

ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERSIALES DE LA LEY N° 21.595, RESPECTO DE DELITOS ECONÓMICOS. UN COMENTARIO DESDE EL DERECHO PENAL LIBERAL

*Carlos Künsemüller L.**

(Texto de la conferencia dictada por el autor el 10.07.2024, en el Campus Los Leones).
Abreviatura: APCP - Anteproyecto de Código Penal.

Hace aproximadamente dos meses se efectuó en este recinto universitario (Campus Los Leones) la presentación del libro *Derecho penal económico, parte general y especial*, y es oportuno reiterar las felicitaciones a su director, profesor Iván Navas, y grupo de colaboradores, por tan exhaustivo trabajo académico.

Se dijo en esa ocasión que esta reciente legislación, creadora de cerca de 300 nuevos delitos, representa la reforma penal sustantiva más importante desde la promulgación, en 1874, de nuestro ya anciano Código.

Nadie podrá dudar de su trascendencia como esfuerzo de política criminal modernizadora o actualizadora; no obstante, la praxis, el escenario procesal-penal será el encargado de poner de manifiesto las luces y sombras de estas normas, ya que el derecho penal no descende a la realidad por su propio peso; es el procedimiento penal su instrumento de aplicación en la vida social real, en la que debe regir el derecho penal.

Fíjense ustedes que en una época ya lejana, como 1962, se realizó en el Instituto de Ciencias Penales un seminario acerca de Derecho Penal Económico, con participación activa del profesor don Luis Cousiño Mac-Iver y de don Pedro Silva, insigne magistrado.

En 1968, el querido maestro Alfredo Etcheberry, cuya partida ha sido un duro golpe, no solo para sus discípulos sino para todos los penalistas, dictó en la U. de Chile el primer curso pertinente a delitos económicos, curso en el que fui uno de sus alumnos, por cuanto ya había iniciado, como estudiante, mi acercamiento a la disciplina penal, a la que he tratado de ser fiel hasta hoy, teniendo como modelo

* Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad San Sebastián.
Correo electrónico: carlos.kunsemuller@uss.cl

inspirador la obra magnífica del querido maestro, en toda su estatura de gran jurista y excelente ser humano.

- 1.- La normativa que pretendemos comentar introduce el concepto de “delito económico”, asignándole esta calidad a una extensa cantidad de ilícitos, previstos tanto en el Código Penal como en otros textos legales, acerca de materias financieras, tributarias, empresariales, aduaneras, bursátiles, ambientales y otras.
- 2.- La ley utiliza el criterio de consagrar “categorías” de delitos económicos y distingue entre delitos de primera categoría, de segunda categoría, de tercera categoría y de cuarta categoría, abarcando con esta nomenclatura hechos de muy distinta naturaleza, como p. ej., relativos a monumentos nacionales, urbanismo y construcciones, operaciones informáticas, propiedad intelectual, mercado financiero, pesca y acuicultura, estafas y otros fraudes, administración desleal, receptación, lavado y blanqueo de activos, entre otros.
- 3.- Quedan, además, incorporados al Código Penal los “atentados contra el medio ambiente”, contemplándose, en general, penas privativas de libertad para los autores de estos ilícitos, que en los casos más graves pueden alcanzar a presidio mayor en su grado mínimo, la misma del delito de lesiones gravísimas, sin perjuicio de las penas pecuniarias establecidas.
- 4.- Para la determinación concreta de las penas aplicables a los delitos económicos, quedan “expropiadas”, por así decirlo, todas las circunstancias modificatorias de carácter general previstas en los arts. 11, 12 y 13 del Código Penal, aplicables a todo delito. En su reemplazo se introduce, en los arts. 13, 14, 15 y 16 de la ley, un conjunto de atenuantes y agravantes especiales, propias de esta clase de infracciones.
- 5.- Esta normativa ratifica, con especial énfasis, el compromiso con el principio *societas delinquere potest*, introducido al ordenamiento jurídico nacional por la Ley Nº 20.393 y las que la complementaron con posterioridad.
- 6.- En el ámbito de la culpabilidad, la normativa se inclina por un sistema que, en lo personal, me resulta algo curioso y me asisten dudas en cuanto a su materialización en el escenario procesal. Se distingue entre culpabilidad disminuida del condenado, culpabilidad muy disminuida, culpabilidad elevada y culpabilidad muy elevada y estas graduaciones cuantitativas –menos culpabilidad, más culpabilidad– han de incidir, respectivamente, en la configuración de circunstancias atenuantes y agravantes y, en definitiva, en la magnitud de la pena.

