



UNIVERSIDAD  
**Finis Terrae**  
VINCE IN BONO MALUM

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO

## **ANALISIS CRÍTICO DE LA AGRAVANTE DE LA REINCIDENCIA**

BÁRBARA ANTONIA YÁÑEZ ARAYA  
IGNACIO ALFREDO OTAZO POBLETE

Memoria presentada a la Facultad de Derecho para optar al grado de Licenciado en  
Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Sr. Roberto Salim-Hanna Sepúlveda

Santiago, Chile  
2014

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>CAPITULO PRIMERO</b>	<b><i>DE LA REINCIDENCIA</i></b>
<b>Concepto</b>	5
<b>Clasificación doctrinaria de la Reincidencia</b>	7
<b>Reincidencia en el Código Penal Chileno</b>	
Efecto como circunstancia agravante	11
Clases de Reincidencia reguladas en el Código Penal	18
Efecto agravatorio en la determinación de la pena	28
<b>La Reincidencia en otras fuentes normativas</b>	
Como requisito para no conceder medidas alternativas ley 18.216.	29
En ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Juvenil	31
Reduciendo posibilidades obtener indulto	32
En el Código Procesal Penal	33



<b>La pena</b>	76
<b>De las teorías de la funcionalidad de la pena</b>	72
Teorías Absolutas	75
Teorías Relativas	76
Teoría de la Prevención General	80
Teoría de la Prevención Especial	82
Teorías Mixtas o Unitarias	85
<b>De la agravante de la reincidencia en Chile y su relación con la función asignada a la pena</b>	86

**CAPITULO CUARTO**                    ***LA AGRAVANTE DE LA REINCIDENCIA  
FRENTE A LOS LIMITES DEL IUS  
PUNIENDI***

<b>Fundamento</b>	103
<b>Principios Limitativos</b>	
Non bis in ídem	109
Principio de Proporcionalidad	116

Principio de Culpabilidad	122
<b>Situación en la Legislación Chilena. Análisis Jurisprudencial</b>	145
<b>CONCLUSIONES</b>	155
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	164

## INTRODUCCIÓN

Los conflictos sociales existen, eso es un hecho indiscutible; y cada vez que estos conflictos alteran la paz, son las personas quienes demandan protección de sus derechos y exigen tanto al Estado como al Ordenamiento Jurídico, la imposición de medidas drásticas y efectivas para el control de dichas problemáticas. Acercándonos al tema que nos convoca, y como es de público conocimiento, sin dudas el más preocupante de dichos conflictos es el aumento de la delincuencia y la forma con la que el Estado debe reaccionar ante este aumento<sup>1</sup>. Sin ir más lejos, en la última encuesta del Centro de Estudios Públicos realizado entre el mes de Julio y Agosto del año 2013, ante la pregunta respecto a cuál es el problema al que el Gobierno debe dedicar mayor esfuerzo en solucionar, el 46,7% de los encuestados respondieron que la delincuencia<sup>2</sup>, aumentando este porcentaje por mucho a otras problemáticas como la pobreza, la salud, la educación y otras tantas que parecen merecer mayor o igual importancia institucional.

Así las cosas, el cómo y el qué procurará realizar el Gobierno a miras de responder a esta problemática social, son las llamadas medidas de Política-Criminal que el autor Franz VON LISZT ha definido como aquel “*conjunto sistemático de principios, con arreglo a los cuales se deben organizar el Estado y la sociedad en la lucha contra el crimen*”<sup>3</sup>. El problema concreto consiste en la existencia de una grave falta de sistematización de dichos principios o de orientación de dichas políticas, lo que provoca que el derecho, como forma de regulación de la conducta humana, se geste en base a errados principios lógicos o axiomas, no cumpliendo su finalidad esencial de compensar o equilibrar la seguridad y certeza jurídica con el valor de la libertad de los individuos que componen la sociedad.

---

<sup>1</sup> Según un estudio realizado por la organización Paz Ciudadana “*Si bien Chile ha sido históricamente considerado como un país más seguro que muchos de América Latina, esta buena posición relativa se está rápidamente erosionando debido a que la delincuencia aumenta a tasas cercanas al 12% cada año*”

<sup>2</sup> Información extraída de la Encuesta CEP número 69, Estudio Nacional de Opinión Pública número 40, Tercera Serie, Chile, año 2013 <extraída de página web [www.cepchile.cl](http://www.cepchile.cl)>

<sup>3</sup> VON LISZT en BERISTAIN Antonio, “*Hoy y Mañana de la Política Criminal. Protectora y Promotora de los Valores Humanos*” en “Política Criminal Comparada, Hoy y Mañana”, Compilado por BERISTAIN Antonio, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial de Madrid, España, 2009, 11p.

En efecto, cada vez que la criminalidad aumenta, la reacción de la autoridad apunta a escuchar el clamor popular tipificando nuevos delitos, aumentando la pena de los existentes, generando situaciones jurídicas más desfavorables para los culpables, etcétera; medidas las cuales, muchas veces, vulneran flagrantemente aquellos principios indispensables en el desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico constitucional y penal<sup>4</sup>.

En la creación de estas medidas “remedio”, se olvida muchas veces que nuestro ordenamiento punitivo está cimentado sobre una gama de valores y principios cuyo desarrollo a lo largo del tiempo, ha dado estabilidad a nuestras instituciones, y son de tal envergadura e importancia, que no deben ser transgredidos. En la aplicación de estas poco reflexivas medidas, se generan problemas prácticos y doctrinarios, los cuales han merecido gran discusión en todos los países del mundo.

En este sentido, resulta contingente la aplicación de la **Agravante de la Reincidencia** para enervar el castigo del delincuente, siendo esta utilizada en nuestro país sin que medie mayor discusión respecto a su procedencia, efectividad o fundamento de existencia<sup>5</sup>. Autores de todo el mundo han cuestionado gravemente el aumento de la pena por reincidencia, discusión que ha generado luego en otros ordenamientos su completa modificación<sup>6</sup>, e incluso en otros, su completa erradicación a fin de mantener una correcta consecuencia entre los principios de su ordenamiento y los fines últimos de la colectividad.

El siguiente trabajo recoge de manera sistemática alguna de estas discusiones, con ella pretendemos: entablar la discusión respecto a la legitimación de la reincidencia, dar cabida a un análisis dogmático de la agravante que se está aplicando, cuestionarla si es necesario y detallar cada uno de sus elementos, valorarlos según los principios vigentes del derecho penal y compararlo según la jurisprudencia nacional. Se trata de un estudio analítico y crítico respecto de su procedencia en nuestro ordenamiento jurídico y su pertinencia según

---

<sup>4</sup> [Ejemplos de aquello son muchos, algunos de ellos la Ley 20.253 sobre Agenda Corta contra la delincuencia durante el año 2008, tipificación del delito de Femicidio por la Ley 20.480 del año 2010].

<sup>5</sup> En este mismo sentido, Luis Jiménez de Azúa en su libro “Principios del Derecho penal” sostiene que “no debe equipararse la habitualidad a la *incorregibilidad*. El hábito se desarraiga por la educación, sobre -todo en la juventud. La profesión criminal es sustituible cuando se ejercita al penado en otra profesión. El optimismo en la corregibilidad del delincuente se acrece cuando entendemos ésta como una forma de readaptación a la vida social sin aspirar a la enmienda moral. Por eso nos parece que si hoy se conviene en aplicar a estos reos la sentencia indeterminada, es preferible, dentro de la indeterminación, la medida correccional a la medida de seguridad con fines exclusivamente inocuidadores que se está adoptando en Europa”

<sup>6</sup> [Países como España, Italia, Argentina y Perú]

las instituciones penales. Esto, como una de las partes del estudio de otras tantas medidas de política criminal interpuestas para evitar la delincuencia por parte del legislador.

El propósito final de esta investigación, será plantear la pregunta respecto a si **¿tiene fundamento la agravante de la reincidencia en nuestro sistema jurídico penal?** Para ello, se seguirán uno a uno los siguientes objetivos:

- Describir el tratamiento de la agravante de la reincidencia en nuestro código penal chileno y su aplicación como agravante en nuestros tribunales
- Identificar la aplicación de la Reincidencia en otras áreas del Derecho Penal, distintas a su tratamiento como agravante
- Desarrollar las últimas modificaciones realizadas a la institución de la Agravante de la Reincidencia
- Examinar el fundamento que la doctrina ha atribuido a la agravante de la reincidencia y su fundamento en la jurisprudencia nacional
- Estimar la aplicación de la agravante de la reincidencia dentro de las distintas finalidades de la pena
- Identificar aquellos principios constitucionales y penales que rigen nuestro ordenamiento jurídico
- Estimar aquellos principios que son afectados con la agravante
- Evaluar su aplicación como medida de política criminal

De manera de facilitar el entendimiento, hemos estructurado la discusión en base a cuatro capítulos temáticos independientes entre sí, a saber: el primer capítulo “*De la Reincidencia*” nos acercará a ella como agravante y su tratamiento en la ley penal nacional en distintas fases; el segundo capítulo “*Fundamentos doctrinarios de la agravación por reincidencia*” recapitulará aquellos argumentos que se han dado para justificarla e intentará resolver cuál de estos argumentos es el recogido por nuestra jurisprudencia; el tercer capítulo “*De la agravante de la reincidencia en relación a las teorías de la función de la*



*pena*” expondrá tales teorías en relación al uso de la agravación de la pena como herramienta de política criminal y su aplicación por nuestros tribunales y; finalmente, el cuarto capítulo “*La Agravante de la Reincidencia frente a los límites del Ius Puniendi, una visión crítica respecto a su constitucionalidad*” indagará aquellos principios constitucionales existentes en materia penal, las distintas posturas sobre su posible afectación por la aplicación de la agravante de la reincidencia y la opinión de nuestra Excelentísima Corte Suprema al respecto.

Al término del desarrollo de dichos capítulos, concluiremos la investigación relacionando cada uno de estas dimensiones, reflejando en ella la opinión de quien escribe en lo relativo a la pregunta que se indicó en un principio sobre la legitimación legal de la reincidencia como agravante en nuestro ordenamiento penal.

