



La derogación de la agravante de ‘pluralidad de malhechores’
ha sido un desafío para los defensores públicos

BUSCANDO AGUJAS EN UN INMENSO PAJAR

► La promulgación de la Ley N° 20.931 de agenda corta anti delincuencia dio vigencia a la nueva agravante prevista en el artículo 449 bis del Código Penal. Ello ha implicado un enorme esfuerzo para los defensores públicos, quienes han debido instar en tribunales por la debida adecuación de cientos de condenas previas, dictadas bajo la vigencia de la agravante contenida en el artículo 456 bis N° 3 del mismo código, que fue derogada.

► Por Jorge Moraga T.,
jefe Unidad de Estudios,
Defensoría Regional Metropolitana Sur.

Resulta indudable que los delitos de mayor ocurrencia y que afectan en mayor medida a la ciudadanía, tanto en términos efectivos como por su ocurrencia, influyen determinadamente en la sensación colectiva de inseguridad ciudadana. Son los delitos contra la propiedad, principalmente el robo en sus diversas variantes y el hurto.

En consideración a lo anterior, el propósito fundamental que llevó a la dictación de la Ley N° 20.931, conforme se indicó expresivamente en el respectivo mensaje presidencial que le acompañó, fue el de “trancar la llamada puerta giratoria en esta clase de delitos”.

En su propósito de facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para este grupo de delitos y otros vinculados directamente a éstos (como receptación y abigeato), la Ley N° 20.931 consagra un régimen rígido en el establecimiento judicial de la pena que se ha de imponer en cada uno de los casos.

Como mecanismo legal destinado a hacer realidad ese nuevo régimen de determinación judicial de las penas, las ordinarias circunstancias modificatorias de responsabilidad respecto de este conjunto de delitos han perdido su potencialidad de permitir una variación de la pena a imponer que exceda el marco punitivo establecido por ley respecto de cada uno de ellos.

Recordando nuevamente el mensaje de esta ley, queda de manifiesto que ésta vino a dar respuesta a una “necesidad ciudadana absolutamente transversal, de que esta categoría de delitos debe ser intervenida con medidas que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometen, sujetos a penas privativas de libertad”.

Bajo ese cardinal propósito de nuestro legislador, y durante la discusión parlamentaria que generó esta sustancial modificación normativa, se vislumbró la conveniencia de establecer como una nueva agravante de responsabilidad la que se plasmó en el nuevo artículo 449 bis del Código Penal (en adelante CP), consistente en que el autor de estos delitos “haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinadas a cometer dichos hechos punibles”.

“El propósito fundamental que llevó a la dictación de la Ley N° 20.931, conforme se indicó expresivamente en el respectivo mensaje presidencial que le acompañó, fue el de “trancar la llamada puerta giratoria en esta clase de delitos”.

La incorporación de esta nueva agravante llevó, a su vez, a la derogación de aquella aplicable para los delitos de robo y hurto, prevista en el artículo 456 bis N° 3 del CP, esto es, el “ser dos o más los malhechores”.

Es importante destacar que la derogación de esta agravante no ha afectado en caso alguno el propósito de la nueva ley, en cuanto a asegurar la aplicación efectiva de las penas que se impongan por estos delitos, es decir que los responsables por dichos delitos reciban la pena prevista por la ley para el delito que se trate y que ésta no sea -en el evento de ser impuesta- reemplazada por una pena sustitutiva. Así se lo ha propuesto la nueva regulación penal y la derogación de la agravante en cuestión -asunto muy marginal dentro de la nueva regulación legal- no afecta en un ápice dicho propósito legislativo.

Analizada la historia de la ley, se constata que se entendió que la nueva agravante superaría los inconvenientes que existirían para aplicar la circunstancia 3ª del artículo 456 bis del CP, desde el momento que los tribunales habrían interpretado que la palabra «malhechores» hacía referencia a aquellas personas que han hecho del delito su ocupación, es decir que tienen varias condenas previas por delitos de la misma índole.

Dicha agravación no operaría entonces, según esta visión, cuando se trata de primerizos, aunque en la práctica el delito haya sido cometido con el auxilio de un grupo de personas.

La verdad es que este argumento resulta bastante cuestionable, pues sólo un sector minoritario de la jurisprudencia le dio el mencionado alcance al concepto “malhechores”, pues de manera mayoritaria estimó desde siempre que para que se aplicase la derogada circunstancia modificatoria de respon-



sabilidad no resultaba necesario que los autores o partícipes de estos delitos presentasen condenas anteriores.

