



IUS ET PRAXIS

DERECHO EN LA REGIÓN

UNIVERSIDAD DE TALCA · FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

AÑO 7 N° 2 ISSN 0717 - 2877

TALCA, CHILE, 2001

DETERMINACIÓN DE LA PENA EXACTA: EL ARTÍCULO 69 DEL CÓDIGO PENAL

Alex van Weezel (*)

Abreviaturas: Art.= artículo; CA= Corte de Apelaciones; CP= Código Penal; CPP= Código de Procedimiento Penal; CS= Corte Suprema; RDJ= Revista de Derecho y Jurisprudencia, Sección 4ª; S= sentencia.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Puede considerarse suficientemente asentada en la ciencia penal la afirmación de que el concepto de culpabilidad depende del concepto de prevención en el ámbito de la pena estatal. La prolongada evolución de la teoría sobre la naturaleza y el fin de la pena ha cristalizado en una mayoritaria acogida de la llamada prevención general positiva, en sus diversas variantes. La culpabilidad determinada por la prevención obtiene su consistencia no sólo a partir de un desarrollo conceptual inspirado en Hegel y en la teoría de sistemas, sino también significativamente desde la regulación positiva vigente en prácticamente la totalidad de los países occidentales. Corresponde a Jakobs el mérito de haber puesto de relieve esta “situación de hecho”, que evidencia hasta qué punto la culpabilidad –en el sistema punitivo estatal– se encuentra orientada hacia la prevención. Así ocurre, por ejemplo, en la penalización de la habitualidad, en la limitada eficacia exculpante del error de prohibición, en la renuncia a indagar en las causas de los procesos motivacionales (v.gr., en la concepción predominante del miedo insuperable: Art. 10 N° 9 CP) y en la agravación por reincidencia. En todos estos casos, el incremento o la prescindencia de la pena por culpabilidad viene condicionado por una variable de índole preventiva: la posibilidad (o imposibilidad) de procesar el conflicto en forma alternativa.

(*) Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes.

2. Sin embargo, las modernas teorías de la prevención general positiva tienen todavía una escasa concreción en el complejo ámbito de la determinación de la pena. De hecho, la fundamentación judicial del proceso de medición prescinde casi por completo de ellas hasta el día de hoy. Incluso más: las sentencias judiciales rara vez aluden siquiera a la consideración de algún fin preventivo en la determinación del castigo. En cualquier caso, la concepción de una culpabilidad orientada a la prevención tiene una escasa recepción en la jurisprudencia, pero dicha recepción no es nula, pues, como se verá, la realidad de los casos concretos y la regulación expresa del Art. 69 CP impiden una total prescindencia.

Que en los hechos la determinación judicial de la pena conforme al Art. 69 CP aparece condicionada por los fines preventivos queda de manifiesto en numerosas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia. Aunque rara vez se alude en forma explícita a tales fines, tras los fundamentos de la determinación realizada se evidencia la realidad.

Por otra parte, los criterios de individualización contenidos en el Art. 69 no consienten una interpretación en clave culpabilista, pues de otro modo resultarían palmariamente violatorios del *non bis in idem*.

II. LA REGLA DEL ART. 69 CP

1. Considerando su brevedad, puede ser útil consignar el texto de la norma en comentario: “Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”. Este artículo fue tomado a la letra del CP español de 1848 (Art. 74, regla 7ª) y su redacción se ha conservado intacta en nuestro sistema desde 1874.

2. Como es sabido, la regla del Art. 69 CP sólo entra en aplicación una vez que el tribunal ha determinado un grado divisible de penalidad (o varios grados, si no concurren circunstancias modificatorias), conforme a los Arts. 65 a 58 bis CP. Por lo tanto, sólo en ciertos casos se aplica el Art. 69 en relación con el Art. 65 CP (una sola pena indivisible), pues primero sería necesario que operara la norma del Art. 65, 2ª parte CP, que eventualmente permite convertir una pena indivisible en otra divisible. La regla del Art. 69 CP sólo pierde total vigencia tratándose de la pena de multa, que cuenta con una regulación especial (Art. 70 CP). Es preciso notar que las magnitudes penales respecto de las que se aplica el Art. 69 pueden llegar a ser particularmente significativas. Por ejemplo: si no concurren atenuantes ni agravantes, el Art. 68 inciso 1º CP faculta al tribunal para imponer al autor de sustracción de menores (Art. 142 Nº 2 CP) una pena que va desde 10 años y un día hasta 20 años.

