

## DESPENALIZACION O REFORMA PENAL. ALGUNOS RASGOS EN LA LEY N° 19.450

RODRIGO MEDINA JARA  
Magister Universidad Autónoma de Barcelona

### I. INTRODUCCION. SOBRE LA DESPENALIZACION

Cuando ocupamos el término "despenalización", "descriminalización" o "desincriminación", se quiere aludir a aquella decisión de la autoridad tendiente a eliminar ciertas conductas del catálogo delictivo de los derechos penales en los diferentes estados.

Esta debiera ser la conducta más natural que debieran asumir los poderes públicos, porque no significa la desnaturalización del derecho penal. Antes bien, ésta parece ser la tendencia lógica de todo derecho penal y de toda política criminal, debido a que no constituye sino la vuelta hacia las raíces, hacia el reencuentro con los fundamentos de los sistemas penales modernos<sup>1</sup>.

Esto quiere decir que el legislador debe pretender que el número de ilícitos penalmente sancionados sea menor que el número de comportamientos fuera del alcance de la sanción penal. Como dice Jescheck, "se pide al legislador que restrinja el campo de los hechos jurídico-penales sancionables a los límites de lo absolutamente necesario para la salvaguardia de la seguridad del orden público"<sup>2</sup>.

Debe reconocerse que el proceso es y debe tratarse como paulatino, debido a que existe una fuerte sensibilidad social frente a intereses que la opinión pública entiende como dignos de protección penal no siéndolo, sea porque tiende a realizarse una confusión apresurada entre lo "moralmente rechazable" y lo "sancionable penalmente", por una parte y lo "despenalizado" y "legalizado" por otra, o bien, porque el conjunto de hechos ilícitos penalmente considerados (los menos) constituye un espectro cambiante y las, en un día aparentes olas de reforma penal, se transforman al otro día en penetrantes criminalizaciones.

Lo que debemos convenir es que, globalmente, de manera conjunta con un movimiento de reforma penal y de los sistemas de penas, se avizora la necesidad de

<sup>1</sup> RESTA, Eligio; *La desmesura de los sistemas penales*, en VV.AA.; *Prevención y Teoría de la pena*. Ed. Juríd. Cono-Sur, 1995, p. 138.

<sup>2</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal*, en *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Temis, 1982, p. 236.

intervención del Derecho Penal en ámbitos hasta ahora desconocidos, como el medio ambiente, la criminalidad económica, los terrenos biológico-éticos, etc.<sup>3</sup>

## II. EN BUSCA DE LAS RAICES DEL DERECHO PENAL.

Tal como hemos dicho hasta ahora, el Derecho Penal moderno antes de iniciar procesos de reforma o de reconducción, debe tener presente ciertos parámetros fundamentales:

1. Tal como nos decía Roxin, al enunciar las tesis del Proyecto Alternativo de reforma político-criminal en Alemania, el Derecho Penal no constituye una protección de determinados valores morales, sino de bienes jurídicos concretos.<sup>4</sup> La preservación de la "moral ciudadana" no es propia de un Derecho Penal democrático, pues vulnera el principio de culpabilidad y el de legalidad. Vulnera el primero, porque el Derecho convertido en moral sobrepasa la medida del acto ilícito y se dirige a sancionar formas de ser "desagradables", o bien, "incómodas" para una cierta opinión pública. Por otro lado, menoscaba el principio de legalidad, debido a que la pretensión por sancionar conductas "inmorales" se traduce, en lo referente a la estructura del delito sancionado en la existencia de tipos abiertos e indeterminados y en el ámbito de la sanción en una "prognosis de peligrosidad" que interviene en la esfera de las libertades sin necesidad de hecho o conducta punible<sup>5</sup>.