Si bien con el presente trabajo no esperamos dar una solución irrefutable respecto a los cuestionamientos que hemos planteado, ni menos abogamos por la derogación de este instituto, si pretendemos con ella instaurar la discusión respecto a la creación y aplicación de ciertas medidas que parecen contravenir todo tipo de importantes principios por sobre los cuales se construye nuestro sistema democrático. Esperamos además una profunda reflexión por parte del lector en orden a mantener una visión crítica respecto a las decisiones políticas que el legislador toma a la hora de castigar al delincuente, debiendo evaluar este no sólo su efectividad, sino que también su integridad y legitimación en concordancia con el ordenamiento jurídico todo

## CAPITULO PRIMERO

### DE LA REINCIDENCIA

#### I. CONCEPTO

Desde un punto de vista general, y tomando el concepto de reincidencia con arreglo a su sentido etimológico derivado del término latino *reincidere* y *recidere*, podemos afirmar que su significado es “caer de nuevo o recaer en falta o delito”. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el término reincidencia es definido como:”1. f. *Reiteración de una misma culpa o defecto.* 2. f. *Der. Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa*”<sup>7</sup>, en relación con lo anterior podemos encontrar el término de origen latino *recidiva* que se utiliza en la actualidad por las ciencias médicas para designar aquella enfermedad que se produce inmediatamente después del periodo de convalecencia, “*en este sentido al fenómeno de la reincidencia también se le ha denominado en ocasiones*<sup>8</sup> *recividismo, haciendo uso de la terminología clínica.*”

Desde un punto de vista jurídico, la doctrina ha definido el termino reincidencia de diversas maneras y en atención al contenido propio del instituto en comento, el cual experimenta ciertas variaciones dependiendo de la clase o tipo de que se trata y su mayor o menor extensión, es así como Carlos TEJEDOR la define como “*El que después de sufrir una pena, cometa nueva y voluntariamente dentro de los 10 años siguientes un crimen de la*

---

<sup>7</sup> Definición obtenida de la 22ª edición del Diccionario de la Lengua Española, disponible en [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>8</sup> AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique, “*Principio de Culpabilidad en el Derecho Penal Español*”, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, año 2005, 381p.

*misma especie será considerado reincidente”*,<sup>9</sup> por su parte AGUDO FERNÁNDEZ a partir del artículo 22 número 8 del Código Penal Español la define como “*Circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal, que opera dentro de unos límites de tiempo legalmente determinados, a partir de la recaída en el delito por parte de un sujeto precedente y ejecutoriamente condenado por otro delito comprendido en el mismo Título y de la misma naturaleza del que es objeto de la actual condena*”<sup>10</sup>.

En Chile, el profesor Enrique CURY señala que “*existe reincidencia cuando el sujeto que ha sido condenado por uno o más delitos incurre, después de ello, en otra u otras conductas punibles*”<sup>11</sup>, estableciendo de este modo una definición de la institución jurídica, que no ha sido objeto de mayor discusión, y que a grandes rasgos contiene los elementos y presupuestos básicos que la definen tanto en el ordenamiento jurídico Penal Chileno, como en las legislaciones extranjeras.

En este sentido, es posible apreciar que para que se configure la reincidencia requerimos de un sujeto que haya cometido un delito, que por este delito haya sido cuando menos condenado, y que con posterioridad a esa condena haya vuelto a cometer delito. La existencia de una condena anterior, aun cuando esta no se haya cumplido en forma efectiva, es un requisito de la esencia del instituto de la reincidencia, puesto que si no se da esta especial circunstancia se desnaturaliza la institución, aproximándose más a la idea de una relación concursal de delitos cometidos por un sujeto, que a una circunstancia modificatoria de la responsabilidad Penal.

Eduardo NOVOA MONRREAL sostiene que “*en cierta forma se hace referencia en esas disposiciones a una pluralidad de delitos cometidos por un mismo sujeto activo, lo que en sentido amplio llama la doctrina concurso de delitos. Pero la designación de concurso de delitos se reserva con más propiedad para señalar el caso de un individuo que es actualmente responsabilizado por varias trasgresiones sancionadas penalmente, esto es, para aquel que ha perpetrado varios delitos que son o van a ser materia de un solo juicio*

---

<sup>9</sup> ARTOLA Luis Juan y LOPEZ CARRIBERO Hugo, “*La Reincidencia: Aspecto teórico y práctico del instituto*”, Buenos Aires, Editorial Din Editora, año 2000. 29p.

<sup>10</sup> Op. Cit. 382p.

<sup>11</sup> CURY URZÚA Enrique, “*Derecho Penal, Parte General*”, 9ª Edición, Santiago, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2008. 504p.

*por no haber existido pronunciamiento judicial sobre ninguno de ellos.”<sup>12</sup> De modo que la recaída en el delito entendiendo que esta ocurre una vez que el sujeto activo es condenado, es distinta ya que “haber sido condenado antes por otro delito u otros delitos, el que ahora es o será sometido a juicio por un delito nuevo; y lo que regula la ley es el efecto que va tener en la apreciación de la responsabilidad Penal correspondiente a este nuevo delito, la circunstancia de que en juicio o juicios criminales ya terminados se hubiera declarado responsable al mismo sujeto por otro u otros delitos y se le hubieren aplicado la o las penas consiguientes.”<sup>13</sup>*

Así las cosas, “dentro del concepto de concurso de delitos se sitúa la reiteración de hechos punibles, que es la perpetración sucesiva de delitos, ninguno de los cuales ha sido objeto de juzgamiento y por ello son o van a ser materia de imputación conjunta, en un solo juicio, al delincuente que los cometió. La reiteración es una especie dentro del género concurso de delitos y por ello difiere, conforme a la nomenclatura jurídica más en uso y más conveniente de la reincidencia.”<sup>14</sup> De modo que el concepto jurídico de reincidencia difiere del uso común que se le da al término recaída, puesto que este solo se refiere a una reiteración de hechos, siendo la reincidencia la reiteración de delitos que comete una persona que ya ha sido condenada por sentencia judicial ejecutoriada.

## **II. CLASIFICACIÓN DOCTRINARIA DE LA REINCIDENCIA.**

A partir de la regulación de esta agravante en el artículo 12 números 14, 15 y 16 de nuestro Código Penal, se ha expuesto por la doctrina una clasificación de ella, distinguiendo entre distintos factores como el cumplimiento de la pena impuesta, la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, la cantidad de infracciones cometidas, etcétera. En consecuencia a

---

<sup>12</sup> NOVOA MONREAL Eduardo, “Derecho Penal Parte General”, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica, año 2006. 72p.

<sup>13</sup> Op.Cit. 72p.

<sup>14</sup> Op.cit. 72p

continuación analizaremos dicha clasificación, que distingue entre: *Reincidencia Propia o Verdadera, la que a su vez puede ser Reincidencia Genérica y Específica; y Reincidencia Impropia o Ficta.*

## **1.- REINCIDENCIA PROPIA O VERDADERA:**

Es aquella que se desprende del Artículo 12 números 15 y 16 del Código mencionado, y ha sido definida como aquella “*que tiene lugar cuando el condenado recae en la comisión de un nuevo delito luego de expiar total o parcialmente la condena impuesta con anterioridad*”<sup>15</sup> o, en la definición del profesor GARRIDO MONTT, “*cuando la condena impuesta por el anterior delito ha sido cumplida*”<sup>16</sup>. Esta, en atención a la naturaleza de los delitos cometidos, a su vez se sub-clasifica en Reincidencia Propia Genérica y Específica:

**1.a) REINCIDENCIA PROPIA GENÉRICA:** Es aquella que “*consiste en la repetición de un delito de diversa especie del otro u otros que ya fueron objeto de juzgamiento*”<sup>17</sup> o dicho de otro modo “*los delitos cometidos son de distinta especie (primero el delincuente comete hurto, por el cual es condenado, y con posterioridad lleva a cabo un homicidio)*”<sup>18</sup>.

Se encuentra comprendida en el número 15 del artículo 12 del Código Penal, y se sustenta en base a cuatro supuestos: que el hechor haya cometido uno o más delitos con anterioridad, que a estos delitos la ley señale igual o mayor pena, que dichos delitos sean de diversa naturaleza y que este ya haya cumplido la condena por tales delitos.

Respecto a la consideración de la pena de tales delitos que ha de realizarse para cumplir los supuestos de este tipo de reincidencia, POLITOFF ha señalado que “*el artículo 92 del Código Penal aclara que esta circunstancia sólo es aplicable si el*

---

<sup>15</sup> ARTOLA . Op. Cit 36p

<sup>16</sup> GARRIDO MONTT Mario, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, 1º Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001. 208p.

<sup>17</sup> IDEM

<sup>18</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 209p.

*culpable ha cumplido condena por "dos o más delitos a que la ley señala igual o mayor pena", comparación ha de hacerse con las penas asignadas por la ley (en abstracto), sin consideración a las penas efectivamente impuestas"*<sup>19</sup>.

**2.a) REINCIDENCIA PROPIA ESPECÍFICA:** Es aquella en que "*el nuevo delito cometido es de la misma especie que el delito antes sancionado*"<sup>20</sup>, o dicho de otro modo, "*todos los delitos son de la misma especie (el sujeto comete un hurto por el cual cumple una condena y luego que es dejado en libertad vuelve a cometer otro o varios delitos de hurto)*"<sup>21</sup>

Corresponde al número 16 del artículo 12 del Código Penal, y se configura si existe la comisión de al menos un delito anterior al cometido, que este ha sido condenado, que dicha condena se haya cumplido y que el delito cometido sea de la misma especie de aquel condenado.

El que ha de entenderse por "*delitos de la misma especie*", ha sido un asunto muy controvertido por la doctrina y jurisprudencia nacional, por lo que, atendido a su gran importancia práctica y teórica, nos referiremos en detalle respecto a este tema, en el estudio del número 16 del artículo 12, en las páginas siguientes.

## **2.- REINCIDENCIA IMPROPIA O FICTA:**

A diferencia de la Propia, es aquella en que "*el cumplimiento no ha tenido lugar al tiempo de comisión del segundo delito*"<sup>22</sup> o "*aquella en que incurre el que fue condenado antes en virtud de una sentencia ejecutoriada y delinque nuevamente sin haber cumplido aquella condena*"<sup>23</sup>.

Esta está comprendida en el número 14 del artículo 12 y comprende dos hipótesis: la primera, que se cometa delito mientras se cumpla una condena; y la segunda, que se

---

<sup>19</sup> POLITOFF Sergio, MATUS Jean Pierre, RAMIREZ María Cecilia; Lecciones de Derecho Penal Chileno, 2ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 2004. 520p

<sup>20</sup> NOVOA. Op Cit 77p.

<sup>21</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 210p.

<sup>22</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 209p.

<sup>23</sup> NOVOA Op Cit 77p.

cometa delito luego de haber quebrantado dicha condena por haber burlado su cumplimiento.