3. Los elementos de la cuantificación en el Art. 69. Para determinar la cuantía exacta de la pena, el Art. 69 proporciona dos criterios:

a) El número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes. Naturalmente, este criterio no tiene aplicación cuando en el hecho no concurren tales circunstancias (Arts. 66 inciso 1º, 67 inciso 1º y 68 inciso 1º), ni en el caso del Art. 65, cuando las atenuantes que concurren no son suficientes para convertir la pena indivisible en una divisible.

b) La mayor o menor extensión del mal producido por el delito. Este criterio comprende: i) los resultados típicos no asociados por sí solos en el tipo a incrementos vinculantes de penalidad (Por ejemplo: el grado de deformidad –siempre dentro de lo “notable”– causado por las lesiones del Art. 397 N° 1); ii) las repercusiones, que necesariamente serán extratípicas, derivadas de la tentativa y del delito frustrado; iii) las demás repercusiones extratípicas del hecho, tanto en los delitos de resultado como en los de mera acción (Por ejemplo: la magnitud del perjuicio económico que sufre el tenedor de un cheque sin fondos, en el delito del Art. 22 del DFL 707 sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques). En todos estos casos, el Art. 69 sólo alcanza a las repercusiones del hecho que sean, al menos, objetivamente imputables al comportamiento típico. Es discutible si además debe existir dolo o culpa respecto de ellas, y si debe tratarse de repercusiones culpables. De todas formas, la barrera de la imputación objetiva puede bastar para dejar al margen consecuencias insatisfactorias como, por ejemplo, la imputación en todo caso de la muerte del bombero al autor del incendio (Art. 474).

III. CRITERIOS DEL ART. 69 CP Y PREVENCIÓN

1. La ponderación de los fines preventivos de la sanción penal pertenece a la naturaleza de la individualización y exige una valoración de tales fines en sus proyecciones para el caso concreto, que complementa la apreciación abstracta realizada por el legislador. Una vez que el tribunal ha fijado el grado (o los grados) de la penalidad aplicable, el Art. 69 le ordena considerar nuevamente las circunstancias modificatorias –pero desde una perspectiva global, característica del juicio de prevención– y la extensión del mal (por lo general, extratípico) producido por el delito.

2. En la concepción tradicional, que disocia culpabilidad de prevención, ya se justifica plenamente una interpretación del Art. 69 CP en clave preventiva. Precisamente porque existen factores de individualización ambivalentes (como la imputabilidad disminuida del Art. 11 N°1 en relación con el Art. 10 N°1 CP), esto es, que pueden tener significaciones distintas según se les mire desde la perspectiva de la retribución por

culpabilidad o desde la prevención, es necesaria una doble consideración de ellos, correspondiente a esos dos criterios de enjuiciamiento. La determinación del grado de pena aplicable debía hacerse especialmente con base en la medida de una culpabilidad presunta; en cambio, la determinación de la cuantía exacta de la pena debe hacerse, según el Art. 69, con base en criterios exclusivamente preventivos. Esta interpretación obedece, además, a que una aplicación culpabilista del Art. 69 implicaría que los criterios prescritos en esa norma violan la “prohibición de doble valoración” (y, por esta vía, el principio de *non bis in idem*). Sin sentar explícitamente la interpretación señalada, en el hecho la jurisprudencia ha encontrado en el Art. 69 la vía para introducir los fines preventivos en la individualización.