De ahí que no sea extraño que se afirme que el Estado que auspicie un sistema penal como el mencionado regresa a un Estado salvaje -quizás más refinado anterior al nacimiento de la civilización, bajo las presiones de "ojos colectivos", "linchamientos y policías morales", "demonizaciones públicas", etc.<sup>6</sup>

2. El Derecho Penal debe ser concebido como un mecanismo de última ratio. Esto quiere decir que, analizadas las consecuencias a que se podría arribar por el uso de la pena en el orden de los derechos fundamentales, deben ser preferidas otras alternativas político-criminales más viables que la aplicación de penas, las que deben desaparecer de aquellos ámbitos donde no sean estrictamente indispensables para dar seguridad a la Sociedad. Debe considerarse, además, que el Derecho Penal es un mecanismo terminal, que sólo debe ser ocupado respecto de efectos graves, pero nunca olvidando que un sistema social debe privilegiar la solución de las causas materiales de las desviaciones<sup>7</sup>.

Las consecuencias de este criterio deben formularse como siguen:

- a. Fomento de las formas civiles o administrativas de solución de conflictos generados por supuestos hechos delictivos que no tienen el carácter de tales.
- b. Descriminalización de aquellos ámbitos donde la pena no es estrictamente necesaria.

<sup>3</sup> HASSEMER, Winfried; La "Renuncia a la Pena" como instrumento político criminal, en *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, p. 221 y 223.

<sup>4</sup> *El desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo*, en *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, p. 5 y 7.

<sup>5</sup> KAUFMANN, Armin; *La Misión del Derecho Penal*, en *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, p. 1 23.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi; *El Derecho Penal Mínimo*, en *Prevención y Teoría de la Pena*, p. 38 y 41.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Ob. cit.*, p. 45.

c. Uso de una técnica legislativa que privilegie las soluciones dadas en los apartados anteriores<sup>8</sup>.

3. El Derecho Penal debe vincularse, como misión, con la protección de bienes jurídicos. No debemos entender por estos realidades etéreas o valores puramente ético-individuales, sino una necesidad social o una posibilidad de participación en los sistemas jurídicos puesta en peligro o lesionada. Ese criterio -con todo lo vago que puede ser- es lo más útil en el establecimiento razonable de lo que puede merecer y no puede merecer pena penal<sup>9</sup>.

4. El Derecho Penal sólo recibe su real sentido y adquiere su carácter de tal en la medida que responda a una opción de vínculo con el Estado Social y Democrático de Derecho<sup>10</sup>. Toda otra vinculación con un régimen o sistema de gobierno podrá ser muy legítima desde el punto de vista socio-cultural, pero el Derecho Penal que se desarrolle al amparo de regímenes totalitarios, autocráticos o terroristas, no es un genuino "Derecho Penal".

Esta premisa puede traducirse en los siguientes puntos:

a. El Derecho Penal debe sancionar teniendo como presupuestos de lo sancionable un debate ocurrido al interior de la sociedad democrática. Es decir, no se puede suponer que lo que merece sanción porque atenta contra un determinado "bien jurídico" recaiga sobre formulaciones individuales, sino que debe ser el producto de la realidad democrática surgida del conflicto propio del debate plural en ese tipo de Estado<sup>11</sup>.

b. El Derecho Penal no sólo debe ser democrático en su formulación legal, debiendo estar dotado de límites formales de garantía de salvaguarda de los derechos fundamentales, sino que debe serlo, además, en su aplicación. En este sentido debe aclararse que no tiene como objeto principal la defensa de la "mayoría no desviada" o "no delincuente" de la comisión de delitos futuros, es decir, no puede ser un instrumento de "defensa social". Su objeto es garantizar la tutela de los derechos de la minoría desviada y la eliminación de las formas vengativas o sucedáneas de la venganza de solución de conflicto<sup>12</sup>. En Democracia, la antítesis del Derecho Penal es la irracionalidad, la arbitrariedad o la improvisación<sup>13</sup>.

c. El Derecho Penal debe plantearse como un mal necesario, una "amarga necesidad" que por la índole de sus efectos -la irrupción radical en los derechos y en la vida de los ciudadanos- debe ser empleado de manera cuidadosa y delicada y únicamente cuando existe una real necesidad para la convivencia.