Por razones sistemáticas, este artículo es estudiado conjuntamente con el artículo 91 del Código Penal sobre el quebrantamiento de condena, cuyo contenido se encuentra en el título de las penas en las que incurren los que, durante el cumplimiento de la condena, delinquen nuevamente. Históricamente se ha discutido el conflicto entre la existencia práctica de esta disposición y este tipo de circunstancia agravante, sin embargo, como ha sido aclarado por distintos autores como NOVOA y KUNSEMULLER *“en buena parte de la jurisprudencia parece entender la idea de que dichas “penas” [del artículo 91] no son tales, sino sólo “medidas administrativas”, que no son óbice para imponer la agravación aquí referida”*<sup>24</sup>. Es decir, y resolviendo la contraposición que pueda ocurrir entre ambas instituciones *“la hipótesis de la comisión de un nuevo delito después de haber quebrantado el cumplimiento de la condena impuesta por un delito anterior, está al margen de esta agravante, conforme al principio non bis in ídem consagrado en el artículo 63, y por constituir el quebrantamiento un delito en sí mismo, según se desprende del artículo 90 que lo sanciona expresamente, no puede, a su vez, constituir una agravante, porque así lo prohíbe el referido artículo 63”*<sup>25</sup>

Concluyendo esta clasificación, y para finalizar, respondiendo a la pregunta respecto de cuál de estos tipos de reincidencia ha de considerarse más grave, la doctrina nacional se encuentra conteste en que la Reincidencia Específica ha de considerarse más grave por cuanto *“revelaría en el delincuente un hábito en la comisión de un determinado tipo de delitos, sería un profesional en esa actividad”*<sup>26</sup>. En este sentido señala CURY que *“la opinión tradicional atribuye más gravedad a la reincidencia específica, porque la insistencia del autor en cometer delitos de la misma naturaleza le parece reveladora de una cierta tendencia a la habitualidad o el profesionalismo criminal. Por este motivo, en las legislaciones más antiguas y una parte significativa de las contemporáneas se excluyen dentro de las causales de agravación a la reincidencia genérica. Sin embargo hay autores para los cuales esta última debe ser contemplada con más rigor que la específica, pues*

---

<sup>24</sup> KUNSEMULLER en POLITOFF, MATUS y RAMIREZ Op Cit 520p.

<sup>25</sup> ETCHEBERRY y CURY en GARRIDO MONTT Op Cit 210p.

<sup>26</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 209p.

*evidencia en el sujeto una inclinación indiscriminada a quebrantar las normas jurídicas.<sup>27</sup>*”, y asimismo, para NOVOA por cuanto este tipo de reincidencia “*revela una tendencia definida del delincuente a recaer en una misma clase de delitos*”<sup>28</sup>

Naturalmente, cada una de estas clasificaciones, las volveremos a encontrar en el estudio pormenorizado de cada uno de los numerales del artículo 12 en los que podemos encontrar a la agravante de la reincidencia en particular.

### **III. REINCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO.**

En Chile, el instituto de la reincidencia se encuentra regulado dentro del catálogo de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el Libro I, artículo 12 números 14, 15 y 16 del Código Penal. La Reincidencia será por tanto **una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal que agravará la pena del reincidente cumpliéndose los supuestos que los preceptos contienen**. Es por tanto un elemento accidental al hecho punible que delimitarán la pena a imponer sin alterar la esencia del hecho.

Veamos en detalle su regulación en el Código Penal:

#### **A) EFECTO COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL**

Tal como antes se ha indicado, se enmarca dentro del Artículo 12 del Código Penal que enumera 19 circunstancias agravatorias bajo diversos supuestos. Respecto a su fundamento, la doctrina ha señalado que “*buena parte encuentra sustento en criterios de política criminal, numerosas en el mayor reproche del acto (más culpabilidad) y otras en una*

---

<sup>27</sup> CURY Op Cit 505p.

<sup>28</sup> NOVOA Op Cit 77p.



*intensificación del injusto*”<sup>29</sup>. En el caso de la reincidencia, señala POLITOFF que se realiza una agravación de la pena asignada por haber recaído el sujeto en un nuevo delito dando origen a una nueva condena “siguiendo el modelo español, nuestro Código impone en las circunstancias 14a, 15a y 16a, una agravación adicional a quien ha sido condenado por un nuevo delito cometido con posterioridad a una condena anterior basada en la idea clásica de que el reincidente no ha aprovechado suficientemente el castigo anterior para enmendar su rumbo”<sup>30</sup>.

### **- RESPECTO A QUIEN HA DE AFECTAR LA REINCIDENCIA:**

Se han clasificado las agravantes según lo dispuesto por el Artículo 64 del Código Penal, que distingue entre aquellas Agravantes “*Personales o subjetivas*” y “*Materiales u Objetivas*”. Mientras las primeras consisten en una disposición moral del imputado o sus relaciones particulares con el ofendido u otra causa personal, las segundas se relacionan con la ejecución material del hecho o los medios empleados para realizarlo. Por lo tanto, al afectar la reincidencia solo a quien ha sido condenado anteriormente, debemos entenderla como una agravante personal y subjetiva, ya que “*únicamente quien es portador de ellas es capaz de incurrir en la lesión accesoria de bienes jurídicos que fundamentan la agravación, o bien solo él es apacible, a causa de ella, de un reproche más acentuado por la ejecución del hecho en tal situación*”<sup>31</sup> afectando solo a quien se le imputa.

La importancia de esta clasificación radica respecto de quien afectará la ocurrencia de la agravante, mientras las “*Personales*” solo modificarán la responsabilidad de quienes intervinientes en el hecho de quienes concurren, las “*Materiales*” lo harán respecto de todos aquellos que tuvieron conocimiento de esta o estas circunstancias antes o después de la acción o cooperación al delito. Así, la Reincidencia afectará solo a aquel autor, cómplice o encubridor que deba entenderse como reincidente según los tipos de reincidencia existentes, y esta calidad no se comunicará a otros participantes en el hecho delictivo. Entonces, para

---

<sup>29</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 199p.

<sup>30</sup> POLITOFF, MATUS y RAMIREZ Op Cit. 615p

<sup>31</sup> CURY Op Cit.500p.

efectos de su comunicabilidad: una de las características esenciales de este tipo de agravante es que **no procederá su comunicación**. *“Las materiales, por ser objetivas y referirse a la ejecución del hecho, afectan a todos aquellos que participaron y tenían conocimiento de las mismas, y las personales, que frecuentemente son subjetivas, afectan exclusivamente a aquellos intervinientes en los cuales concurren, no así a los demás que también pueden haber tenido intervención en el delito”*<sup>32</sup>. Son estas por tanto *“aquellas características del sujeto que le hacen personalmente pasible de un reproche más intenso o que únicamente fundan respecto de él una mayor antijuridicidad de la conducta. Igual que en el supuesto anterior, la norma se aplica tanto a elementos del ilícito como a verdaderas circunstancias modificatorias, es decir, accidentales”*<sup>33</sup> siendo la reincidencia, una de estas agravantes que, se dice por parte de la doctrina, aumentan el reproche respecto de quien la padece.

En lo referido a los grados de participación que ha de tener el delito inicial y el delito que originará la agravación por Reincidencia, la Corte Suprema conociendo un Recurso de Casación en el Fondo en causa rol 3344-2000 señala que *“No se configura la agravante de Reincidencia si en el delito actual se le condena como autor y presenta condena anterior por un mismo delito, pero con grado de participación distinta, como en el caso de ser encubridor”*, según este fallo por tanto, se requiere mismo grado de participación en el delito cometido y condenado con anterioridad.

#### **- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU APLICACIÓN:**

A diferencia de otras agravantes reguladas en el mismo número, que restringen su aplicación sólo a cierto grupo de delitos (recordemos las agravantes de la Alevosía o premeditación conocida que solo procede contra delitos contra las personas), la reincidencia **es aplicable a todos los crímenes y simple delitos**.

---

<sup>32</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 415p.

<sup>33</sup> POLITOFF, MATUS y RAMIREZ Op Cit. 615p.

Sin embargo, se ha **discutido la posibilidad de su procedencia en Faltas**, discusión que el mismo Código Penal no ha podido zanjar de manera definitiva: los que niegan su procedencia, se basan en que el Artículo 104 sobre la Prescripción de la Reincidencia (que analizaremos luego) según el cual se tomará en cuenta las agravantes de los números 15 y 16 del Artículo 12 siempre que se trate de condenas anteriores respecto de crímenes o simple delitos, sin mencionar expresamente las faltas. El mismo argumento encuentran en el Artículo 91 sobre las penas en que incurrir los que durante una condena delinquen de nuevo, delimitándolo solo a crímenes y simples delitos. Sería esta entonces una omisión intencional del legislador que permitiría concluir que no procede la reincidencia en las faltas.<sup>34</sup> Quienes están de acuerdo sobre su procedencia, argumentan que el mismo texto del Código, tanto en los Artículos 12 números 14, 15 y 16 y 92 que tratan la reincidencia, ordena su aplicación a “delitos”, debiendo entenderse este escrito de forma genérica y sin otro calificativo, por lo que no debe excluirse su aplicación en las faltas al no incluir en el texto de la ley la voluntad de esta exclusión por parte del legislador penal. En respuesta al argumento basado en el Artículo 104 del Código Penal, se agrega que puede “*deberse a un simple olvido del legislador o su deseo en no establecer un plazo de prescripción para la reincidencia en las faltas*”<sup>35</sup>.