Es indudable que la nueva agravante del artículo 449 bis del CP contiene requisitos más exigentes que los contenidos en el derogado art. 456 bis N° 3 de dicho cuerpo legal, amén de que el ámbito de aplicación de la nueva agravante del 449 bis CP se presenta como más amplio que la circunstancia modificatoria eliminada, toda vez que aquella se aplica también a la receptación y no sólo al hurto y al robo, como ocurría con la extinta pluralidad.

UN DESAFÍO

Si bien la Ley N° 20.931 incorporó diversas modificaciones sustantivas y procesales que hacen más rigurosa la reacción penal frente a la comisión de este conjunto de delitos y más expedito el camino -en sede investigativa y judicial- para arribar a sentencias condenatorias en tales casos, la derogación de esta agravante ha traído como una novedad quizás impensada el desafío para la defensa penal pública de instar por la debida adecuación de aquellas condenas dictadas previamente, y en las que reconociendo la concurrencia de tal agravante, se ha impuesto una pena mayor que la que hubiese correspondido si no hubiese existido la mencionada modificatoria, como ocurre desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.931.

Tanto por disposición constitucional (art. 19 N° 3 inciso octavo de nuestra Carta Fundamental) como legal (artículo 18 del CP), deben adecuarse las penas impuestas a la nueva normativa legal, si dicha modificación resulta favorable para la persona previamente sentenciada.

Esta garantía, que no es sino una evidente manifestación del principio de proporcionalidad y necesidad de las penas (indudables limitaciones al *ius puniendi*), impone modificar en favor del sentenciado aquellas penas que no encuentran vigente sustento en el actual ordenamiento jurídico, presentándose -en lo relativo a su cuantía originalmente impuesta- como una pena al menos en parte innecesaria y, por ende, ilegítima en aquella magnitud que se explica por una agravante ya no vigente.

En ese mismo orden de ideas, y para dejar de manifiesto la necesidad y justicia de instar por la adecuación de las condenas afectadas en su cuantía por la agravante actualmente



Foto: <http://as.123rf.com/profile/daylessimages>

derogada, cabe recordar las palabras del profesor Alfredo Etcheberry:

“Esto no es sólo una cuestión de humanidad, sino que tiene su razón de ser en la circunstancia de que el legislador ha declarado públicamente que el tratamiento penal anterior era innecesariamente riguroso e inadecuado a las necesidades sociales, y que por lo tanto no resulta jurídicamente procedente imponerle a un ciudadano esa pena declarada inútil y excesiva” (A. Etcheberry, *“Derecho penal Parte General”, Tomo I, pag. 142, 3° edic., 2001*).

Si bien la aplicación de la derogada agravante fue relativamente excepcional en la cotidiana dictación de condenas por delitos de robo y hurto, a fin de intentar dimensionar el desafío que enfrentan los defensores penales públicos para lograr pesquisar los casos en que corresponde instar por la adecuación de la condena impuesta, cabe señalar que sólo durante 2015 la Defensoría Penal Pública registró el ingreso de más de 35 mil usuarios imputados por el delito de robo y cerca de 50 mil imputados por el delito de hurto.

A través de sus defensores, con funciones tanto en el ámbito general, como en el contexto de la prestación especializada de defensa penitenciaria, nuestra institución está realizando

el acucioso trabajo de detectar los casos de personas sancionadas penalmente con una sanción influenciada por la aplicación de la agravante derogada, quienes tienen derecho a que se revise la sanción original y se adecúe su magnitud definitiva al nuevo escenario normativo aplicable a los delitos contra la propiedad.

Ante la falta de registros que permitan determinar de modo expedito y confiable qué casos presentan tales características, desde la entrada en vigencia de esta ley nuestros defensores realizan un arduo trabajo para detectar dichos casos. Ello constituye, en términos gráficos, una decidida búsqueda de agujas en aquel enorme pajar constituido por las casi 50 mil personas que actualmente se encuentran recluidas en las cárceles del país.

Una vez detectado un caso, el mencionado trabajo -de primer orden e irrenunciable atendida nuestra misión institucional- exige la recopilación y un profundo análisis de los antecedentes que han llevado a una determinada condena en perjuicio de nuestro usuario. De ese estudio dependerán los términos en que se hará la petición concreta de adecuación de condena para cada caso y la particular línea argumental que se esgrimirá en favor de cada condenado, maximizando así las posibilidades de éxito ante el tribunal, a fin de poder entregar una adecuada explicación sobre cómo la agravante derogada

resultó determinante para arribar a la pena que se impuso en su momento.

Sólo con un acabado conocimiento de estos antecedentes los defensores públicos formulan la respectiva pretensión de rebaja de la condena impuesta, sugiriendo la nueva pena que resulta más adecuada y justa, según las consideraciones que por ley deben ser tenidas en cuenta para estos efectos, en especial aquellas previstas en el artículo 69 del CP, es decir el número y entidad de circunstancias modificatorias de responsabilidad aplicables a cada caso y la extensión del mal producido por el respectivo delito.