---

<sup>8</sup> ROXIN, Claus; Ob. cit., p.10 y 11; JESCHECK, Hans-Heinrich; Ob. cit., p. 237.

<sup>9</sup> MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 128 y ss.; KAUFMANN, Armin; Ob. cit., p. 118 y 129; HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco; *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, p. 70 y 103 y ss. Sobre el concepto de bien jurídico, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán; *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, PPU, Barcelona, 1991.

<sup>10</sup> RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código Penal*, en *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, p. 324.

<sup>11</sup> BERGALLI, Roberto; *Observaciones críticas a las Reformas Penales tradicionales*, en *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, p. 253.

<sup>12</sup> FERRAJOLI Luigi; Ob. cit., p. 34; MIR PUIG, Santiago; Ob. cit., p. 70 y 76.

<sup>13</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* en *Estudios Penales*, 2a Ed., Civitas monografías, Madrid, 1981, p. 126; ZIPP, Heinz; *Introducción a la Política Criminal*, Edersa, Madrid, 1979, 1979, p. 7.

### III. HERRAMIENTAS DE DESINCRIMINACION<sup>14</sup>

Existen diversas posibilidades por las cuales el legislador puede arribar a eliminar de la tutela de la pena penal aquellos sectores cuya inclusión se encuentra cuestionada. Muchas de ellas pueden ser aplicadas en forma conjunta: La primera forma es la "administrativización del castigo", es decir, entregar aquellas infracciones punibles no graves en manos de las autoridades administrativas quienes deben privilegiar las penas de multa o pecuniarias antes que las privativas de libertad.

Esta forma de despenalización requiere, en todo caso, la exigencia de que la aplicación de sanciones por parte de la autoridad administrativa se dote de las garantías de defensa suficiente, análogas a las que requiere la aplicación de penas penales. Por ejemplo, las infracciones administrativas deben estar regidas por el principio de legalidad y el de culpabilidad.

Los beneficios que podría acarrear esta "administrativización" son indudables, sobre todo en materia de economía procesal y penitenciaria, debido a que un número importante de los hoy día delitos conocidos por los tribunales criminales podrían ser entregados a autoridades administrativas o, incluso a soluciones civiles privadas.

Un caso paradigmático de aplicación de esta fórmula puede ser la conversión en infracciones administrativas de muchos delitos incluidos en los Títulos VI y VII del Código Penal, es decir, los delitos cometidos por los funcionarios públicos, respecto de los cuales su sanción quedaría a nivel administrativo poniéndose el acento en materia de penas, en aquellas de tipo pecuniario y las inhabilidades. Lo mismo cabe decir de los delitos contra el orden y seguridad públicas, donde se acumulan infracciones que, o bien, ya no deberían ser consideradas dignas de sanción (como los juegos de azar) o bien, podrían subsumirse en delitos ya existentes ubicados en otros sectores del Código.

2. Un segundo grupo de procedimientos dice relación con lo que podríamos denominar una "solución procesal" a la penalización de determinadas conductas.

En algunos países se han introducido facultades para la judicatura o para los Ministerios Públicos en un doble sentido. Por una parte, para suspender el procedimiento iniciado o por iniciarse cuando se advierta que la escasa gravedad del delito no amerita la prosecución de un proceso penal. Por la otra, para imponer sanciones pecuniarias de menor entidad en orden a dar solución a la aglomeración de asuntos criminales en la justicia ordinaria.

Otra variante en este tipo de procedimientos está dada por la facultad de aplazar la pena, otorgándose al acusado la oportunidad de reparar el mal cometido, o bien, renunciar a ella en supuestos de infracciones leves.

