

DUDA RAZONABLE



APUNTES SOBRE AGENDA CORTA, PERCEPCIÓN Y REINCIDENCIA

Más allá de su objetivo de asegurar penas efectivas para los delitos contra la propiedad -por la vía de restringir facultades de los jueces y dificultar la aplicación de penas sustitutivas y el otorgamiento de beneficios carcelarios-, la llamada 'agenda corta anti delincuencia' traerá, como efecto no esperado, una mayor tasa de reincidencia y un aumento de más de 3 mil personas condenadas a prisión en el país.

► Por **Rubén Romero M.**,
Jefe Departamento Estudios y Proyectos,
Defensoría Penal Pública.

En los últimos años se han efectuado modificaciones a las leyes N° 17.798 sobre control de armas y explosivos, N° 18.216 sobre penas sustitutivas a los condenados en un proceso penal, a la ley N° 18.290 de tránsito y, recientemente, al Código Penal, entre otras. Todas estas innovaciones legislativas tienen un objetivo común: aumentar las probabilidades de que se aplique una pena alta al culpable y que la sanción penal aplicada se cumpla en la cárcel.

En efecto, la Ley N° 20.813, de febrero de 2015, reformuló la ley de control de armas, la Ley N° 20.770 -de septiembre de 2014, conocida como “Ley Emilia”, modificó la ley de tránsito, y recientemente la Ley N° 20.931, conocida como ‘agenda corta’, incorporó cambios al Código Penal en materia de delitos contra la propiedad por apropiación (robos, hurtos, receptaciones y abigeato, principalmente).

En conjunto, estas leyes endurecieron las sanciones a algunos delitos de la ley de control de armas, elevaron las penas al delito de manejo en estado ebriedad causando la muerte o ciertas lesiones de entidad, incorporaron nuevos tipos penales -como huir del lugar del accidente y la negativa a someterse a la alcoholemia- y aumentaron algunas penas del Código Penal, como en el robo calificado y ciertas receptaciones.

Además, obligan a los jueces a aplicar la pena dentro del marco legal, sin opción de rebaja al condenado, cualquiera sea el número y entidad de las circunstancias atenuantes que concurran, y restringen fuertemente la posibilidad de que los condenados por estos delitos accedan a penas sustitutivas.

Así, se eliminó derechamente dicha posibilidad respecto de los condenados por ley de armas y para quienes cometan delitos comunes utilizando armas de fuego, se impuso a los delitos de manejo en estado de ebriedad aludidos la modalidad de que la pena sustitutiva sólo podrá operar después de que el condenado haya cumplido un año de cárcel efectiva y se aumentaron los requisitos de los condenados para optar a ciertas penas sustitutivas en los delitos contra la propiedad por apropiación.

Tal como dice el mensaje de la Ley N° 20.931, refiriéndose a los delitos contra la propiedad por apropiación (hurtos, robos, receptación), “existe 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”¹.

Parece clara la estrategia: hacer efectiva la aplicación de las penas que establece la ley, restringiendo fuertemente las facultades de los jueces de modificar su duración ajustando la pena a imponer al caso específico y circunstancias concretas que se juzgan, conseguir que los condenados permanezcan privados de libertad mediante la restricción de la aplicación de penas sustitutivas y -en un futuro cercano- de las posibilidades de obtener beneficios carcelarios como la libertad condicional.

El resultado de este conjunto de modificaciones debe ser, entonces, el aumento de personas privadas de libertad. De hecho, al momento de tramitarse la Ley N° 20.931 existían 44 mil 782 personas en esa condición en Chile. Respecto del impacto de la misma ley, “las proyecciones iniciales muestran que la iniciativa en estudio generará un aumento del 7,9 por ciento de condenados (3 mil 322 internos)”².

PERCEPCIÓN VERSUS VICTIMIZACIÓN REAL

Es evidente que la percepción de inseguridad ciudadana frente a la delincuencia -de la que dan cuenta diferentes encuestas y que exponen cotidianamente los medios de comunicación social- es uno de los fundamentos principales de la opción elegida (aplicación de pena legal – cárcel efectiva). También lo es que la percepción de inseguridad de la población no es coherente con la victimización de hogares registrada.