Con todo, si puede encontrarse en la legislación Penal un reconocimiento expreso a la aplicabilidad de la Reincidencia en las faltas, específicamente sobre el Hurto Falta regulado en el Artículo 494 Bis del Código Penal. Esta norma, introducida por la Ley número 19.950 del año 2004, aumenta la pena por este delito de prisión en su grado mínimo a medio a prisión en su grado máximo. Dado este reconocimiento, según el profesor Guillermo Oliver Calderón, caben dos posibilidades “*una es admitir que cabe la reincidencia en todas las faltas. La otra es señalar que la única falta en la que cabe es el hurto-falta. Ante estas dos opciones, nos inclinamos por la primera. Desechamos la segunda por la ausencia de armonía a que conduce sostener que, en general, en materia de faltas no cabe la reincidencia, salvo el caso excepcional del hurto-falta. Pero eso no significa que creamos*

---

<sup>34</sup> [Así, NOVOA MONREAL, “Curso de Derecho Penal Chileno”, Santiago, 1985, p. 106. También GARRIDO MONTT, “Derecho Penal. Parte General”, Santiago, 2001, 210 p; KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Comentario a los artículos 12 y 13 del Código Penal, en Texto y comentario del Código Penal chileno]

<sup>35</sup> NOVOA Op Cit 91p

*que porque no se aluda expresamente a las faltas en el artículo 104 del Código Penal, la reincidencia en éstas nunca deba dejar de tomarse en cuenta. Pensamos que, aplicando un razonamiento analógico in bonam partem, puede concluirse que en las faltas la reincidencia no puede ser tomada en consideración después de seis meses de ocurrido el hecho”<sup>36</sup>.*

Otro problema que genera la aplicación de la Reincidencia, es si ha de proceder sobre los delitos culposos o cuasidelitos, tanto en la doctrina nacional como extranjera no existe consenso. El debate más significativo lo encontramos entre los autores españoles, quienes han centrado la discusión en el elemento del dolo del hecho. Para BACIGALUPO *“las circunstancias agravantes contienen elementos que forman parte –accidental- del tipo y que deben ser abarcados por el dolo del autor, lo que permite afirmar que las agravantes son, por naturaleza, incompatibles con los delitos imprudentes”<sup>37</sup>*, en opinión contraria MARIN ESPINOSA postula que *“los delitos imprudentes se caracterizan por realizar el resultado sin la intención de cometerlo. Entonces, en todo aquello se sigue, como regla general, que no es posible apreciar la agravante. Pero esta regla no se cumple con la agravante de la reincidencia en especial, ya que esta no requiere la comprobación de un elemento subjetivo”<sup>38</sup>*. En efecto, a saber, la reincidencia es una agravante peculiar con una estructura distinta a las demás agravantes. Esta atiende a una cualidad personal del autor y no al hecho en sí mismo, por lo que como no precisa dolo, podría encajar en la estructura del delito culposo. Algunos, incluso, han tomado su postura desde puntualmente el caso de la Reincidencia Específica que ha de recaer sobre delitos de la misma naturaleza; entienden que entre los delitos dolosos y culposos no podrá apreciarse la agravante pues, aunque ambos estén en el mismo título del Código o afecten el mismo bien jurídico, la forma de ataque no es la misma. Pero asimismo, según esta interpretación, cuando el delito anterior y el actual sean imprudentes, sí estaremos en presencia de delitos de igual naturaleza, por lo que nada obstaría a su apreciación.

---

<sup>36</sup> OLIVER CALDERÓN Guillermo, *“Análisis Crítico a las últimas modificaciones al Hurto Falta”*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, XXVI, 295PP. 2005.

<sup>37</sup> AGUDO FERNANDEZ Enrique, *“Principio de Culpabilidad y Reincidencia en el Derecho Español”*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, España, Universidad de Granada, 2005. 695p.

<sup>38</sup> IDEM

En Chile, la discusión toma un sentido distinto “NOVOA sostiene que solo debería apreciarse cuando todas las infracciones concurrentes tienen carácter culposo, sin embargo, conviene en la ley vigente al no hacer distinciones, obliga a contemplarla en otros casos. LABATUT pretende que la reincidencia ha de ser tomado en cuenta para los cuasidelitos únicamente porque evidencian un profundo desprecio por las “normas de convivencia”. ETCHEBERRY lo niega del todo, porque el delito culposo no expresa rebeldía contra el derecho y porque además el Artículo 2 del Código Penal contrapone su noción a los delitos dolosos excluyéndolos, por tanto, de la regulación de estos”<sup>39</sup>. Para CURY en cambio, “es imposible sustraer el delito culposo a la eficacia agravatoria de la reincidencia, ya que el Artículo 1 del Código Penal contiene un concepto del delito en general, válido tanto para el delito doloso como para el culposo. Por consiguiente, una institución no es aplicable al cuasidelito solo cuando la ley lo dispone expresamente, o cuando es inconciliable con su naturaleza, caso que no es el que se está examinando”<sup>40</sup>

Dada tanta discusión respecto a la aplicación de la agravante es que “Cada día se abre paso con más fuerza en la doctrina la tesis de que no deben hacerse distinciones entre los diversos hechos punibles y mucho menos excluir de plano algunos de ellos del ámbito de la reincidencia, sino que deben concederse facultades al juez para que puedan apreciar en cada caso concreto si alguno de ellos, cualquiera que sea, es indicio de una tendencia antisocial del agente, lo que en caso afirmativo hará que se le tenga por reincidente”<sup>41</sup>

#### **- ACERCA DE SU APLICACIÓN EN EL TIEMPO:**

El Código Penal establece un plazo para la **Prescripción de la Reincidencia**. Según su Art.104, la reincidencia de los numerales 15 y 16 no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de 10 años, ni después de 5 años tratándose de simples delitos, ambos plazos contados desde la fecha que tuvo lugar el hecho. Hasta el año 1925, el Código Penal Español contenía una Reincidencia que no prescribía, e incluso y más cerca en nuestro país, hasta el año 1945 la comisión encargada de la reforma al Código Penal aún se recomendaba

---

<sup>39</sup> CURY Op Cit 513p.

<sup>40</sup> IDEM

<sup>41</sup> NOVOA Op Cit 90p.

la supresión de este precepto. Sobre esta prescripción ciertos autores comentan que “*FERRI Y GARÓFALO piensan que la Reincidencia debe tener efectos permanentes, porque un nuevo delito, mientras más postergado en el tiempo, mejor demuestra el arraigo de una tendencia peligrosa para la sociedad. GARRAUD Y VIDAL estiman, en cambio, que el haber transcurrido un tiempo largo de vida del sujeto con condena anterior, sin tener recaídas, permite afirmar que no hay en el persistencia a delinquir*”<sup>42</sup>.

La doctrina nacional poco ha discutido respecto a su procedencia, por el contrario, han considerado que la forma de prescripción ordenada por la ley es defectuosa y conduce a absurdos: “*A causa de ella, puede ocurrir que incluso que a quien delinque nuevamente cuando acaba de cumplir una condena impuesta por el o los delitos anteriores no sea posible considerarlo ya reincidente*”<sup>43</sup>, hecho de muy posible ocurrencia tratándose de delitos de alta penalidad. Se ha planteado, siendo así las cosas, la necesidad de corregir este precepto modificando los plazos de prescripción, o bien ordenar que estos empiecen a correr desde el término del cumplimiento de condena del delito anterior.

Respecto a las prescripciones generales, la Reincidencia también produce efectos adicionales en cuanto a la prescripción de la acción penal y la de la pena. Estas prescripciones operan como causal de extinción de la acción penal y la pena respectivamente, consisten en la “*cesación de la pretensión punitiva del Estado por el transcurso del tiempo, sin que el delito haya sido perseguido o sin que pudiese ejecutarse la condena, respectivamente, siempre que durante ese lapso no se cometa por el responsable un nuevo crimen o simple delito*”<sup>44</sup>. Es decir, como fundamento de certeza jurídica, transcurrido los plazos establecidos por la ley<sup>45</sup>, el condenado no podrá ser pesquisado o no deberá cumplir la pena poniéndole término a su responsabilidad penal. Sin embargo, este plazo se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, si el delincuente cae en reincidencia o en nuevo delinquiramiento cometiendo nuevo crimen o simple delito según el Artículo 99 del Código Penal. “*De modo que si el delincuente comete un nuevo crimen o*

---

<sup>42</sup> NOVOA Op Cit 88p.

<sup>43</sup> LABATUT, en CURY Op Cit 514p-

<sup>44</sup> POLITOFF, MATUS y RAMIREZ Op Cit 582p.

<sup>45</sup> Artículos 94 y 97 de Código Penal de la República de Chile. Santiago, Chile, 12 de Noviembre 1874 [última modificación 27 de Diciembre de 2013].

*simple delito (queda excluida la comisión de una falta) después que principió a correr la prescripción en su favor, sea de la acción penal o de la pena, por la comisión de un delito cometido con anterioridad, se pierde el tiempo transcurrido hasta ese día, y, por lo tanto, desde que cometió este nuevo delito se inicia un nuevo plazo*”<sup>46</sup>

## **B) CLASES DE REINCIDENCIA REGULADAS EN EL CÓDIGO PENAL.**

A continuación revisaremos cada uno de los numerales referidos a la Reincidencia en el Artículo 12, en el mismo orden en que aparecen consagradas en el Código Penal.

### **i. La reincidencia del número 14.**

El primer caso de reincidencia como agravante, está contenido en el numeral 14 del artículo 12 del Código Penal en el siguiente tenor: “*Cometer el delito mientras se cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que se puede ser castigado por el quebrantamiento*”, conforme a la clasificación previamente expuesta, esta clase de reincidencia se encuentra dentro de la REINCIDENCIA IMPROPIA o FICTA, “*por que opera sin necesidad de que se haya cumplido la pena impuesta al delincuente por su primer delito*”<sup>47</sup>.

Desde el punto de vista de su especificidad, diríamos que para el legislador es indiferente la naturaleza del bien jurídico afectado por las conductas del sujeto, “*nada dice la ley sobre la índole o gravedad del delito que se cometa durante el tiempo de la condena. Por consiguiente este puede ser de la misma o de distinta especie de aquel que motivo la sentencia condenatoria anterior o de igual, menor o mayor gravedad. En cualquier caso*

---

<sup>46</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 379p.

<sup>47</sup> NOVOA. Op. Cit. 78p

*opera la agravante, puesto que para ella se requiere tan solo que se perpetre un delito mientras se cumple una condena o después de haber quebrantado la impuesta<sup>48</sup>”*

Conforme la redacción de la disposición, encontramos que en principio esta se aplica en dos supuestos distintos: el primero, es aquel sujeto que, encontrándose cumpliendo su condena, comete un nuevo delito; y el segundo aplicable a quien luego de haber quebrantado su condena, incurre en la comisión de un nuevo delito.

