

Algunos comentarios a la Ley N° 20.253 en materia de reincidencia

Sergio Huidobro Martínez

Profesor Titular de Derecho Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El día viernes 14 de marzo de 2008 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.253, que modificó el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana. El art. 1° de ella contiene diversas modificaciones al Código Penal que en materia de reincidencia nos merecen algunos comentarios y cuestionamientos.

No obstante las buenas intenciones de la Ley N° 20.253 –se enmarca dentro de la reacción que han tenido el Gobierno y el Congreso ante el incremento de la delincuencia, que según lo indicado en las últimas encuestas ha sido considerada como el principal problema que aqueja al país–, estimamos que, en lo que a reincidencia se refiere, la reforma va en contra de la tendencia mayoritaria del Derecho Penal moderno, que aboga por eliminar a la reincidencia como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, porque no concuerda con los principios que inspiran las actuales formas de reacción del Estado ante los comportamientos injustos.

Modificaciones a las normas sobre Reincidencia en nuestro Código Penal

La primera modificación es al N° 15 del artículo 12 del Código Penal, referido a la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, doctrinariamente conocida como “Reincidencia Propia Genérica”, y sustituye la palabra “castigado” por la palabra “condenado”. Así, ahora este N° 15 dice: “*Haber sido **condenado** el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena*”.

La segunda modificación es al N° 16 del mismo artículo, que se refiere a la denominada “Reincidencia Propia Específica”. Aquí se sustituye la frase “*Ser reincidente en delito de la misma especie*”, por la frase “*Haber sido **condenado** el culpable anteriormente por delito de la misma especie*”.

Finalmente, en el art. 92 del Código Penal, ubicado en el párrafo relativo a las penas en que incurrir los que durante una condena delinquen de nuevo, reemplaza en el inciso 1º, que señalaba *“Si el nuevo delito se cometiere después de haber **cumplido** una condena...”*, por otro que dice *“Si el nuevo delito se cometiere después de haberse **impuesto** una condena...”*. A su vez, en los N°s 2 y 3 de este artículo, sustituye las frases *“ha sido castigado”*, por *“ha sido **condenado**”*.

Como se ve, a partir de estas modificaciones y en las disposiciones mencionadas, pasan a ser **reincidentes** no aquellos que hubieren **cumplido** la pena impuesta (*“castigados”*), sino que aquellos que sólo hubieren sido **condenados** por un delito. Es decir, se *“adelanta”* la categoría de reincidente, ya que desde ahora en adelante para tener esta calidad y ver, en consecuencia, agravada la pena que se le imponga por el delito cometido, no será necesario haber cumplido la pena anterior, sino que bastará con haber recibido una condena, aunque ésta no se haya cumplido. Con esto además se objetivizó la norma, dado que ya no se podrá dar lugar a la discusión respecto de qué significa ser reincidente (volveremos sobre este aspecto más adelante).

Reincidencia como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal

El Derecho Penal ha definido a la Reincidencia como la ejecución de uno o más delitos por un sujeto después de haber sido condenado por sentencia firme (ejecutoriada) por otro u otros delitos. También, como una agravación adicional a quien ha sido condenado por un nuevo delito, cometido con posterioridad a una condena anterior.¹

La modificación legal entonces no afecta estas definiciones doctrinarias de Reincidencia, puesto que desde este punto de vista (doctrinario) lo que se requiere para que pueda hablarse de reincidente es que el sujeto haya sido *“condenado”* previamente por otro delito. Y esta palabra *“condenado”* es la que viene a sustituir a la expresión *“castigado”* que utilizaba la legislación anterior. Sin embargo, veremos cómo la modificación indicada sí trae consecuencias a la clasificación doctrinaria de reincidencia que distingue entre Reincidencia Propia o Verdadera y Reincidencia Impropia o Ficta.

Por otra parte, los conceptos de Reincidencia antes anotados permiten distinguirla de la *“reiteración”*, en que el sujeto ha cometido dos o más delitos sin

¹ *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, de Politoff, Matus y Ramírez. Editorial Jurídica de Chile, Edición 2004, pág. 516.

que respecto a ninguno de ellos haya recaído sentencia condenatoria, en cuyo caso se habla de **concurso de delitos**.