3. Con mucha mayor fuerza se impone esta interpretación en el modelo de una culpabilidad orientada a fines, donde no sólo la cuantía exacta de la pena sino todo el proceso de determinación penal está presidido por la estabilización de la norma infringida a costa del infractor. En este contexto, la prescindencia del fin preventivo en la determinación del castigo se antoja lisa y llanamente aberrante, en cuanto contradictoria con la esencia misma –y por consiguiente, con la legitimidad– de la sanción penal.

IV. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA INTERPRETACIÓN EN CLAVE PREVENTIVA

La interpretación del Art. 69 en clave preventiva permite resolver la mayor parte de los problemas prácticos que ofrece la norma en comentario. De esta manera:

a) Con respecto a la prohibición de doble valoración, los problemas de mayor envergadura que pueden presentarse con seis: i) si determinadas circunstancias fueron altamente valoradas en la compensación racional, pueden volver a serlo en tal medida a propósito del Art. 69, siempre que la nueva valoración obedezca a razones preventivas y se realice una ponderación global de las circunstancias (y no “una a una”, como exige la compensación racional); ii) la valoración del “número y entidad” de las circunstancias, utilizada para calcular la rebaja en los Arts. 66 inciso 3º, 67 inciso 4º y 68 inciso 3º, y para dar lugar a la rebaja en el Art. 65, no obsta a una nueva consideración de ellas en el Art. 69, siempre que la argumentación del sentenciador deslinde con claridad las consideraciones preventivas; iii) el Art. 69 se aplica a las circunstancias comunes y especiales de eficacia extraordinaria, pues en cuanto incrementos de la antijuridicidad o de la culpabilidad ya cumplieron su efecto propio en la determinación del grado; luego, con arreglo a criterios preventivos debidamente fundados pueden entrar en la ponderación global del Art. 69; un razonamiento semejante es válido para los casos de reiteración, en que proceda aplicar el Art. 509 CPP; iv) la “prohibición de doble

valoración” se opone a una nueva consideración de resultados típicos que el legislador ya tuvo en cuenta en la graduación abstracta de la pena, pues ya incluyen una valoración del fin preventivo (así, por ejemplo, en cuanto al monto de lo defraudado en la escala del Art. 467); la prohibición no se opone, en cambio, a una primera consideración de las repercusiones culpables extratípicas y objetivamente imputables; v) en los comportamientos delictivos con pluralidad de resultados a los que deba aplicarse el Art. 75 por constituir un solo delito, puede valorarse la multiplicidad de lesiones a los efectos del Art. 69, no obstante que ya han concurrido a determinar un grado mayor de penalidad; sin embargo, la fundamentación —que debe basarse en criterios preventivos— ha de ser especialmente cuidadosa, pues normalmente se tratará de comportamientos culposos respecto de los cuales tal fundamentación puede resultar más inestable; un razonamiento semejante puede aplicarse a los casos de error de tipo, cuando originan un concurso ideal entre un delito doloso frustrado y un delito imprudente consumado.

b) Efecto de las atenuantes adicionales a una sola “muy calificada”. La concurrencia de otras atenuantes, muy calificadas o no, junto a una “muy calificada” de acuerdo al Art. 68 bis, es superflua a los efectos de determinar el grado de penalidad. Sin embargo, tales circunstancias adicionales pueden tener efecto para determinar la cuantía exacta de la pena dentro del grado, si están en condiciones de proporcionar fundamentos al juicio de prevención que el juez debe realizar conforme al Art. 69.

c) Eficacia de la “doble calificación” del Art. 103. La llamada media prescripción implica considerar el hecho como revestido de dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante. Pero, tal calificación de las atenuantes no tiene trascendencia en cuanto a la determinación del grado de penalidad, pues en ella lo decisivo es la apreciación de dos atenuantes y no su calificación. Sin embargo, la norma por la que tales atenuantes deben estimarse como “muy calificadas” puede tener gran significación respecto del Art. 69, considerando además el debilitamiento del fin preventivo que trae consigo el transcurso del tiempo.