En efecto, según la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (Enusc) 2015, el 86,8 por ciento de los encuestados percibe que la delincuencia en el país aumentó. El 41,3 por ciento cree que será víctima de un delito en los próximos 12 meses y el 26,4 por ciento reporta que una persona de su hogar ha sido víctima de delitos de mayor connotación social (robo con violencia o intimidación, por sorpresa, en la vivienda, de vehículos, desde vehículos, hurto y lesiones),

1 Mensaje del proyecto de la ley 20.931; página 3.

2 Intervención del director nacional de Gendarmería en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Informe de la comisión; página 93.



► “Parece clara la estrategia: hacer efectiva la aplicación de las penas que establece la ley, restringiendo fuertemente las facultades de los jueces de modificar su duración ajustando la pena a imponer al caso específico y circunstancias concretas que se juzgan, conseguir que los condenados permanezcan privados de libertad mediante la restricción de la aplicación de penas sustitutivas y -en un futuro cercano- de las posibilidades de obtener beneficios carcelarios como la libertad condicional”.

que son precisamente los delitos principales que han sido modificados recientemente³.

Esta divergencia entre la percepción de inseguridad (86,8 por ciento) y la inseguridad misma (26,4 por ciento) puede generar una línea legislativa que algunos han identificado con el populismo penal.

“...Proponemos a candidatos y a la ciudadanía, en general, a no plantear ni demandar, respectivamente, propuestas calificables como populistas, entre ellas el simple y habitual recurso a tener a más personas presas y por más tiempo, sin sopesar el alto costo relativo y que, más temprano que tarde, como sociedad deberemos reintegrar a la gran mayoría de ellas”⁴.

3 Enusc 2015; lámina 16, en Enusc 2015, Resultados país; Subsecretaría de Prevención del Delito; en página web <http://www.seguridadpublica.gov.cl/media/2016/05/Presentaci%C3%B3n-ENUSC-2015.pdf> visitada por última vez el 8 de noviembre de 2016.

4 Carta al director; diario El Mercurio; 25 de mayo de 2013; suscrita por José Miguel Benavente, Universidad Adolfo Ibáñez; Javiera Blanco, Fundación Paz Ciudadana; Mauricio Duce, Universidad Diego Portales; Hugo Frühling, Universidad de Chile; José Francisco García, Libertad y Desarrollo; Eugenio Guzmán, Universidad del Desarrollo; Francisco Maldonado, Universidad de Talca; Raúl Manasevich, Universidad de Chile; Catalina Mertz, Fundación Paz Ciudadana; Mauricio Olavarría, Universidad de Santiago; Isabel Retamal, Universidad Adolfo Ibáñez; Franz Vanderschueren, Universidad Alberto Hurtado; en <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/05/25/12027/Por-un-ano-electoral-sin-populismo-penal.aspx> visitada por última vez el 8 de noviembre de 2016.

Respecto de si es la cárcel la solución para disminuir la comisión de delitos y la percepción de inseguridad, ello es discutible, sin duda. Tal perspectiva presupone que un aumento importante de la pena asignada a un delito y su cumplimiento efectivo serán suficientes para disuadir la comisión de nuevos delitos por parte de sujetos racionales. Una visión muy debatible.

El principal cuestionamiento proviene de la circunstancia de que los establecimientos penitenciarios chilenos no contribuyen a la reinserción de las personas condenadas a pena efectiva: “Las cárceles no generan suficientes espacios ni oportunidades para la rehabilitación y, en consecuencia, los círculos de la delincuencia no se pueden romper con las políticas actuales”⁵.

Que el uso actual de la cárcel en Chile genera mayor reincidencia es un hecho conocido por nuestros legisladores. En efecto, durante la tramitación de la Ley N° 20.931 se consignó que “el proyecto de ley considera medidas especiales para aumentar el cumplimiento efectivo y la estadística muestra que esto es una receta segura para aumentar la reincidencia, a menos que haya un cambio completo en el esfuerzo

5 Intervención de Joe González, presidente nacional de la Asociación Nacional de Suboficiales y Gendarmes de Chile en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; informe de la comisión; página 96.

que actualmente se realiza en materia de rehabilitación y reinserción”⁶.