Clasificación doctrinaria de la Reincidencia

Desde el punto de vista doctrinario, la Reincidencia se ha clasificado en “Propia o Verdadera” o “Impropia o Ficta”, según si la condena impuesta por el anterior delito **ha sido o no cumplida**.²

Así, habrá “**Reincidencia Propia o Verdadera**” cuando la condena impuesta por el anterior delito **haya sido efectivamente cumplida** al momento de cometerse el último delito. Por su parte, habrá “**Reincidencia Impropia o Ficta**” si al tiempo de comisión del último delito, no obstante haber sido condenado, aún **no se ha cumplido la pena** (por ejemplo, porque aún la está cumpliendo –pero no ha terminado de cumplirla– o después de haberla quebrantado está dentro del plazo en que puede ser castigado por dicho quebrantamiento, que es lo que señala el actual N° 14 del artículo 12 del Código Penal).

Se estima **más grave** la Reincidencia Propia o Verdadera, ya que si se ha cumplido la pena y se vuelve a delinquir, se demuestra que la pena aplicada no cumplió con su finalidad preventiva especial (recordemos en esta parte que dentro de las Teorías sobre la Naturaleza y Fines de la Pena, las Teorías Relativas o Prevencionistas tienen una vertiente llamada de la Prevención Especial, que ve a la pena como un instrumento de reinserción social, de modo que su aplicación al hechor debiera impedir que éste delinca de nuevo).

Por otra parte, la Reincidencia Propia o Verdadera se subclasifica, en atención a la naturaleza de los delitos cometidos, en dos grupos: “Genérica” y “Específica”.

Se habla entonces de “**Reincidencia Propia Genérica**” cuando todos los delitos cometidos por el sujeto, después de haber cumplido penas por cada uno de ellos, sean **de distinta especie**, es decir, que se trate de hechos de naturaleza diversa, lo que se da cuando los bienes jurídicos protegidos son distintos y cuando también lo es la forma en que se los ataca.³ Así por ejemplo, el delincuente

² *Derecho Penal. Parte General*, de Alfredo Etcheberry. Editorial Jurídica de Chile. 1997.

³ Sin perjuicio de lo anterior, hay otros autores que estiman que son delitos de la misma especie aquellos en que, siendo el bien jurídico protegido diferente, la lesión de uno de ellos supone la lesión del otro, como ocurre cuando se quiere matar a una persona para lo cual normalmente deberá lesionarsele, lo que haría que los delitos de homicidio y de lesiones fueran, para estos efectos, de la misma especie.

primero comete un hurto, por el cual es condenado y cumple esa condena, y con posterioridad lleva a cabo un homicidio.

Habrá “Reincidencia Propia **Específica**”, a su vez, cuando todos los delitos cometidos sean **de la misma especie**. Así, por ejemplo, el sujeto comete un hurto, por el cual es condenado, y tras cumplir la condena vuelve a cometer otro o varios delitos de hurto.

Este último tipo de reincidencia se considera **más grave** que la “Propia Genérica”, ya que revela en el delincuente un hábito en la comisión de un determinado tipo de delitos, lo que lo convierte en un profesional de esa actividad.

Cómo queda ahora el artículo 12 de nuestro Código Penal

Pues bien, según lo dicho hasta ahora, hasta antes de la dictación de la Ley N° 20.253 nuestro Código Penal se refería a los tres tipos o clases de Reincidencia antes mencionadas (“Impropias o Fictas”, “Propia o Verdadera Genérica” y “Propia o Verdadera Específica”) en los N°s 14, 15 y 16 del art. 12, respectivamente.

Así, en el N° 14 (“Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento”), que no sufre modificación con la ley, se aludía –y se sigue aludiendo– a la “Reincidencia Impropia o Ficta”.

A su vez, y dado que en el N° 15 del art. 12 la palabra “**castigado**” –que se sustituye– normalmente se interpretaba en el sentido que el sujeto debía haber **cumplido la condena** para poder ser considerado reincidente, estábamos en presencia de una “Reincidencia Propia o Verdadera”.

Por su parte, en el N° 16 del art. 12, dado que la frase “*Ser reincidente en delito de la misma especie*” también se entendía normalmente como que debía haberse cumplido la pena, nos otorgaba un caso de “Reincidencia Propia Específica”.

Ahora, con los cambios introducidos ocurre lo siguiente:

Al haber sustituido en el N° 15 del art. 12 la palabra “*castigado*” por la palabra “*condenado*”, no deja lugar a dudas respecto a que desde ahora se requiere sólo la dictación de la condena y no el cumplimiento de la misma para ser considerado reincidente, con lo que se elimina la “Reincidencia Propia Genérica”, para dejar en su lugar a una “Reincidencia Impropia Genérica”.