En relación a sobre qué tipo de delitos ha de operar esta agravante (crimen, simple delito o falta) *“el precepto no hace distinciones en este punto, y en uno y otro caso el nuevo hecho puede constituir cualquiera de esas categorías de tipo penal, indistintamente”<sup>49</sup>* y respecto a que ha de entenderse como quebrantamiento de condena *“significa no solamente forzar el recinto donde se cumple una pena privativa de libertad o escapar de él, sino sustraerse en cualquier forma a los efectos de la pena que se está cumpliendo, mediante la realización de actos contrarios a aquellos que corresponden al penado... por ello es que no solo pueden quebrantarse penas de presidio, reclusión o prisión, sino que también relegación, confinamiento y destierro; y penas privativas de derechos (como inhabilitación para cargos públicos). En cambio, no será quebrantamiento el simple no pago de la multa impuesta, tanto por no ser pena temporal como por no ser condena que se esté cumpliendo”<sup>50</sup>*

Siguiendo la lógica del profesor Eduardo NOVOA, y profundizando lo expuesto anteriormente, el estudio de esta particular forma de reincidencia debe efectuarse por razones históricas y sistemáticas, en conjunto con la disposición contenida en el artículo 91 del Código Penal cuya finalidad es resolver aquellos casos en que un sujeto condenado incurre en la comisión de un nuevo delito, sea durante su cumplimiento o después de haberla quebrantado. Señala la disposición en comentario que *“los que después de haber sido condenados por sentencia ejecutoriada cometieren algún crimen o simple delito durante el tiempo de su condena, bien sea mientras la cumplen o después haberla quebrantado, sufrirán la pena que la ley señala al nuevo crimen o simple delito que cometieren, debiendo*

---

<sup>48</sup> IDEM

<sup>49</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 210p.

<sup>50</sup> NOVOA Op Cit 79p.



*cumplir esta condena y la primitiva por el orden que el tribunal prefije en la sentencia, de conformidad con las reglas prescritas en el artículo 74 para el caso de imponerse varias penas al mismo delinciente”*

De este modo, y en principio, quien durante su condena comete un nuevo delito, deberá soportar una nueva pena agravada por la circunstancia de la reincidencia y su cumplimiento se efectuará de conformidad con el artículo 91 en relación con el artículo 74 (ambos del Código Penal). En los incisos posteriores, el artículo 91 se dedica a resolver aquellos casos en que la recaída en el delito se produce mientras el condenado se encuentra cumpliendo una pena temporal perpetua, y en el inciso final, a quien comete un delito cuya pena es inferior a la primitivamente aplicada.

Respecto de la segunda hipótesis contenida en el numeral 14 del artículo 12 del Código Penal, esto es, cometer el nuevo delito durante el quebrantamiento y en el periodo en que este puede ser sancionado, su aplicación es bastante controvertida, llegando algunos a sostener que se debe prescindir completamente de su contenido, es así como CURY sostiene que *“debe destacarse que la segunda hipótesis a que se refiere el N° 14, esto es, la de quien comete el delito después de haber quebrantado la condena anterior, no puede recibir aplicación en la práctica. Efectivamente, con arreglo a lo preceptuado por el artículo 90 del C.P, el que quebranta una condena comete un delito sui generis, amenazado con una pena propia. Por lo tanto, el hecho del quebrantamiento, que ha de servir de base para la imposición de esta última, no puede tomarse en cuenta nuevamente a fin de estructurar la agravante, pues ello implicaría una violación del non bis in ídem.”*<sup>51</sup>

En la misma línea GARRIDO MONTT afirma que *“esta causal de agravación ha merecido crítica por cuanto en definitiva y atendido lo dispuesto en el art. 63 tiene una aplicación mínima, solo en casos de excepción. La extensión de las situaciones a que se refieren llevan a engaño, pues la mayor parte de ellas, teniendo presente lo prescrito en los arts. 90 y 91, quedan fuera de su rol. La hipótesis de la comisión de un nuevo delito después de haber quebrantado el cumplimiento de la condena impuesta por un delito anterior está al margen de esta agravante, conforme al principio de non bis in ídem consagrado en el art. 63, y por constituir el quebrantamiento un delito en sí mismo, según*

---

<sup>51</sup> CURY. Op. Cit: 508,509p

*se desprende del art. 90 que lo sanciona expresamente, no puede a su vez constituir una agravante, lo prohíbe el referido art. 63.<sup>52</sup>”. De modo que conforme a esta posición doctrinaria esta causal de agravación solo surtirá efectos tratándose de su primera hipótesis “y aún en este caso, solo en las situaciones a que se refieren los incisos. Primero y último del art. 91 del C.P. En las otras hipótesis, en que dicha disposición no se limita a prescribir el orden en que se cumplirán las penas, sino que exaspera la del primer delito, consagrando una especial y única que considera el nuevo hecho punible, se opone a su aplicación el art. 63 del C.P.<sup>53</sup>”*

En la posición contraria están quienes sostienen que lo preceptuado en el artículo 90 del Código Penal no serían verdaderas penas, sino que la aplicación de nuevas medidas de seguridad tendientes a disminuir el riesgo de un nuevo quebrantamiento, de modo que la aplicación de la agravante no implicaría una infracción al principio del *non bis in ídem*, en este sentido se pronuncia NOVOA al señalar que *“en cuanto a las medidas que se contemplan en el art. 90 del C. Penal, pese a que las palabras de la ley no nos inclinamos a considerarlas como verdaderas penas, ni el quebrantamiento a estimarlo como un verdadero hecho punible; nos parecen más bien medidas legales para impedir nuevos quebrantamientos o poner fin al cometido, que muchas veces se reducen a la sustitución de una pena por otra de más fácil vigilancia.<sup>54</sup>”* se justifica esta posición en base a los siguientes argumentos: el primero, por una razón de sistematicidad del Código, no podríamos tratar el quebrantamiento como un nuevo hecho punible, toda vez que su regulación se encuentra ubicada en el Libro I destinado a proporcionar normas generales aplicables a toda clase de delitos, y no en los Libros II y III, en los que se contiene la tipificación de los crímenes, simples delitos y faltas. Un segundo argumento, esgrimido por esta parte de la doctrina consiste en que de tratarse el quebrantamiento de un delito autónomo, cometido este se llegaría a la *“poco lógica conclusión de que el que delinque de nuevo después de quebrantar una condena, soportaría tres diversas responsabilidades penales: primero, la correspondiente al primer delito que dio origen a la pena que se quebrantó; segundo, la derivada del hecho punible que sería el quebrantamiento de la*

---

<sup>52</sup> NOVOA Op Cit. 210p

<sup>53</sup> CURY. Op. Cit. 509p

<sup>54</sup> NOVOA Op. Cit. 80p

*condena, y tercero, la consiguiente al delito cometido durante el quebrantamiento. En cambio, la ley nos permite deducir que soporta solamente dos penas: una en que se convierte la pena quebrantada (la misma que se había impuesto, con aditamentos de mayor severidad, u otra nueva que entra a sustituirla) y la que corresponde por el nuevo delito perpetrado durante el quebrantamiento.<sup>55</sup>”* Como tercer argumento se esgrime que si se entiende que la ley establece tres tipos de responsabilidad, que el quebrantamiento es en sí un hecho punible y que lo preceptuado en el artículo 90 son en efecto penas, debería variar también la interpretación que se hace de la frase “*Dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento*” contenida en el número 14 del artículo 12, ya que ella estaría “*referida al lapso dentro del cual sigue vigente la responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento. Para ello deberían computarse los plazos de acuerdo con el art. 94 del C. Penal, contados desde el día en que se cometió el quebrantamiento (art. 95). Según esta interpretación (puesto que los plazos del arts. 94 y 97 son iguales en su duración) la diferencia estaría en que habría de estarse, para determinar la gravedad del delito que fija la duración del plazo de prescripción, a la pena establecida por la ley para el quebrantamiento, a diferencia de lo que antes sostuvimos en orden a basarse en la gravedad de la pena quebrantada (la pena del primer delito). Pero no sería fácil esa determinación, puesto que en el art. 90 se señalan como “penas” del quebrantamiento varias que dentro del artículo 21 del C. Penal son accesorias de crímenes y simples delitos, de manera que surgiría la duda de cuál de esos hechos punibles debe calificar al quebrantamiento de condena. Por otra parte, en los casos en que el art. 90 manda a sustituir la pena quebrantada por otra no podría averiguarse que parte de la pena de sustitución corresponde al saldo que restaba a la condena quebrantada y que parte es la sanción por el “delito de quebrantamiento”, fuera de que no queda determinada siquiera en la ley la duración de la pena de sustitución, de modo que no es posible señalar si es de crimen, simple delito o falta. ”*

---

<sup>55</sup> IDEM

Sin perjuicio de lo anterior, esta postura reconoce una interpretación en contrario como lo manifiesta el mismo NOVOA al señalar *“Pero no hay duda que la letra de la ley presta también asidero a la interpretación que deseamos<sup>56</sup>”*

De los argumentos planteados precedentemente y en defensa de su tesis, sostiene CURY no parecerle convincente el criterio de interpretación sistemático que realiza NOVOA en términos de excluir la calidad de hecho punible al quebrantamiento de condena, por la sola circunstancia de no encontrarse este tipificado en los Libros I y II del Código penal, en lo que concierne a esto señala *“tampoco resulta significativo que el art. 90 se encuentre entre los preceptos de la Parte General, en la cual usualmente no se crean delitos ni se establecen penas. Es así, por supuesto. Pero el legislador no observa siempre con rigor este género de exigencias sistemáticas, las cuales, por razones prácticas, ignora con frecuencia.<sup>57</sup>”*

Respecto de los otros argumentos esgrimidos indica que *“no creo, en efecto, que la sustitución de penas restrictivas de libertad o privativas de derechos por otras privativas de libertad, pueda ser contemplada como una pura medida de vigilancia, ni siquiera cuando a las últimas se atribuye una duración más breve que a las primeras. Esa apreciación es aún más dudosa si a la sanción impuesta primitivamente se acumulan otras accesorias. Esto último es manifiesto si se observa la redacción del art. 90 N° 6°, donde se emplea la expresión recargo.<sup>58</sup>”*

## **ii. La reincidencia del número 15.**

Este numeral consagra un tipo de reincidencia IMPROPIA o FICTA, toda vez que para su procedencia no se requiere que el condenado haya dado cumplimiento a la pena impuesta. Por otra parte, y en relación con la especie de delito cometido, podemos afirmar que esta clase de reincidencia es del tipo GENÉRICA, toda vez que se configura con independencia

---

<sup>56</sup> NOVOA. Op. Cit. 80p

<sup>57</sup> CURY. Op. Cit. 509p.