Se prevén circunstancias modificatorias para las personas jurídicas y para las personas naturales. Por razones de tiempo no es posible examinarlas en detalle, pero me parece útil, por lo novedoso del tema, reproducir las concernientes a los entes jurídicos, que de verdad son los actores principales de esta nueva puesta en escena penal:

Agravantes:

- La de haber sido condenada dentro de los diez años anteriores a la perpetración del ilícito. Reincidencia.
- Las que afecten a la persona natural que hubiere perpetrado o intervenido en el hecho, cuando su perpetración o intervención bajo esas circunstancias, también se hubiere visto favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de delitos.

En este último caso hay una especie de solidaridad, en cuanto a los fundamentos de la agravación de la pena, una suerte de repartición de iguales cargas, entre persona jurídica, que no comete el hecho, y persona natural, que sí lo comete.

Procuraré ocuparme, dentro de los límites de tiempo, de los siguientes temas, con un esquema necesariamente muy resumido:

- 1.- El Derecho Penal liberal.
- 2.- ¿Cómo es que responde penalmente quien no puede delinquir?
- 3.- La anticipación de la tutela penal.
- 4.- Supresión de cierta atenuante y mantención de cierta agravante.

1.- El Derecho Penal clásico o liberal tiene sus orígenes ideológicos –nos recuerda Enrique Bacigalupo– en la filosofía de la Ilustración, en la segunda mitad del siglo XVIII, y está fuertemente unido a las transformaciones políticas del Estado surgidas como consecuencia de la Revolución Francesa. Sus padres penalistas fundadores son, sin duda, César Bonesana, marqués de Beccaria, y Francesco Carrara, separados por un siglo.

El querido maestro Etcheberry nos dice que el denominado bueno, viejo y decente Derecho Penal Liberal –que él amó, enseñó, practicó y difundió con gran convicción y éxito– no es otro que el preconizado desde el siglo XVIII por Beccaria, llevado a su pleno desarrollo doctrinal por Carrara y que postula el respeto de los derechos del ciudadano frente a la potestad estatal o el capricho del tirano, plasmados desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos, y que permite, según la feliz fórmula de Carrara –a quien califica de sumo maestro del Derecho Penal– distinguir los códigos de la libertad de los códigos de las tiranías.

El discurso penal de la modernidad, caracterizado por promover y hacer efectivas intensas corrientes jurídicas punitivistas, apuesta por un Derecho Penal “más eficiente”, lo que significa incrementar la intervención del ordenamiento penal en la sociedad, no solo más Derecho Penal, sino un Derecho Penal cada vez más duro.

Muy conocidos son los postulados que ha defendido y trata de seguir defendiendo el Derecho Penal liberal, cuya filosofía inspiró la dictación de nuestro Código, vigente desde marzo de 1875:

Legalidad, taxatividad, intervención penal mínima, *ultima ratio*, Derecho Penal regulador de actos humanos externos, no de los pensamientos ni los modos de ser, impunidad de los actos no ejecutivos o preparatorios, impunidad de la tentativa inidónea, principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de lesividad de la conducta, de culpabilidad –*nullum crimen nulla poena sine culpa*– de proporcionalidad, rechazo a los delitos de peligro abstracto o presunto, rechazo de la responsabilidad penal de los entes colectivos.

El edificio dogmático penal –con esos principios como sólidos cimientos–, cuyo diseño, estructura y basamentos fueron perfeccionados por Ernst von Beling y otros juristas, a comienzos del siglo XX, logró arribar –relata Gössell–, gracias a la contribución de grandes arquitectos del Derecho Penal, en algún momento a su punto de culminación, pudiendo hablarse de un edificio dogmático perfectamente homogéneo y ordenado.