En el N° 16, por su parte, al quedar la agravante como “*Haber sido **condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie***”, también se elimina a la “Reincidencia Propia Específica” para dar cabida a una “Reincidencia Impropia o Ficta Específica”, en que basta la condena, pero en que no es necesario su cumplimiento.

Es decir, ya no cabe la discusión respecto a si para ser reincidente basta con haber recibido una condena con anterioridad, o si es necesario, además, haberla cumplido. En otras palabras y como señalamos al comienzo, “se objetiviza la norma”.

A partir de esta reforma entonces se eliminan de nuestro Código las “Reincidencias Propias o Verdaderas” en sus vertientes “Genérica y Específica”, quedando sólo posibilidades de “Reincidencias Impropias o Fictas Genéricas o Específicas”. Es decir, de ahora en adelante tenemos que para que un sujeto sea considerado reincidente, basta con que haya sido **condenado** por sentencia firme o ejecutoriada, independientemente de que **haya o no cumplido esa pena**.

Nuestro Código Penal, en materia de Reincidencia, queda teniendo, en el N° 14 del art. 12, un caso de Reincidencia Impropia o Ficta “tradicional” (cometer un delito cuando no se ha cumplido aún la sentencia dictada por un delito anterior); en el N° 15, otro caso de “Reincidencia Impropia Genérica” (cuando habiéndose cometido delitos de distinta especie por los cuales se ha recibido una condena a través de sentencia ejecutoriada, las mismas aún no han sido cumplidas cuando se comete el nuevo delito); y en el N° 16, un caso de “Reincidencia Impropia Específica” (cuando se han cometido delitos anteriores de la misma especie respecto de los cuales se han dictado sentencias condenatorias ejecutoriadas que aún no han sido cumplidas al cometerse el nuevo delito).

¿Tienen alguna importancia práctica estas modificaciones si en definitiva siempre estamos frente a una agravante?

La importancia práctica está, como señalamos al comienzo, en que a contar de ahora será más fácil aplicar la agravante de la reincidencia a los delincuentes, o habrá un mayor número de sujetos a los cuales les será aplicada esta agravante de responsabilidad criminal. En otras palabras, **se adelanta la posibilidad de aplicar esta circunstancia modificatoria de la responsabilidad criminal**, por cuanto ya no será necesario haber cumplido la pena impuesta por una condena anterior, sino que bastará con haber sido condenado.

Lo anterior no sólo tiene relevancia respecto de la mayor pena que en definitiva se aplique al nuevo delito, sino que también perjudicará al imputado en

otros aspectos. Por ejemplo, en la decisión respecto a su **prisión preventiva**, ya que en el artículo 140 del Código Procesal Penal 2000 –que también se modificó por esta Ley N° 20.253– se establece expresamente que uno de los requisitos que debe concurrir para decretar la prisión preventiva de un sujeto previamente formalizado, es que existan antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar que su libertad es peligrosa para la seguridad de la sociedad, estableciendo que se entenderá especialmente que esta libertad es peligrosa para estos efectos cuando el imputado hubiere sido **condenado** con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, **sea que la hubiere cumplido efectivamente o no.**

También lo afectará en cuanto a la posibilidad de optar a **medidas alternativas a la pena** (remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada), establecidas en la Ley N° 18.216, que no benefician a los reincidentes.

Finalmente, obtendremos que un mayor número de personas queden privadas de libertad y sean puestas a disposición de nuestros Centros Penitenciarios que no sólo están inmensamente excedidos en sus capacidades, sino que además, y como sabemos, son incapaces de cumplir con su función de reinserción del sujeto a la sociedad y, al contrario, logran que la persona aumente su potencialidad delictiva.⁴

Algunas reflexiones finales

En esta parte creemos cabe reflexionar respecto a **si la modificación legal comentada va o no en la dirección del Derecho Penal moderno**, en el que, según señalamos al principio, la tendencia es hacia **eliminar a la Reincidencia como una agravante** para así estar de acuerdo con los principios que inspiran las actuales formas de reacción del Estado ante los comportamientos injustos.

Ahora bien, para poder **ilustrar esta reflexión** resulta conveniente saber cuáles son las **razones que se alzan en pro y en contra** de la Reincidencia como circunstancia agravante de la responsabilidad penal.

Así, quienes se manifiestan **en contra** de la Reincidencia como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal, señalan que con ella se atentaría en contra del principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 19 N° 2

⁴ Esto, sin considerar la creciente crítica relativa al costo mensual que le significa al Estado el mantener a cada preso.

de nuestra Constitución, ya que a iguales hechos se impondrían sanciones distintas, por la sola circunstancia de que la persona ha cometido delitos con anterioridad, es decir, se estarían considerando antecedentes ajenos a los que motivan la sanción y sin relación directa con la culpabilidad del sujeto en el nuevo delito cometido.