<sup>58</sup> IDEM

del bien jurídico vulnerado por el hechor. Lo anterior se desprende del texto de la norma, la cual dispone que son circunstancias agravantes *“Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena”*. De modo que para que se configure esta circunstancia agravante, será necesario que un sujeto haya sido condenado anteriormente y por sentencia ejecutoriada, en segundo término no solo basta la comisión de un delito, sino que se requerirá condena por dos o más hechos punibles, ya que como fluye de la disposición transcrita el uso en plural del término delito, no puede significar sino la comisión de por lo menos dos de estos hechos, y por último y luego de las modificaciones introducidas por la ley 20.253, de las que trataremos más adelante, no se exige en la actualidad que el sujeto haya dado cumplimiento a la pena impuesta no siendo necesario en la actualidad tener consideración respecto a si en las condenas anteriores a operado alguno de los beneficios alternativos establecidos en la ley 18.216.

Otro tema interesante a raíz de la redacción que se hace en el Código Penal respecto de esta agravante, consiste en determinar si se requiere haber sido condenado en dos o más oportunidades, o simplemente, basta una condena por dos delitos, caso en el cual estaríamos en presencia de un concurso material toda vez que se declara en sentencia firme y ejecutoriada la responsabilidad penal de un sujeto por la comisión de dos o más delitos. Sobre este punto señala NOVOA que *“es de notar que la comisión redactora (sesión 9ª) se propuso justamente exigir que el reo hubiera sido condenado anteriormente más de una vez para que procediera la agravación<sup>59</sup>”* agrega luego que *“esta constancia de la comisión redactora sería el único obstáculo para aplicar la agravante al delincuente que en oportunidad anterior fue condenado en una sola sentencia por dos o más delitos, porque el texto mismo de la ley no lo impide.<sup>60</sup>”*

En relación con la gravedad de los delitos cometidos, debemos señalar que la disposición exige que las condenas anteriores hayan recaído en delitos a los que la ley señala igual o mayor pena, en este sentido GARRIDO MONTT afirma que *“los delitos cometidos con anterioridad han de tener penas de igual o mayor gravedad, o sea las sanciones que en abstracto les asigna la ley han de ser la misma o superior gravedad de aquella que corresponde al delito por el cual se procesa al inculpado. Para estos efectos se*

---

<sup>59</sup> NOVOA. Op. Cit. 82p

<sup>60</sup> IDEM

*considerara el grado más alto de la pena del nuevo delito cuando esta tiene más de un grado.*<sup>61</sup>”

Respecto a la situación especial de la concesión del *indulto*, debemos señalar que el artículo 93 número 4° del Código Penal señala que la responsabilidad penal se extingue por la gracia del indulto, sin perjuicio de lo anterior, no le quita al favorecido el carácter de condenado para efectos de la reincidencia.

### **iii. La reincidencia del número 16.**

Conforme lo dispone la norma, son circunstancias agravantes “*haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie*” de modo que esta clase de reincidencia se configura por la confluencia de los siguientes elementos: primero, la comisión anterior de por lo menos un delito; segundo, que ese delito haya sido objeto de una sentencia condenatoria anterior que se encuentre actualmente ejecutoriada; y tercero, que ese delito sea de la misma especie por el cual el sujeto será objeto de una nueva condena.

Sobre el primer requisito, a diferencia del tipo de reincidencia contenida en el número 15 del artículo 12, para que se configure solo basta una condena por delito anterior, con las modificaciones introducidas por la ley 20.253 no se requiere actualmente que el condenado haya dado efectivo cumplimiento a la pena impuesta, tema que como ya hemos referido, será tratado en un apartado posterior.

Respecto del requisito de que el nuevo delito sea de la misma especie que el que ya fue objeto de sanción mediante sentencia firme y ejecutoriada, la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de la historia se ha demostrado vacilante respecto al término “*delitos de la misma especie*”, ya que al no existir una definición legal del término este queda abierto a la interpretación. Situación del todo peligrosa considerando los efectos perniciosos de una interpretación extensiva o peor aún analógica en materia penal. “*Para unos, delito de la*

---

<sup>61</sup> GARRIDO MONTT. Op. Cit. 211p

*misma especie es aquel que está sancionado por la misma disposición legal; otros, en cambio, piensan que delitos de la misma especie son aquellos que presentan caracteres comunes, aun cuando estén contemplados en diversos preceptos penales. Dentro de esta última opinión hay mayor o menor elasticidad, pues algunos encuentran delitos de la misma especie aun en tipos situados dentro de títulos diferentes de la parte especial del C. Penal, otros creen que la misma especie incluye hechos contenidos en el mismo título del Código y aún hay quien piensa que son de la misma especie los contenidos en el mismo párrafo de la ley.<sup>62</sup>”*

Al respecto señala GARRIDO MONTT “*delitos de la misma especie son, en principio, aquellos que protegen un mismo bien jurídico. Si se trata, por ejemplo del bien vida, serian de la misma especie los delitos de homicidio simple y parricidio. Esta característica, en todo caso, es insuficiente para determinar que son de la misma especie; debe complementarse con el examen de la modalidad de ejecución del delito inherente a cada tipo penal, o sea con la manera como según la descripción legal se debe lesionar el bien jurídico protegido. En efecto, se da la posibilidad de que sean iguales las formas de ataque del bien jurídico que ambos tipos protegen; así ocurriría en el hurto y el robo con fuerza, que tienen como bien jurídico a la propiedad entendida en un sentido amplio, y los medios de ataque comprendidos en los tipos, si bien no son iguales, poseen semejanza (en el hurto el apoderamiento subrepticio en el robo el apoderamiento forzado); son, por ende, delitos de la misma especie. No sucede otro tanto con el hurto y la estafa, donde el bien jurídico que protegen es el mismo, pero no así los medios de ataque que en cada uno se sanciona: en el hurto es el apoderamiento sin la voluntad de su dueño, en la estafa lograr la entrega voluntaria con engaño: estos delitos no son de la misma especie y no dan lugar a la reincidencia.<sup>63</sup>”*

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su primera acepción el término “especie” significa “conjunto de cosas semejantes entre sí, por tener uno o varios caracteres comunes”<sup>64</sup> De modo que la ley no está exigiendo que se trate de delitos

---

<sup>62</sup> NOVOA. Op. Cit. 84p.

<sup>63</sup> GARRIDO MONTT. Op. Cit. 214p

<sup>64</sup> [Definición obtenida de la Real Academia Española. Diccionario de la lengua española (Internet). Madrid, España. <consulta Septiembre año 2013> < www.rae.es>]

iguales, sino que basta que compartan ciertas características en común *“basta en consecuencia, semejanza en los delitos perpetrados que provenga de caracteres comunes. Como la ley no especifica los caracteres comunes que han de presentar los delitos, ellos no pueden ser otros que los que distinguen unos de otros, que son principalmente, el bien jurídico protegido, el ánimo perseguido por el delincuente y dentro de cierto límites la forma de ejecución”*<sup>65</sup>”

En relación con este tema, la Corte Suprema conociendo de recurso de casación en el fondo en causa rol 4427-1998, en su considerando Séptimo señala que *“corresponde recordar que esta Corte ha sostenido, en forma reiterada, que la agravante en estudio, la de ser reincidente en delitos de la misma especie, procede en cuanto el delincuente ha reiterado una conducta delictiva, una vez sancionado, y cumplida que haya sido su condena, sea en forma efectiva o de manera alternativa, es decir, cualquiera que sea la forma en que el condenado haya dado término a la misma, entendiéndose que son delitos de la misma especie, aquellos que se encuentran tipificados dentro de un mismo título del Código Penal”*<sup>66</sup>”

En un sentido distinto se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 90.329 2001, la cual en su considerando Segundo declaró que *“en efecto, en la reincidencia específica se agrava la sanción de quien no obstante el castigo incurre en la misma conducta o en otra esencialmente semejante, lo que no sucede en la especie, pues el primitivo delito es el de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado y el actual es robo con intimidación. Ciertamente es que las dos figuras atentan contra la propiedad y se encuentran penalizadas en un mismo título del Código, pero no basta con la identidad del bien jurídico protegido. Hay que atender a la específica forma que reviste el ataque a dicho bien jurídico y, en este caso, no se trata de vulnerar las defensas con que el dueño o el tenedor ha rodeado la cosa, como en el caso anterior, sino de la intimidación con que se procede contra las personas como medio de apoderarse de la cosa, de suerte que no sólo la*

---

<sup>65</sup> NOVOA. Op. Cit. 85p.

<sup>66</sup> [Cabe hacer presente que la resolución a la que se ha hecho referencia es del año 1998 fecha en la cual no había sido promulgada ni había entrado en vigencia la ley 20.253 que introduce modificaciones en el artículo 12 número 16, en el sentido de sustituir la expresión *“ser reincidente”* por *“haber sido condenado”*]



*forma de acceder al objeto es distinta, lo es también, la lesión o el peligro de la víctima, lo que ciertamente configura un bien jurídico diverso que es necesario proteger.”*

### **C) EFECTO AGRAVATORIO EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA DEL REINCIDENTE**

Dejando claro a quién, cómo y a qué hecho ha de afectar tal o cual tipo de reincidencia, ha de determinarse como la existencia de esta agravante afecta en la aplicación de la pena al condenado. Durante la etapa de determinación de la pena, las circunstancias agravantes en particular son uno de los elementos que se tienen en cuenta solo luego de considerar los siguientes factores: pena señalada por la ley al delito, etapa de desarrollo, intervención del reo en el hecho y mayor o menor extensión del mal producido.

En lo referente a las circunstancias modificatorias y a la apreciación de la agravante, sus efectos se encuentran contemplados en los Artículos 65 a 69 del Código Penal que consagran disposiciones destinadas a establecer una relación cuantitativa entre las penas, en este mismo sentido, la doctrina ha señalado que *“aunque la ley no lo dice expresamente, de su contexto se desprende que las circunstancias atenuantes producen efectos más intensos que las agravantes. Efectivamente, mientras aquella puede llegar a determinar atenuaciones de hasta tres grados, estas solo en casos muy especiales provocan agravaciones de uno”*.<sup>67</sup>. Respecto a la modificación en la cuantía de las penas, será visto luego dentro del análisis de los efectos de la agravante más en particular.

## **IV. LA REINCIDENCIA EN OTRAS FUENTES NORMATIVAS**

---

<sup>67</sup> CURY Enrique, *“Derecho Penal, Parte General”*, 9ª Edición, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2008.764p

El tratamiento de la Reincidencia en nuestra normativa penal no solo tiene aplicación como un elemento agravatorio de la responsabilidad, diversas legislaciones, además de la nuestra, la han aplicado como una circunstancia que producirá efectos adicionales al aumento de la pena al ser establecida en diversas etapas de la persecución penal, e incluso considerándola en una fase posterior mientras es cumplida la condena por el imputado.