d) Efecto de las calificantes adicionales en el parricidio. Como una sola circunstancia del Art. 391 N° 1 basta para calificar el homicidio, la doctrina mayoritaria estima que si concurren además otras calificantes en el hecho, ellas no se consideran como circunstancias agravantes a los efectos de establecer el grado de penalidad conforme a los Arts. 65-68 bis. Sin embargo, esto no implica, necesariamente, que tales calificantes pierdan todo efecto en cuanto “circunstancias”: inciden en la determinación de la pena exacta —en la que concurren a una primera valoración, exclusivamente preventiva— que regula el Art. 69. Las calificantes adicionales pueden incluso comunicarse a este efecto a los copartícipes.

V. NATURALEZA DEL ART. 69 CP: PAUTA GENERAL O JURIDIZACIÓN DEL ARBITRIO

1. La jurisprudencia mayoritaria considera que el Art. 69 contiene “una regla de carácter general que los jueces del fondo deben tener en cuenta, apreciando todos los antecedentes reunidos en el proceso, pero no es una norma que los obligue a aplicar la pena dentro de un grado y extensión determinados”. Tal doctrina puede considerarse en principio correcta, pero resulta necesario complementarla con dos precisiones importantes:

a) El hecho de que el Art. 69 no establezca una pauta rígida para la cuantificación de la pena no implica que el tribunal esté eximido de fundamentar la medición realizada. Como se ha indicado, sólo una fundamentación preventiva impide la violación del *non bis in idem*, y por lo tanto es preciso demostrar que los fundamentos de la cuantificación obedecen a valoraciones de este tipo, con base en los antecedentes del proceso. Por otra parte, sólo si existe una adecuada fundamentación será materialmente posible para el condenado argumentar el correspondiente recurso de apelación.

b) La valoración preventiva del tribunal de instancia podría en algún caso ser revisada por vía de casación. Esto ocurrirá cuando los jueces del fondo omitan las consideraciones que incidieron en la cuantificación penal (casación en la forma: Arts. 541 N° 9 y 500 N° 5 CPP), pero también resultaría plausible si la fundamentación es contradictoria, no toma en cuenta o interpreta erróneamente los criterios contenidos en el Art. 69 o, finalmente, si la decisión es violatoria de los principios jurídicos que rigen la individualización, como la igualdad ante la ley, la prohibición de doble valoración, etc. (casación en el fondo: Art. 546 N° 1 CPP). La deducción de la casación en el fondo respecto del Art. 69 tiene, sin embargo, una base más débil que respecto de la compensación racional de circunstancias, ya que la vía ordinaria consistirá en invocar un error de derecho en la calificación de los hechos que constituyen circunstancias atenuantes o agravantes. La jurisprudencia, sin embargo, no ha aceptado hasta ahora la casación en el fondo por infracción del Art. 69.

2. Desde el punto de vista político-criminal, puede resultar oportuno realizar dos consideraciones:

a) Por una parte, es deseable que los tribunales incluyan explícitamente valoraciones preventivas en la cuantificación de la pena, pues tales valoraciones están en la base de la legitimidad de la pena estatal. Como se ha explicado, el lugar más a propósito para apreciar los fines preventivos en su proyección al caso concreto es el Art. 69. Esto obedece además a la consideración de que si los criterios contenidos en el Art. 69 no

se interpretan desde el ángulo de la prevención, resultarían ser violatorios del *non bis in idem*.

b) Considerando las magnitudes penales en juego (por ejemplo, como se ha indicado, si no concurren atenuantes ni agravantes, el Art. 68 inciso 1º faculta al tribunal para imponer al autor de sustracción de menores –Art. 142 N° 2– una pena que va desde 10 años y un día hasta 20 años) y la complejidad que de suyo importa el juicio de prevención, resulta imprescindible que los jueces del fondo fundamenten su decisión sobre la pena exacta, de modo que tal decisión sea revisable por vía de apelación y, eventualmente, de casación en el fondo.