En el otro lado, quienes **apoyan** a la reincidencia como circunstancia agravante, señalan que su fundamento estaría en que si un individuo sufrió un castigo por haber cometido un delito y con posterioridad vuelve a delinquir, quiere decir que la pena no fue lo suficientemente drástica para enmendarlo (este criterio quedaría sin aplicación en la nueva legislación, puesto que ahora no sería necesario ni siquiera haber cumplido la condena).

Por otra parte y desde el punto de vista de lo que se conoce como la **Teoría de la Pena**, se señala que en la Reincidencia incidirían los objetivos perseguidos con la pena, porque se impone una sanción más severa al reincidente, ya que evidencia una mayor peligrosidad. En oposición a este criterio se señala que nuestro Código Penal aplica la agravante en todo caso, sin consideración a si realmente la persona es o no peligrosa. Además, una presunta peligrosidad no ameritaría una modificación de la sanción, sino lo que se conoce como "medida de seguridad", cuyo objetivo es, precisamente, la evitación de que se incurra en nuevos delitos.

A su vez y en lo que dice relación con la **prisión preventiva** antes comentada, la nueva reincidencia aumentará los imputados privados de libertad antes de saber si son o no culpables del nuevo delito que se les imputa, afectando así aun más el derecho a la libertad personal pendiente un proceso, que es una garantía individual reconocida no sólo en nuestra Constitución, sino también en los tratados internacionales vigentes en Chile.⁵

Así y con los antecedentes antes vistos, pareciera que no obstante la buena intención por parte del legislador en cuanto a intentar poner un freno a la criminalidad creciente en nuestro país, dudamos que la legislación propuesta vaya en la dirección correcta. Esto, puesto que la Reincidencia en sí misma y como agravante ya resulta criticable al incorporar en la sanción de un delito elementos que no forman parte del mismo. En efecto, y como ya se dijo, en la sanción a aplicar al nuevo delito se consideran circunstancias que no tienen que ver con él, sino que son circunstancias o elementos relativos a un delito

⁵ El artículo 9.3 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos expresa que "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general"; y el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que toda persona detenida o retenida tiene derecho a "ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

distinto anterior, que ya se consideraron al momento de imponer la pena por ese otro delito, y que ahora se vuelven a considerar para aumentar la pena del nuevo delito cometido, vulnerando así lo que en materia penal se conoce como el **principio del non bis in idem** que impide la doble valorización de un hecho para evitar que, al mismo tiempo, sea valorizado en distintos tipos penales.

Si a lo anterior agregamos que con la modificación legal resulta que se aumenta la sanción incluso respecto de un sujeto que ni siquiera ha cumplido la pena asignada al delito anterior cometido, desaparece también el argumento que alega que la sanción no fue suficiente o adecuada para enmendar su conducta.

Por otra parte –y valga esto a título de comentario de carácter más general–, en las Cátedras de Derecho Penal siempre se nos ha enseñado que no es función del Derecho Penal rebajar los índices de criminalidad, sino aplicar las sanciones penales vigentes a los hechos delictuales que se verifiquen. Que son otras ramas de la sociedad (educación, prevención, etc.) las llamadas a rebajar el índice de criminalidad por sus propias vías o herramientas. En fin, que está tajantemente comprobado que resulta mucho más eficaz para que un delincuente se inhiba de cometer un delito, el tener la seguridad o certeza de que se le aplicará una pena, frente a saber que existe una pena más grave pero que probablemente no se le aplicará.

Para terminar, señalar que nos parece que a veces resulta fácil opinar y alzar la voz solicitando aumentos de las penas y prisiones preventivas, no sólo porque creamos que eso hará disminuir la delincuencia, sino más bien porque normalmente lo hacemos desde nuestra calidad de víctimas y/o pensando que los sectores más bajos de nuestra sociedad son los que cometen delitos y se ven, en consecuencia, sometidos al aparato represivo estatal. Sin embargo, creemos que también debe reflexionarse sobre esta cuestión considerando que en cualquier momento –ojalá así no ocurra– podría ser uno mismo o alguien ligado a nosotros el que se vea enfrentado en calidad de imputado de un delito al sistema judicial penal. En estos casos, las voces que ahora se alzan con tanta vehemencia en pro de la aplicación de la Reincidencia, el consecuente aumento de las penas y las prisiones preventivas, creemos, se oirían con mucho menos fuerza.