Este camino de solución no debe ser desdeñado en ninguna forma. Se hace muy necesario ampliar los casos de ocurrencia para las soluciones alternativas de conflicto, no sólo reservándolas a los asuntos civiles sino también extendiéndolas al campo criminal.

---

<sup>14</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; Ob. cit., p. 241 y ss.

#### IV. DESPENALIZACION EN EL ORDEN PENAL CHILENO Y LA LEY N° 19.450

##### 1. La tendencia actual en la Legislación Penal Común

Las tendencias político-criminales no parecen apuntar mayoritariamente hacia la despenalización. Antes bien, el sentido parece ser el inverso. Si bien existe una importante doctrina que apunta a considerar la necesidad de estudiar la despenalización de figuras penales, especialmente en el ámbito de los delitos contra la propiedad, como el hurto de bagatela o de cantidades ínfimas, el robo con fuerza, el hurto de hallazgo y otros<sup>15</sup>, la orientación legislativa apunta a una penalización creciente en este mismo sector delictivo y a un aumento importante de las penas privativas de libertad, con un fuerte incremento de las tendencias de "defensa social" al interior de la comunidad.

Si analizamos las modificaciones introducidas en la "parte Especial" del Código Penal durante los gobiernos de la Concertación, vemos que se han modificado 29 artículos, en diversas leyes.

De esos 29 artículos, 15 podríamos incluirlos en las denominadas modificaciones "despenalizadoras". De ellas cabe la pena destacar que 7 artículos pertenecen a la derogación del párrafo IX el Título VII, que contenía los delitos de adulterio y amancebamiento, derogados por la Ley N° 19.355; y el resto está contenido en las Leyes N° 19.029 y 19.047<sup>16</sup>. Es decir, las iniciativas despenalizadoras han sido pocas y no sistemáticas, porque ni siquiera las leyes ya nombradas - v.gr. 19.029 y 19.047 que pertenecían a las llamadas "leyes Cumplido" - contenían solamente medidas desincriminadoras, ya que también había en ellas modificaciones penalizadoras.

Catorce artículos podríamos insertarlos en las modificaciones "penalizadoras", las que pueden dividirse entre las que incorporan delitos nuevos (hay seis delitos nuevos<sup>17</sup>); las que suben penas o marcos penales (son cuatro)<sup>18</sup>, respecto de las cuales es preciso señalar que se aumentan a penas privativas de libertad mayores; las que amplían delitos a otras conductas (son dos<sup>19</sup>) y las que contemplan otras medidas penalizadoras<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Véase MERA FIGUEROA, Jorge; *Hurto y Robo*, Ed. Jurídica Cono-Sur, marzo de 1995, p. 58 y ss.

<sup>16</sup> Arts. 107, 109, 141 -en la modificación de la Ley N° 19.029, 292 inciso 2°, 331, 434 y 474. Hemos calificado de "despenalizadora" la modificación del art. 366, realizada por la Ley N° 19.221, que rebajó la edad máxima del delito de abusos deshonestos, de 20 a 18 años.

<sup>17</sup> Con una pena promedio de "presidio o reclusión menor en su grado máximo", es decir, hasta 5 años.

<sup>18</sup> Art. 141 (de presidio o reclusión menor en cualquiera de sus grados al grado máximo), 142 -por la modificación de la Ley N° 19.241 (se eliminó la diferencia entre menores de 18 y mayores de 10 años y se subieron las penas para todos los casos), 433 (donde sube el límite inferior del marco de presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado medio) y 440 (que eliminó la pena inferior del marco penal, dejando solamente la más alta como pena única).

<sup>19</sup> Arts. 141, que amplió su vigencia a la ocurrencia de violación sodomítica como resultado del secuestro y el art. 210 que amplió el delito de perjurio o falso testimonio en materia no contenciosa.