No obstante, la apariencia de perfección ha sido denunciada desde la década de 1960, como originadora de una imagen falsa. El edificio dogmático, pese a su aparente ausencia de grietas y fisuras, comienza a ser blanco de severas críticas y surgen interrogantes, como la de Enrique Gimbernat, ¿tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?; el severo y decidor aserto de que el Derecho Penal se halla en una situación insostenible (profesores de la U. de Frankfurt); se preguntan los autores, ¿adónde va el Derecho Penal? ¿Tiene un futuro el buen, viejo y decente Derecho Penal liberal? El concepto “la expansión del Derecho Penal”, que significa el abandono de varios de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, por oponerse ellos al nuevo Derecho Penal, un Derecho Penal *ad hoc* para la moderna sociedad de riesgos, más “eficiente”, más apto para enfrentar con éxito y de forma expeditiva la misión de lucha contra una criminalidad cuyo incremento en cantidad y dañosidad es una realidad, ha sido tratado magníficamente por el catedrático español Jesús María Silva Sánchez en sus conocidas obras.

Antes que Gimbernat y otros penalistas, don Pedro Silva, destacado magistrado chileno, ardiente partidario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, había expresado, con ocasión del seminario acerca de delitos económicos, mencionado al comienzo de esta exposición, que la ciencia del Derecho debe construir un régimen *sui generis*, aunque se aparte de los principios de la responsabilidad individual, porque la verdadera ciencia consiste en prestar oído a los testimonios de la vida y no se asusten si esta abate fórmulas que parecían indispensables. Agregó que el Derecho Penal no puede ser estático o inmutable. Si una doctrina no ofrece solución para los problemas que surgen de la convivencia social, hay que revisar y

rectificar sus principios ante la imposibilidad de sociólogos y juristas para prescindir o suprimir los factores surgidos. En otras palabras y siguiendo a Enrique Aftalión, si una teoría jurídica del delito no sirve para compaginarla con las nuevas tendencias, peor para esa teoría, hay que despreciarla.

Frente a las nuevas tendencias “renovadoras”, hoy ya no tan nuevas, inspiradoras de legislación penal sustantiva y adjetiva, que pretenden romper con el *ius puniendi* surgido del Iluminismo, es admisible preguntarse, por una parte, si este nuevo ordenamiento punitivo logrará algún día ser realmente mejor, más inteligente y más humano –aquí recordamos a Radbruch– que el Derecho Penal clásico y, por otra, si podrá producir los frutos sociales que promete, reunidos bajo la noción de eficiencia, de tan equívoca significación cuando se trata del derecho de castigar, que afecta bienes jurídicos fundamentales.

Hoy, la disyuntiva parece ser Derecho Penal *ultima o extrema ratio* versus Derecho Penal sola o *prima ratio*, cada una de estas opciones involucra consecuencias altamente relevantes para la libertad de los ciudadanos, con pérdida o mantención de garantías frente al *ius puniendi* estatal.

Vivimos desgraciadamente –se lamenta Gonzalo Fernández, apreciado penalista uruguayo y querido amigo– la paulatina consolidación de un Derecho Penal contrailustrado, el que reniega sin rubor de sus orígenes y se embandera con el más vulgar populismo. Todo procura resolverse a merced de la huida al Derecho Penal, mediante una verdadera ilusión penalística.

2.- En cuanto concierne a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hija predilecta del Derecho Penal económico, reiterada en la ley que ahora interesa, más de alguien podría decir que es un tema algo oxidado, anticuado, ya resuelto en el Derecho Comparado y también en Chile, por la legislación positiva que consagra dicha responsabilidad.

Sin embargo, existen motivos poderosos para pensar que no es así, que se trata de un tema *evergreen*, siempre verde, siempre actual, al que la doctrina –y también la política criminal– volverán una y otra vez.

El Derecho Penal está constituido, como dijera Jiménez de Asúa, por idas y venidas, *corsi e ricorsi*, cada cierto tiempo vuelve la dogmática a discutir temas que muchos de sus representantes estimaron otrora ya agotados. Tiene mucha razón Polaino Navarrete cuando afirma que no hay verdades absolutas ni eternas, todo está sometido a una permanente renovación teórico-conceptual. Nos invita a desconfiar de quienes afirman que nunca se equivocan.

