurren en un error al compensar racionalmente la agravante de reincidencia (de efectos extraordinarios en este contexto) con la atenuante de efecto ordinario de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.

[13] El artículo 449 Nº 1 reproduce los criterios establecidos en el artículo 69, en cuanto a que los factores para para determinar la cuantía exacta de la sanción son la entidad y número de circunstancias modificatorias y la mayor o menor extensión del mal causado por el delito.

[14] Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia, 2004: Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2° Edición, p. 537.

[15] Acerca del contenido y alcance del artículo 69, ver Van Weezel, Alex, 2001: "Determinación de la pena exacta: El artículo 69 del Código Penal", en Ius et Praxis, V. 7 Nº 2, pp. 401-407. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200017 [Fecha de consulta: 6.06.2017].