Como medida de política criminal, la reincidencia será indicio de cierta peligrosidad del autor que requerirá la interposición de medidas más férreas para evitar su expansión, por lo que debe ser atacada en diversas áreas *“como es claro, el Derecho Penal moderno a la vez que afirma el principio de culpabilidad por el hecho, no quiere desentenderse del problema de la peligrosidad del autor por su tendencia a la vulneración delictiva de bienes jurídicos. Precisamente para ello se ha edificado el llamado sistema de doble vía, que procura responder con la pena a los hechos culpables y cubrir con las medidas de seguridad, de fuerte acento pedagógico y resocializador, las necesidades de prevención especial que la pena, proporcionada a la culpabilidad, no pueda cumplir por sus limitaciones frente al reincidente”*<sup>68</sup>.

Encontramos también, principalmente, la reincidencia en las siguientes instituciones:

**a) Como requisito para no conceder Medidas Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de libertad de la Ley 18.216.**

Esta norma, tiene por objeto eliminar la ejecución de penas de corta y mediana duración y ordenar en su reemplazo el cumplimiento de algunas de las medidas alternativas que la misma ley prescribe y enumera. Así, *“se pretende evitar los inconvenientes que presentan las penas privativas de libertad de corta duración, en cuanto no admiten un eficaz tratamiento penitenciario para la rehabilitación del condenado; e intenta beneficiar sobre todo al que delinque por primera vez, y así impedir el padecimiento moral del encierro o*

---

<sup>68</sup> BACIGALUPO Enrique, *“Derecho Penal Parte General”*, 2ª Edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, año 1999. 687p.

*de la reducción de su libertad*<sup>69</sup>. Su objetivo será la integración de quienes, siendo condenados, no vuelven a infringir la ley ni ponen en riesgo la paz social, caso del todo contrario a la calidad de reincidente que, necesariamente, supone una condena por delito anterior que demuestra un desprecio por el orden jurídico establecido y la paz social.

En primer lugar, impide el otorgamiento del beneficio de la **Remisión condicional de la pena**, la cual permite cumplir la pena en libertad, siendo sometido a una discreta observación y asistencia por parte de Gendarmería de Chile. Se dirige principalmente a personas condenadas por primera vez, por lo que el Artículo 4 de la ley en comento, al disponer cuáles serán los requisitos para concederla, incluye en su letra b que “*el reo no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito*”. Incluye además que los antecedentes personales de este deben hacerlo meritorio de tal beneficio considerando “*su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que no volverá a delinquir*”.

En segundo lugar, tampoco podrá ser concedida la **Libertad vigilada** que consiste en someter al reo a un régimen de libertad a prueba, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado. El Artículo 15 letra b dispone que podrá decretarse si el “*procesado no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito*” y la interposición de la medida aparece eficaz y necesaria, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado.

En cuanto al carácter de no reincidente del condenado, de serlo, se aplica en su beneficio la prescripción de los arts. 93 N° 7 del Código Penal e incluso se ha llegado a fallar que “*procede la remisión condicional de la pena, no obstante la existencia de condena anterior, atendido el largo tiempo transcurrido desde la comisión del primer delito*”<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> GARCÍA GONZÁLEZ Hernán, “*Análisis Jurídico de la Ley 18.216*”, en Revista Chilena de Ciencias Penitenciarias y de Derecho Penal de Gendarmería de Chile, Unidad de Investigación Criminológica. Santiago. N°16. 1991. p 132

<sup>70</sup> SCS 14.05.1987, en *RDJU* iXXW, p. 60, en POLITOFF Sergio, MATUS Jean Pierre, RAMIREZ María Cecilia, “*Lecciones de Derecho Penal Chileno*”, 2ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 2004. 545p.

Están por tanto, los Reincidentes en una situación inferior para acogerse a estos beneficios, y más aún, no siendo reincidentes, y si durante el otorgamiento de estos beneficios vuelven a ser condenados “*la medida se entenderá revocada por el solo ministerio de la ley*”<sup>71</sup>. Y tal revocación tendrá como consecuencia que el condenado se sujetará al cumplimiento del total de la pena inicialmente impuesta o, si procediere, de una medida alternativa equivalente a toda su duración<sup>72</sup>.

#### **b) Aplicación en la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Juvenil**

Más que una exigencia legal, la Jurisprudencia ha acogido de forma unánime que la Reincidencia no debe ser aplicada a aquellos adultos que cometieron delito siendo adolescentes. Así, solo cumpliendo la mayoría de edad, y estando fuera del alcance de esta ley especial, le afectarán las reglas generales sobre agravación por reincidencia solo respecto de aquellas condenas que les hayan afectado durante esa mayoría de edad.

A favor, encontramos un precedente de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que conociendo un Recurso de Nulidad rol 903-2010 en su considerando séptimo indica que “*las sentencias dictadas en contra de una persona como adolescente no pueden considerarse para constituir las agravantes respectivas en el régimen de adultos. Y ello porque en esta materia existen en Chile dos sistemas penales en el país, y ellos no se tocan, ni el normal constituye la continuación del aplicable al menor adolescente. Siguiendo en esta línea argumental, las circunstancias agravantes que afecten al adolescente no podrán sobrepasar ese ámbito y operar en ambos campos (el adolescente y el adulto). Que está clarísimo que toda esta normativa de aislamiento constituye un esfuerzo para impedir el ingreso definitivo e irrevocable del adolescente al mundo delictual adulto: en tal caso, la delincuencia adolescente sería una preparación para el mundo del delito y no un mal que ha de extirparse de raíz. . La mantención de las condenas aplicadas durante la adolescencia, como espada de Damocles sobre la cabeza del adulto, erosionaría*

---

<sup>71</sup> Artículo 26 Ley N° 18.216, Establece Medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Santiago, Chile. Promulgada el día 20 de Abril de 1983

<sup>72</sup> Artículo 27 Ley N° 18.216, Establece Medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Santiago, Chile. Promulgada el día 20 de Abril de 1983

*fuertemente el carácter especial ya indicado de esa ley, estigmatizando a esos seres humanos, lo que parece alejado del espíritu de la norma*". En concordancia, la Corte de Apelaciones de La Serena conociendo otra nulidad rol 262-2010, en su considerando décimo séptimo hace presente la existencia de tratados internacionales que hacen improcedente esta agravante, así *"las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores o Reglas de Beijing tienen por objetivo sentar los principios generales y las condiciones mínimas para garantizar una adecuada administración de justicia de menores, y aun cuando en el presente caso el juzgado sea un adulto, lo concreto es que se está considerando como agravante su conducta delictual anterior cuando pertenecía a un grupo etario, adolescentes, que tanto el ordenamiento jurídico nacional como internacional, le otorgan un tratamiento diferenciado y con beneficios que trascienden en el tiempo. Esta conclusión resulta coherente con el artículo 5º inciso 2º de la Constitución, que obliga respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, entre los cuales se encuentra el velar por el interés superior de los menores, tanto en los ámbitos preventivo y protector como también punitivo"*

### **c) Reduciendo las posibilidades del condenado de obtener un indulto**

El indulto es una causal de extinción de la responsabilidad penal que supone el perdón al responsable del delito, *"se trata de una gracia que puede otorgarse a través de dos medios: una ley de quórum especial cuando se concede con carácter general, o un decreto supremo si es de índole personal. En este último caso lo dicta el Presidente de la República. El indulto tiene por objeto la remisión de la pena, su reducción, o su conmutación por otra, de modo que evita el cumplimiento de la sanción penal, o sustituye la pena impuesta en la sentencia por una distinta, siempre más favorable para el condenado, o reduce el tiempo de la duración de aquella que se le impuso"*<sup>73</sup>.

El indulto particular es regulado por la Ley 18.050 que fija las normas generales para concederlo, esta ley exige que la solicitud sea denegada cuando se trate de delincuentes habituales o de condenados que hubieren obtenido indulto anteriormente, negando la

---

<sup>73</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 365p

posibilidad a los reincidentes de favorecerse con ella. En este mismo sentido, en el caso de que se trate de un indulto general, la Ley 19.736 con motivo del Jubileo 2000, pone como requisito esencial para concederlo que los aludidos no tengan la calidad de reincidentes.

Con todo y además de ser causa de su denegación, el ser concedida *“sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determinan las leyes”*<sup>74</sup> por lo que si estando en libertad se comete nuevo delito, estará afecto al agravamiento de la pena y demás efectos señalados.

#### **d) En el Código Procesal penal**

Dentro de las normas que ordenan el nuevo procedimiento de persecución penal, podemos encontrar la Reincidencia en diversas etapas: ya sea como requisito para rechazar la salida alternativa de la Suspensión Condicional del procedimiento, o como una causa a tener en consideración para decretar la Medida Cautelar de la prisión preventiva.

Respecto a las salidas alternativas, estas responden a *“que los avances de las disciplinas penales, muestran como las penas privativas de libertad resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ella resultan mayores que sus eventuales beneficios, o porque la rigidez en su aplicación desplaza soluciones alternativas más productivas y satisfactorias para los involucrados en el caso, principalmente las víctimas o los civilmente afectados por el delito”*<sup>75</sup>. Dentro de estos mecanismos se encuentra la **Suspensión Condicional del procedimiento** que es definida como aquel *“mecanismo procesal que permite a los fiscales del ministerio público, con el acuerdo del imputado y con la aprobación del juez de garantía, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplen ciertos requisitos previstos en la ley y se satisfacen determinadas condiciones fijadas por el juez, que permiten suponer que el*

---

<sup>74</sup> Artículo 93 número 4 Código Penal de la República de Chile. Santiago, Chile, promulgado el día 12 de Noviembre 1874 [última modificación 27 de Diciembre de 2013]

<sup>75</sup> Mensaje del Ejecutivo en proyecto de Código Procesal Penal, redactado por Eduardo Frei Ruiz Tagle y María Soledad Alvear, Chile, año 2000. 20p.

*imputado no volverá a ser imputado de un delito*<sup>76</sup>. Entonces, esta permite resolver de forma alternativa aquellos casos que no importan un atentado grave al interés público cumpliéndose ciertas condiciones que hacen suponer que el imputado no volverá a delinquir. En este sentido, dentro de sus requisitos de procedencia regulados en el Artículo 237 del Código Procesal Penal, se encuentra especialmente la ausencia de condenas anteriores ejecutoriadas por crímenes o simple delitos, debiendo ser rechazada la solicitud por el juez de garantía siendo reincidente el imputado.