En las diversas audiencias judiciales que se han realizado en los últimos meses, y que seguirán realizándose en el corto y mediano plazo, los defensores penales públicos seguirán instando por la más correcta y debida adecuación de la pena que en cada caso se haya impuesto, si es que en su cuantía resultó determinante la modificatoria derogada.

Como ya hemos dicho, esta labor se presenta como un trabajo arduo pero estrictamente necesario y justo, dado que un real estado de derecho no puede tolerar que personas condenadas sufran penas que en alguna magnitud resultan exageradas -sino derechamente infundadas- conforme al ordenamiento jurídico penal que nos hemos brindado como sociedad.





ORIENTACIÓN Y EXPECTATIVAS

Parece pertinente destacar que esta nueva realidad legal ha implicado, como resulta esperable, una permanente preocupación de defensores públicos y asistentes de nuestra institución por orientar a los penados y sus familiares en relación con las posibilidades que otorga a la defensa esta modificación legal.

Por tratarse de una situación judicial novedosa, altamente técnica, de masiva aplicación y con efectos inmediatos y de gran relevancia para la vida de las personas condenadas y sus familias, la posibilidad de rebajas que pueden llegar reducir en varios años la privación de libertad ha generado una esperable ansiedad e inquietud en los usuarios de la Defensoría Penal Pública.

Así las cosas, y amén del trabajo técnico que nuestros funcionarios realizan, se ha llevado adelante una incesante labor de orientación, explicación y manejo de ansiedad dirigido a quienes integran actualmente la población penal y sus familiares, explicándoles el alcance de esta posibilidad de adecuación de pena y la real factibilidad de hacer con éxito la respectiva petición, según las características de cada caso.

Actualmente y en el futuro cercano se han de debatir los concretos alcances de esta modificación legal y cómo ella repercute en la sanción que ha sido impuesta en contra de muchas personas previo a la Ley N° 20.931.

Cada tribunal deberá resolver las pretensiones que sostengan los defensores públicos, para lo cual deberá tomar posición ante el real sentido y alcance de esta modificación, definiendo así, por ejemplo, si a propósito de esta potencial adecuación de condenas ya dictadas ha de resultar posible para el juzgador combinar los textos normativos pre y post Ley N° 20.931, y si tal proceder implica o no la consagración de lo que en doctrina se conoce como “*lex tertia*”.

Tal situación se da, por ejemplo, si frente a la derogación de esta agravante (única establecida en la sentencia condenatoria) y respecto de un condenado a quien en su momento se le condenó a una pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo como autor de robo en lugar habitado, al reconocérsele, junto a tal agravante, las minorantes del artículo 11 N° 6 CP (irreprochable conducta anterior) y 11 N° 9 CP (colaboración con el esclarecimiento

“Se vislumbró la conveniencia de establecer como una nueva agravante de responsabilidad la que se plasmó en el nuevo artículo 449 bis del Código Penal (en adelante CP), consistente en que el autor de estos delitos “haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinadas a cometer dichos hechos punibles”.

de los hechos), el respectivo defensor insta por obtener, en definitiva, una rebaja en un grado de la pena originalmente impuesta, instando así por la imposición de una nueva pena, de una cuantía, en definitiva, de 4 años de presidio.

En dicho caso, se estaría pidiendo que sólo una parte de la nueva ley se aplique, omitiéndose que la nueva ley, al mismo tiempo, constituya un impedimento para la pretendida rebaja de grado, conforme el tenor del nuevo art. 449 del CP.

La Ley N° 20.931 constituye sin duda una manifestación de fortalecimiento del *ius puniendi*. Nuestra institución sabe y sabrá estar atenta a este cambio de escenario normativo, realizando las alegaciones procedentes en derecho, instando siempre por la solución más justa, prudente y adecuada, según el mérito de cada caso, acorde a un estado de derecho siempre respetuoso de la dignidad humana.

En la aplicación retroactiva de la ley penal favorable al condenado, tal como ha ocurrido en este caso, nuestro compromiso y desafío no son distintos. Conscientes de que detrás de cada condenado por delitos contra la propiedad hay una historia personal llena de privaciones de todo tipo, y donde la falta de oportunidades ha sido muchas veces un triste e invariable factor, nuestros defensores y defensoras realizan y seguirán efectuando el necesario trabajo de presentar las peticiones de rigor ante los tribunales, en pos de garantizar, a través de las correspondientes adecuaciones de condenas, el principio de legalidad, necesidad y proporcionalidad de las penas, aun cuando esta labor suponga buscar agujas dentro de un inmenso pajar. 