Es importante recordar que la Ley Nº 20.393 (2009) no se dictó como consecuencia de un clamor generalizado del penalismo chileno que exigía establecer esa responsabilidad penal de los entes jurídicos, sino por imposición, una suerte de requerimiento coactivo, de la OCDE, que nuestro país debía acatar. La gran mayoría de los autores eran claramente contrarios al postulado *societas delinquere potest*.

Basta revisar a Novoa, Cousiño, Etcheberry, Cury, Bustos, Politoff, Garrido y otros. El maestro Cury, en comentario publicado en el diario *El Mercurio*, expresó que la Ley Nº 20.393 constituye una involución del sistema penal a formas de responsabilidad objetiva que se había luchado por superar; lo ocurrido no constituye motivo de regocijo para los cultores del derecho punitivo. En la 11ª edición de su *Tratado*, sostiene que la responsabilidad penal de las personas jurídicas descansa sobre una pura ficción y su elaboración se tendrá que realizar sobre bases completamente diferentes a las del Derecho Penal liberal. Después de destacar la imposibilidad de formularles a tales personas el reproche de la culpabilidad, aboga para que en una reforma próxima se expulse de nuestro ordenamiento jurídico ese cuerpo extraño en que consiste la pretendida responsabilidad penal de las personas jurídicas, derogando la Ley Nº 20.393. Bueno, no ha sido expulsado, como quería don Enrique, sino reforzado.

Que el tema es muy actual lo evidencia, además, el “Proyecto de Código Penal para Chile” (2016), del maestro Etcheberry, donde se establece que la responsabilidad penal es personal, basada en la culpabilidad. “No hay responsabilidad penal de las personas jurídicas”. El joven profesor Alex van Weezel, con su conocido artículo “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, se ha sumado al grupo de los penalistas que, por su edad, son calificados de “clásicos”.

En el Libro Homenaje redactado por 59 estudiosos de nuestra disciplina, como expresión de afecto hacia mi persona, publicado en 2023, el profesor español Miguel Díaz y García Conlledo –a quien nadie podrá tildar de anticuado y excesivamente conservador, en cuanto penalista– finaliza su artículo sobre “La mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas”, señalando que “se alcanza, al igual que lo hace un importante sector doctrinal, la conclusión de que no es posible hablar estrictamente de responsabilidad penal o punibilidad de las personas jurídicas, ni siquiera en ordenamientos jurídicos como el español”. De este modo, el principio que debe regir es: las sociedades no pueden delinquir ni ser punibles.

Los principales argumentos que sustentan el postulado *societas delinquere non potest*, son el concepto de delito como acto humano y como acto humano culpable.

El principio *nulla poena sine culpa*, en cuanto infringido, es un insumo poderoso de la tesis contraria al postulado *societas delinquere potest*, debido a la incapacidad de acción culpable de las personas jurídicas, tesis que apoyo en mi monografía respecto de tal principio. Este apotegma –las sociedades pueden delinquir– cuyo creciente dominio no es posible ignorar, lo he incluido entre las excepciones al principio de culpabilidad, desde que el juicio de reproche personal por haber actuado en contra del Derecho habiendo tenido la posibilidad concreta de actuar de otro modo, es decir, con acatamiento de las normas, solo es posible de dirigirlo o formularlo a una persona física, que tiene el poder de “actuar en lugar de ello”, del que carece un ente ficticio como el definido por el Código Civil en su art. 545.

Silvina Bacigalupo, en su notable estudio acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, concluye que, entendida la culpabilidad como la aptitud personal del individuo para decidirse a favor del Derecho, en función de la libre capacidad de autodeterminación, se constata la imposibilidad de afirmar la culpabilidad de las personas jurídicas.

Otra penalista española, María Teresa Fernández Sánchez, apunta que mientras el delito sea definido como una acción u omisión humana culpable, una persona jurídica jamás podrá llevar a cabo un delito.

El penalista alemán Wolfgang Frisch ha dicho que la exigencia de culpabilidad se hace valer por muchos como un obstáculo insalvable para la imposición de verdaderas penas criminales a las personas jurídicas. Destinatario del reproche de culpabilidad solo podría serlo la persona natural.