<sup>20</sup> Como las modificaciones a los artículos 142 bis, 450, que hace obligatorio un aumento de pena que era facultativo; 450 bis, que elimina una atenuante de responsabilidad y 454,

Si a ello sumamos las modificaciones introducidas en la "Parte General" del Código<sup>21</sup>, podemos concluir que la tendencia de nuestra política criminal en materia de delitos comunes, localizados en el Código Penal, se inclina hacia la penalización, con prevalencia de las penas privativas de libertad y con predominio en cerca de un tercio de ellas hacia las modificaciones de las conductas que atentan contra la propiedad<sup>22</sup>.

## 2. La ley N° 19.450

Si analizamos las modificaciones introducidas por el artículo 2° de esta ley es posible apreciar que su inclinación era la despenalización de ciertas figuras delictivas y la morigeración de las penas:

a. Las equivalencias de días de pena privativa de libertad por cantidades es elevada considerablemente en los artículos 46, 49, 170 y 483 b del Código Penal.

b. Las penas privativa de libertad mínimas de ciertos delitos se alcanzan ahora cuando recaen sobre cantidades notoriamente más relevantes que las vigentes. Por ejemplo, la pena de presidio menor en su grado medio, que es la mínima del delito de malversación de caudales públicos, es aplicada cuando la sustracción sea de 4 sueldos vitales como mínimo (esto es, \$ 42.320 al mes de julio de 1996). La ley N° 19.450 eleva este mínimo a cinco U.T.M. (es decir, esta pena se aplicará sólo cuando lo sustraído sea de, como mínimo, \$ 113.510 al mes de julio de 1996). Esta constante se repite para las modificaciones a los delitos de falsificación de estampillas del artículo 189, hurto, hurto de hallazgo, entrega fraudulenta, incendio residual y daños.

c. Se privilegian las penas pecuniarias, ya que se aumentan las cuantías de las multas (artículo 25) y se añaden multas como pena de los delitos referidos, con lo que se compensan las posibles alteraciones provocadas por el sistema.

d. Por consiguiente, se produce un aumento del margen de actuación de las faltas, que hoy están referidos a hurtos, defraudaciones o daños inferiores a \$ 5.290<sup>23</sup>, mientras que la ley considera como límite máximo de las faltas las 5 U.T.M. (\$ 113.510)<sup>24</sup>.

e. En este mismo sentido se encuentran las modificaciones de los artículos 564 del Código de Procedimiento Penal y 20 bis nuevo de la Ley N° 18.287, sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, que establecen la pena de realización de trabajos en beneficio de la comunidad, contemplada en proyectos despenalizados de legislaciones extranjeras<sup>25</sup>.

En este punto notamos coincidencias importantes entre lo que hemos señalado como bases y parámetros de una política-criminal despenalizadora y las premisas de

---

porque conjuntamente con el delito de receptación previsto en el art. 456 bis A, eleva una conducta de complicidad a autoría independiente.

<sup>21</sup> De las cuales podemos catalogar como despenalizadora la del artículo 21 (que eliminó la pena de "encierro en celda solitaria" y la reemplazo por la "incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal" en las menciones que de ella hace la "Parte General" v.gr. artículos 25, 80 y 90) y de penalizadoras, la ampliación de la legítima defensa privilegiada en el art. 10 n° 5, realizada por la Ley n° 19.164 y la eliminación de ciertos requisitos de encubrimiento del art. 17 n° 3, efectuada por la Ley N° 19.077.

<sup>22</sup> Donde se han localizado 8 de los 29 artículos modificados.

<sup>23</sup> En valores de julio de 1996.

<sup>24</sup> En valores de julio de 1996.

<sup>25</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; Ob. cit., p. 246.

la Ley N° 19.450, aunque deberían profundizarse para no hacer que los delitos sean considerados en el baúl de los "trámites" que el Estado debe resolver lo más rápido posible, eliminando ciertos requisitos de defensa justa o meramente "acortando plazos", sino que otorgando la más amplias garantías de una resolución eficiente y meditada.