Los estudios conocidos confirman que la reclusión efectiva de las personas ofrece menos opciones de reinserción social que el cumplimiento de las mismas sanciones en libertad y bajo diversas formas de súper vigilancia y monitoreo de la autoridad pertinente. En efecto, tomando como base de estudio a 16 mil 911 personas condenadas que cumplieron su condena en la cárcel (de manera efectiva) y egresaron en 2007 de los penales del país, el 71,2 por ciento de los condenados egresados presenta un nuevo contacto con el sistema de enjuiciamiento criminal, ya sea por nuevas formalizaciones o requerimientos dentro de los 36 meses siguientes a su egreso⁷.

En cambio, sobre 23 mil 736 personas condenadas que ingresaron a una medida alternativa a la reclusión con el objeto de cumplir su pena en libertad, el 27,7 por ciento de quienes ingresaron a medio abierto durante 2007 reincidió durante los 36 meses siguientes a su egreso⁸.

Estas cifras no consideran aquí aquellos adolescentes infractores de ley penal que han estado en contacto con el sistema de responsabilidad penal adolescente, y que éste no ha sido exitoso para lograr su reinserción social, ni aquellos niños vulnerados en sus derechos, en que tal vulneración consiste en un tempranísimo contacto con la cultura criminal, a través de redes familiares inmersas en el delito y en que ni la escuela ni programas especializados han evitado su asimilación por esa cultura.

A partir de lo expuesto, podemos predecir razonablemente que el número de personas encarceladas en Chile aumentará sustancialmente (7,9 por ciento = 3 mil 222 internos, según Gendarmería), que aumentará el número de reincidentes en 2 mil 294 personas (71,2 por ciento de los 3 mil 222 internos adicionales) y aumentará, consecuentemente, el número de delitos cometidos.

6 Intervención de Milton Juica, ministro de la Corte Suprema, en ‘Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento’, página 44

7 “La reincidencia en el sistema penitenciario chileno”; Jorge Fábrega, Ana Morales, Nicolás Muñoz y Gherman Welsch; Fundación Paz Ciudadana; Santiago; 2012; página 177; en http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-03-21_reincidencia-en-el-sistema-penitenciario-chileno.pdf, visitada por última vez el 8 de noviembre de 2016.

8 Op. Cit; página 175.

Pero, además de ser una mala solución práctica, el aumento en la utilización de la cárcel como medio de solución del conflicto penal genera importantes discriminaciones y diferencias entre las personas que son juzgadas por cometer un delito en Chile.

PRINCIPIO DE IGUALDAD

En efecto, las modificaciones aludidas establecen un trato diferenciado respecto de las personas que cometen un delito de los contemplados en estas modificaciones, versus quienes cometen otros ilícitos contenidos en otras leyes o en el resto del Código Penal. Ello constituye una grave infracción al principio de igualdad contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley.

Durante la tramitación legislativa de la Ley N° 20.931, esta contravención fue advertida por la Corte Suprema, que señaló que “en cuanto a la propuesta de que para determinar la pena de los delitos de hurto, robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, abigeato y receptación..., el propósito de la iniciativa es que el culpable no reciba una sanción inferior al mínimo señalado por la ley en el tipo respectivo merced al juego de las circunstancias atenuantes... Esta norma resulta objetable por varias razones. En primer lugar, contraría el principio básico de igualdad ante la ley, ya que el autor de un delito mucho más grave, como p.ej. un homicidio, podrá obtener una rebaja de la pena legalmente establecida, merced al juego de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. En cambio el autor de un simple hurto –p.ej. del artículo 446 N°2, presidio menor en su grado medio y multa– no podría recibir un castigo menor a ese grado de presidio, aunque tenga a su favor más de una minorante y no le perjudique agravante alguna”⁹.