Sabemos que ese obstáculo, para muchos insalvable, se ha tratado de sortear con la reelaboración del concepto de culpabilidad, mediante la culpabilidad de organización o culpabilidad por defecto de organización, debida fundamentalmente al connotado penalista alemán Klaus Tiedemann. El planteamiento es, en lo esencial, que el reproche social que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica es la culpabilidad de organización, ya que la persona jurídica es responsable de los hechos cometidos por individuos –como hecho de conexión– porque esta y sus órganos no han tomado las suficientes medidas de seguridad, necesarias para garantizar un negocio ordenado y no delictivo. El acto individual se considera como acto de la empresa y es el momento omisivo –no tener programa de prevención– el que justifica el reproche, un reproche esencialmente de ética empresarial, inferior al del Derecho Penal.

Presenciamos no solo la búsqueda, sino el hallazgo, muy bienvenido por gran cantidad de académicos y legisladores, de un nuevo modelo de imputación, liberado de las ataduras del Derecho Penal liberal, hijo de la Ilustración, que son vistas como obstáculos al paso de los incontenibles avances político-criminales. Un autor (Milton Cairolí, uruguayo) ha dicho que: “Se insta a revisar y abandonar las categorías dogmáticas tradicionales, dejando de lado todo aquello de que la responsabilidad penal es personal, es subjetiva y todo lo que nosotros sabemos en lo que está basado el Derecho Penal que todos conocemos y todos hemos estudiado”.

3.- En su artículo referente a la aproximación dogmática y político-criminal al delito económico, el profesor Iván Navas, director de la obra colectiva mencionada al inicio de esta charla, señala como una importante característica de los delitos económicos la anticipación de la barrera de protección mediante la utilización de los delitos de peligro, incluyendo figuras de peligro abstracto o presunto, situaciones estas en las que no existe ningún peligro concreto, real, medible, comprobable para el respectivo bien jurídico y la ley simplemente lo presume, con infracción al principio capital de lesividad u ofensividad de la conducta típica, *nullum crimen sine injuria*.

Como apunta el profesor argentino Zaffaroni, el principio de ofensividad penal es una directiva dirigida al legislador, pero también al juez, que no puede considerar prohibida la conducta concreta (el supuesto de hecho o *tatbestand* fáctico) si en el caso no ofende un bien jurídico. Este principio de lesividad, esto es, la dañosidad connatural al ilícito, que se concretará en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, ha pasado a convertirse en uno de los principios políticos centrales del Derecho Penal de la democracia.

También se vulnera el principio de culpabilidad desde que opera una presunción de derecho del peligro, frente a la cual el imputado no saca nada con tratar de acreditar que el peligro no existió, no fue real y, por tanto, enfrenta una presunción de su culpabilidad. Como señalara Frank en 1897, en los delitos de peligro abstracto la producción del peligro es un elemento típico que se presume irrefutablemente. Un siglo después, Kaufmann puntualiza que se imponen penas elevadas, aunque en la situación concreta el peligro esté totalmente descartado. El peligro es presumido en contra del reo, a este no le sirve de nada probar que su comportamiento no es peligroso.

Pero en esta legislación –y ello resulta criticable, a mi juicio– la anticipación de la tutela penal se extiende, en su afán de retroceder lo más posible, desde la lesión efectiva del bien jurídico hacia atrás, hasta abarcar los actos preparatorios, anteriores a la tentativa, que en nuestro Código Penal son, por regla general, impunes, salvo los casos específicamente penados, como la proposición y la conspiración en ciertas hipótesis y el art. 445 del Código Penal, pertinente a la fabricación y tenencia de elementos para cometer robo.

El universo de los delitos económicos comprende los delitos contra el medio ambiente, bien jurídico colectivo, calificado de amplio y difuso, de difícil precisión, según el profesor Jean Pierre Matus. Se habla de un bien jurídico omnicomprenditivo, integrado por varios bienes o valores que integran el concepto genérico Medio Ambiente.

En este ámbito punitivo particular, el castigo de los actos preparatorios no ha generado mayor objeción, como lo evidencia la historia fidedigna del art. 37 bis de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, introducido por la Ley N° 20.595.

Conforme con este precepto, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de 100 a 1.000 UTM, el que maliciosamente en la evaluación ambiental de un proyecto presentare información que ocultare, morigerare, alterar o disminuyere los efectos o impactos ambientales futuros determinados en la evaluación ambiental de un modo tal que pudiere conducir a una incorrecta aprobación de la resolución de calificación ambiental.

La discusión parlamentaria del precepto da cuenta de que se quiso sancionar la entrega de información falsa, por parte del titular de un proyecto, a la autoridad de control ambiental, y asegurar la entrega de información oportuna y veraz para

la efectividad del sistema de protección ambiental. En tal virtud, el bien jurídico protegido sería la veracidad e integridad de la información entregada al sistema de control ambiental, a la actividad inspectora de la Administración.

Se trata, entonces, de una conducta fraudulenta, engañosa, lo que se refuerza con el vocablo “maliciosamente”, cuyo significado todos conocemos.

De los antecedentes conformantes de la historia fidedigna del precepto, surge que se calificó este delito como sancionatorio de un acto preparatorio del delito de contaminación.

El castigo de los actos preparatorios, que es muy excepcional en nuestro Código Penal, ya que la regla general es su impunidad, constituye una de las formas más extremas de anticipación de la tutela penal. Plantea una evidente contradicción con principios fundamentales del Derecho Penal, como el de ofensividad, al tratarse de conductas muy alejadas de situaciones de lesión o peligro concreto para un bien jurídico. Como advierte Rodríguez Mourullo, estos casos anómalos suponen hacer abandono del Derecho Penal de acto en favor de un Derecho Penal de la voluntad o un Derecho Penal de autor, orientado hacia la actitud moral del sujeto. Las posiciones proclives al autoritarismo suelen defender la punibilidad de estos actos, como también lo hacen de la tentativa inidónea. En el proyecto de Código Penal en actual discusión en el Parlamento chileno, la punibilidad se inicia con la tentativa, señalando el art. 33 que la conspiración solo es punible si la ley lo declara expresamente, misma regla contenida en el art. 8° del Código Penal vigente.

Muchos años han transcurrido desde que Jiménez de Asúa fundara la impunidad de los actos preparatorios en la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y en la consiguiente falta de invasión en la esfera de libertad ajena.

Muchos más años han pasado desde que Carrara calificara los actos preparatorios como equívocos y a los actos ejecutivos como unívocos.

La regla general, señala Etcheberry, es la impunidad de los actos preparatorios, que están todavía muy alejados de la realización completa del hecho y, además, marcan la línea divisoria con la tentativa, estableciéndose de ordinario el límite entre la conducta impune y la conducta punible, que comienza, al menos en nuestro Código, con el principio de ejecución, esto es, con la tentativa. Antes de la tentativa, no hay ofensividad.

El penalista alemán Günter Stratenwerth es, a mi juicio, muy claro y pedagógico: Como regla general, queda impune la preparación de un hecho punible. Si se define la preparación como una conducta que antecede temporal y materialmente a la verdadera ejecución típica del delito y a la tentativa correspondiente, entonces ella –la preparación– ya conceptualmente es el estadio previo no punible del hecho punible.

Claro que la ley puede criminalizar actos preparatorios y, de hecho, así lo hace, pero como advierte el profesor Cury, es frecuente que el legislador se deje engañar por la ilusión de que salvaguarda mejor los bienes jurídicos, mediante el tocoso expediente de proteger penalmente la zona que los circunda hasta mucho más allá

de lo aconsejable. Los resultados son insatisfactorios. Esta inclinación del legislador se resuelve, concluye el maestro, en una proliferación inútil de conminaciones inoperantes, que desprestigian el sistema y debilitan la autoridad de los mandatos verdaderamente indispensables.

4.- Supresión de atenuante y mantención de agravante.

La ley, reiterando el criterio del APCP 2018, suprime la circunstancia atenuante de mayor aplicación práctica –art. 11, N° 6 del Código Penal– y mantiene la agravante que concita un desprestigio doctrinario generalizado, cual es la reincidencia.