En un segundo informe de la Corte Suprema se reiteraron estas consideraciones, afirmándose que la norma propuesta continuaba siendo “desproporcionada e ineficaz”: “En primer lugar, resulta desproporcionada, por cuanto establece un sistema de excepción respecto de esta clase de delitos, lo que involucrará que, en los hechos, éstos sean más gravemente sancionados que, incluso, algunos delitos contra la vida, la probidad funcionaria, la integridad física o la libertad sexual. De este modo, el culpable de hurto de un celular que exceda

9 Informe de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 5 de marzo de 2015.



las 4 UTM, pero que no pase de 40 UTM (art. 446 N°2 CP, que prevé la pena de presidio menor en su grado medio) será, en todo caso e independientemente de sus atenuantes, condenado a una pena a lo menos de 541 días de privación de libertad; mientras que la pena del empleado público que acepte un beneficio económico de 3.000 UTM por omitir un acto debido propio de su cargo (art. 248 bis CP, que prevé la pena de reclusión menor en su grado medio) que cuenta con dos atenuantes, podrá fácilmente ser inferior a 60 días¹⁰.

Esta discriminación también ha sido expuesta por el profesor Jean Pierre Matus Acuña, quien previene que “el establecimiento de esta regulación del efecto de las circunstancias agravantes y atenuantes sólo para esta clase de delitos contra la propiedad carece de justificación técnica y es muy previsible que la litigación con base a la garantía de la igualdad ante la ley mine sus efectos esperados”.

Agrega que “este problema se ha hecho presente en las últimas modificaciones y propuestas de modificaciones a las leyes del tránsito, armas, terrorismo, conductas monopólicas, sobre delitos sexuales y sobre maltrato de personas, entre otras, pero al llegar ya al corazón del Código Penal, parece no existir justificación de especialidad para imponer un tratamiento diferenciado en las reglas de determinación de penas¹¹”.

En resumen, recientes modificaciones legales a diferentes textos en materia penal persiguen restringir las facultades de los jueces en la determinación de la pena concreta y obtener que un mayor número de personas condenadas cumplan esas condenas de manera efectiva.

Esta orientación encuentra uno de sus fundamentos en la percepción de inseguridad ciudadana, la que parece divergir sustancialmente de las reales cifras de victimización existentes. Es discutible la orientación asumida, tanto por la vía de su poca eficacia -ya que los condenados que cumplen penas en la cárcel no acceden a reales opciones de reinserción social, aumentando sus posibilidades de reincidir una vez que se reincorporan al medio libre y, por ende, aumentando el

¹⁰ Prevención de ministros Juica, Künsemüller, Brito, Cerda y Miranda (suplente) en ‘Informe de la Excelentísima Corte Suprema’ de fecha 14 de septiembre de 2015.

¹¹ Documento con intervención de Jean Pierre Matus Acuña dirigido a presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Honorable Senador Alfonso de Urresti, de fecha 16 de noviembre de 2015, página 3.

► “Es evidente que la percepción de inseguridad ciudadana frente a la delincuencia es uno de los fundamentos principales de la opción elegida (aplicación de pena legal – cárcel efectiva). También lo es que la percepción de inseguridad de la población no es coherente con la victimización de hogares registrada”.

número de delitos y víctimas-, como también por el hecho de que las modificaciones introducidas generan graves atentados al principio de igualdad y de no discriminación.

Sería deseable, entonces, que futuras modificaciones legales en materia penal se basaran en información estadística sólida, abordaran integralmente la reforma a la legislación penal, de manera de generar un cuerpo normativo que, en sus sanciones, se haga cargo de manera coherente del valor que la sociedad asigna a los diversos bienes jurídicos que se protegen (vida – salud e integridad corporal – integridad sexual – libertad individual – propiedad - probidad, entre otros) y fortalecieran y diversificaran la oferta de penas sustitutivas en el medio libre, que tienen mejor resultado en disminuir las opciones de reincidencia de sus usuarios, de manera que no se generen nuevas modificaciones parciales sin que se cuente con estudios serios sobre su eficacia.

Finalmente, sería aún más deseable que, previniendo el siempre tardío intento de intervención sobre adultos objetos de condenas, las políticas públicas se anticiparan a ellas, ofreciendo iniciativas de intervención y asistencia más tempranas, especializadas para los adolescentes infractores de ley penal, perfeccionándolas en términos tales que su arribo a la adultez no signifique el inicio de su contacto con la cárcel.

Nos referimos a invertir con mayor efectividad en programas o intervenciones focalizadas en el ámbito educacional, deportivo o socio cultural, destinados a prevenir o evitar que niños vulnerables de corta edad -que no eligieron dónde nacer o vivir- asimilaran precozmente conductas y principios propios del camino hacia una vida delictual. 