No cabe duda de que la atenuante de irreprochable conducta anterior es la de más frecuente invocación en la práctica judicial, hasta por el defensor menos cauteloso. Si bien Alejandro Fuensalida y Eduardo Novoa se manifestaron en contra de su reconocimiento en el Código Penal, es pacífica la doctrina penalista y el criterio jurisprudencial que, acogéndola, la identifican con la ausencia de condena anterior por delito en sentencia firme. Lo exigible es, entonces, una hoja de vida judicial carente de reprensiones provenientes de sentencias condenatorias ejecutoriadas, sin requerimientos de mayores méritos o virtudes personales del enjuiciado, ni referencias a su moral individual.

Algunos autores identifican esta minorante con una concesión al humanitarismo, que no parece del todo censurable, si con ello se posibilita una adecuada aplicación de la pena (Politoff, Matus, Ramírez). Estos mismos comentaristas la caracterizan como una de las causales de atenuación más socorridas en los tribunales, en un esfuerzo por mitigar las a veces excesivas penas que se prodigan en el Código Penal y en algunas leyes especiales, permitiendo al mismo tiempo acceder a algunas de las penas sustitutivas de las privativas de libertad. La mantención de esta causal es respaldada con razones de política criminal y atribuyéndole fundamento incluso constitucional, basado en el principio de presunción de inocencia (Matus / Ramírez).

En cuanto a su supresión del catálogo de atenuantes, ya provocada por la Ley N° 20.393 y ahora ratificada por la N° 21.595, el profesor Cury ha prevenido que, si alguna vez se prescinde de ella, es posible que su ausencia se deje sentir en forma lamentable. Precisamente, nuestra contribución al LH al profesor Luis Rodríguez Collao se intitula “La circunstancia atenuante del art. 11 nro. 6 del CP, ¿debe suprimirse o mantenerse?”, concordando con la inquietud del profesor Cury. Dejamos este tema a la reflexión de la ilustrada audiencia, siendo, a mi juicio, muy relevante la opinión de la magistratura al respecto, ya que está encargada de la determinación concreta de las penas.

En cuanto a la agravante de reincidencia, que se mantiene en la legislación en examen, una revisión de la doctrina nacional pone de manifiesto la oposición de la mayoría de los autores a esta circunstancia, siendo el motivo principal la infracción al principio de culpabilidad. Precisamente, hemos incluido esta circunstancia entre las contravenciones al *nulla poena sine culpa*, tema este abordado con especial

profundidad por el profesor Manuel de Rivacoba, en su muy conocido estudio acerca del principio de culpabilidad en nuestro Código Penal, lo mismo hacen los maestros Garrido y Cury, denunciando la incompatibilidad de la agravante con dicho principio limitativo. Este último profesor la califica de agravante sin fundamentos, como un cuerpo extraño en el Derecho Penal de culpabilidad debiendo ser bienvenido todo cuanto se haga para excluirla de la ley en vigor.

La interrogante que se plantea es por qué debe sufrir el sujeto un aumento de la duración de la pena que se le impone por un nuevo delito cometido, si su actual culpabilidad vinculada únicamente a este hecho no puede verse incrementada por un ilícito anterior, que ya fue castigado, como respuesta a su reprochabilidad por ese delito del pasado. También se argumenta por numerosos autores una infracción al principio *non bis in idem*, toda vez que se agrava la responsabilidad del individuo, no debido a una intensificación del injusto o de la culpabilidad, en relación con el hecho que motiva la condena, sino en consideración a su comportamiento anterior, que ya fue objeto del correspondiente reproche y sanción y que es ajeno al hecho respecto del que recibe la sentencia actual.

El APCP 2005 no contempla esta agravante, igual criterio siguen las propuestas reformistas posteriores.

Como señalan Cobo del Rosal y Vives Antón, el instrumento más apropiado para conseguir fines preventivos de las penas no es ciertamente el aumento de la cantidad de sanción retributiva que ya fracasó, sino la aplicación de una sanción de naturaleza distinta, propia de un DP preventivo y de medidas de seguridad.

Es el Estado el que reincide, pretendiendo obtener fines preventivo-especiales, mediante la misma sanción que ya fracasó anteriormente –no logró la reinserción social del penado–, pero ahora agravada.

El proyecto de Código Penal del profesor Etcheberry elimina la reincidencia como agravante y postula la imposición de una medida de seguridad, ya que es un caso en que la imposición de la pena se ha revelado insuficiente para provocar la deseada enmienda.