En cuanto a las medidas cautelares, estas deben ser aplicadas de manera excepcional y sólo cuando aparezca como indispensable para el cumplimiento de los fines del procedimiento y la ejecución de la sentencia. Estas *“medidas cautelares personales están llamadas a asegurar la persona del imputado en el curso del procedimiento penal. Históricamente se ha aceptado la existencia de mecanismos de coerción procesal, esto es, medidas restrictivas o privativas de libertad, durante el curso del procedimiento, con el fin de asegurar los fines a que éste tiende”*<sup>77</sup>.

Al restringir garantías constitucionales como la libertad personal y la seguridad individual, su uso debe ser ordenada sólo por un órgano jurisdiccional luego de un riguroso examen sobre la necesidad de su interposición, y ser impuestas de manera eventual, solo mientras subsisten las razones que se tuvieron a la vista al decretarla. Si luego de este examen se determina que las medidas cautelares existentes son insuficientes para asegurar los fines del procedimiento, podrá interponerse excepcionalmente la medida personal de la **Prisión Preventiva**, la que consiste en la *“privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento”*<sup>78</sup>.

El Artículo 140 del Código Procesal Penal, se encarga de ordenar cuáles serán los requisitos que han de tenerse en consideración para que sea decretada la prisión preventiva,

---

<sup>76</sup> HORVITZ María Inés y LOPEZ Julián, *“Derecho Procesal Penal Chileno”*, Tomo I, 1ª Edición, Santiago, Editorial jurídica de Chile, año 2003. 552p.

<sup>77</sup> HORVITZ Op Cit 345p.

<sup>78</sup> MORENO CATENA, *Derecho procesal penal en* HORVITZ María Inés y LOPEZ Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, 1ª Edición, Santiago, Editorial jurídica de Chile, año 2003. 357p.

debiendo así acreditarse: que existen antecedentes que justificaren la existencia de delito, que estos permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito y que estos antecedentes permitieren al tribunal considerar que la prisión es indispensable para el éxito de las diligencias, para la seguridad de la sociedad o el ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga. Luego, la misma disposición establece ciertos criterios sobre uno u otro requisito y, particularmente sobre el requisito de ser el imputado un peligro para la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente “*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*”<sup>79</sup>.

Se ha interpretado el fundamento de esta norma en relación al principio del peligro de fuga, sin embargo, en la opinión de la doctrina nacional encabezada por la profesora HORVITZ sólo dirá relación a evitar la reincidencia y su aumento “*en nuestra cultura jurídica, tiene la noción de "peligro para la seguridad de la sociedad", como equivalente de "peligro de reincidencia"*”<sup>80</sup> Por tanto, el ser reincidente será uno de los aspectos que deberá tener en cuenta el Juez de Garantía para estimar o desestimar la solicitud de Prisión Preventiva realizada por el Fiscal durante la discusión de las medidas cautelares, porque el serlo indica necesariamente que el imputado puede ser considerado como un peligro para la sociedad que lo haga merecedor de ser privado de libertad mientras dure el procedimiento en su contra.

## **V. LEY 20.253 LEY AGENDA CORTA CONTRA LA DELINCUENCIA, QUE INTRODUCE MODIFICACIONES AL TRATAMIENTO PENAL DE LA REINCIDENCIA**

Al introducirnos en esta obra, realizamos una breve descripción del panorama social y político en relación a la preocupación existente sobre el fenómeno de la delincuencia y los altos índices de criminalidad. El Estado en su intento de atacar esta problemática, se ha

---

<sup>79</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL, Artículo 140, Chile, año 2000 modificada por la Ley 20.253 año 2008.

<sup>80</sup> HORVITZ Op Cit. 416p



valido de una serie de herramientas de distinta naturaleza, siendo el impulso de leyes especiales anti-delincuencia las que mayor impacto han generado en nuestro sistema punitivo.

Los mayores cambios en materia de reincidencia y su aplicación práctica, se produjeron con la promulgación de la Ley 20.253 publicada el 14 de Marzo del año 2008, la que, a modo general, modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. Esta ley, formó parte de una de las iniciativas del gobierno de la ex presidenta Michelle Bachelet Jeria durante el año 2006, y fue incluida junto con otras medidas en la llamada Agenda Corta Anti delincuencia, la cual *“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”*<sup>81</sup>

El mensaje del ejecutivo presentado junto con el proyecto de esta ley, contiene las razones que lo inspiraron y dispone que *“pese a todos los avances que nuestro país ha logrado en materia de modernización de su sistema de enjuiciamiento criminal; de la eficiente gestión del Ministerio Público en la persecución penal; la variada legislación aprobada por todos los sectores políticos representados en el Congreso Nacional; y el reforzamiento humano y material de las policías, la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de temor”*. Se evidencia con esta reforma al sistema persecutorio, la interposición de medidas ejemplarizadoras a los delincuentes, entregando una respuesta al descontento social a miras de contrarrestar el sentimiento de inseguridad ciudadana.

Específicamente en materia de reincidencia, el proyecto de ley incluía la incorporación de ciertas reglas especiales para determinar la pena sobre reincidentes de delitos de mayor gravedad. La enumeración de estos delitos, según el mensaje, estaba dada por aquellos

---

<sup>81</sup> HUIDOBRO Sergio, *“Algunos comentarios a la ley 20.253 en materia de reincidencia”* en Revista actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo, (18), 2008. 8p.

enumerados en el artículo 10 número 6 del Código Penal, siendo estos los casos de secuestro, sustracción de menores, violación, violación de menores, parricidio, homicidio, robo con violencia o intimidación y robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación. Para estos efectos, la iniciativa presidencial buscaba “*sancionar de manera más enérgica a aquellos que cometen delitos graves de manera reiterada*”<sup>82</sup>, por lo que respecto a estos delitos, se pretendía introducir un nuevo párrafo al Código Penal en donde se estableciera un estatuto especial para los delincuentes reincidentes que permitiera aplicar a estos un castigo más severo a partir de la primera reincidencia.

El párrafo propuesto señalaría, en síntesis, lo siguiente: “*las nuevas reglas ordenan no considerar el grado más bajo de la pena asignada al delito cuando se trate de una reincidencia; las circunstancias atenuantes serán aplicables sólo cuando sean múltiples y no concurran agravantes; y excepcionalmente, y cuando concurran múltiples agravantes sin atenuantes, la pena será la inmediatamente superior en grado. Adicionalmente, se consideran otras restricciones, todas las cuales tienen por objeto sancionar más duramente al reincidente, siempre dentro del marco penal establecido para el delito. En esa línea, se hace inaplicable al reincidente la atenuante de reparar con celo el mal causado, ni la regla contenida en el artículo 68 bis, sobre atenuantes muy calificadas*”<sup>83</sup>

Afortunadamente, durante la discusión parlamentaria y gracias al Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia<sup>84</sup>, dicho estatuto especial para el castigo de los reincidentes fue rechazado por afectar las garantías de la igualdad ante la ley y los principios de proporcionalidad, ya que su inclusión “*podría traducirse en penas iguales para delitos de muy distinta entidad, inhibiendo así la comisión de delitos menos violentos al no existir diferencias en la penalidad o no ser éstas lo suficientemente sustantivas*”<sup>85</sup>. En este mismo sentido, el profesor GUZMÁN DALBORA señala en aquel informe que “*en lo que se refiere a la reincidencia, ya que se pretende intensificar sus efectos, creía necesario hacer presente que deberían tenerse en cuenta los reparos que ésta merece a la doctrina, la*

---

<sup>82</sup> Historia Ley 20.253. Extracto mensaje Poder Ejecutivo proyecto ley. Biblioteca Congreso Nacional. Santiago. 2008. 11p.

<sup>83</sup> IDEM

<sup>84</sup> [Comisión Promovida por los profesores Raúl Tavolari Riveros y José Luis Guzmán Dálbora]

<sup>85</sup> Historia Ley 20.253. Extracto Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Primer trámite Legislativo. Biblioteca Congreso Nacional. Santiago. 2008. 30p.

*que considera que lo que permite agravar la responsabilidad del autor, no es la culpabilidad o la pena del hecho ya juzgado sino que una especie de etiqueta que afecta al autor de una condena ya cumplida. No es que se vuelva a juzgar o a penar nuevamente, sino que la pena sufrida determina una clase especial de autor a quien afecta exclusivamente la agravante. Por ello, estimaba que el sistema así estructurado discriminaba a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado de acuerdo a la ley penal”<sup>86</sup>.*

Así las cosas, se optó por una reformulación de la reincidencia solo como una agravante genérica, entendiéndola, como jurisprudencialmente se estaba haciendo, como una agravante que exigía el cumplimiento de la pena anteriormente impuesta, pudiendo operar la agravante existiendo condena firme, sin atender a si esta se ha cumplido de manera efectiva o no. En consecuencia, modifica en forma sustancial a los Artículos 12 número 15 y 16 del Código Penal respecto a la agravante de la reincidencia y, además, contempla reformas al Artículo 140 del Código Procesal Penal referidos a la agravante como antecedente para decretar la Prisión Preventiva.

#### **a) Modificación Reincidencia Artículo 12 números 15 y 16 del Código Penal**

La primera modificación es al **Nº 15 del artículo 12 del Código Penal**, referido a la circunstancia agravante doctrinariamente conocida como REINCIDENCIA PROPIA GENÉRICA. En concreto se modifica el “*Haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos que la ley señale igual o mayor pena*”, sustituyendo la palabra “castigado” por la palabra “condenado”. Así, ahora este Nº 15 dice: “*Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos que la ley señale igual o mayor pena*”.

La segunda modificación es al **Nº 16 del Artículo 12 de Código Penal**, referido a la a la circunstancia agravante doctrinariamente conocida como REINCIDENCIA PROPIA

---

<sup>86</sup> Historia Ley 20.253. Extracto Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Primer trámite Legislativo. Biblioteca Congreso Nacional. Santiago. 2008. 30p.

ESPECÍFICA. En concreto se modifica el “*Ser reincidente en delito de la misma especie*” por “*Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie*”. El fin de esta modificación es adelantar la posibilidad de aplicar esta circunstancia, no siendo necesario haber cumplido de manera efectiva la pena impuesta por una condena anterior, sino que bastará con haber sido condenado, aumentando con esto sus efectos.

Según la historia fidedigna de la ley, se justifica la medida “*señalando que el término “condenado” era más amplio que el de “castigado” ya que este último término implicaba necesariamente el cumplimiento de la condena, cuestión que impedía considerar la agravante en el caso que la persona afectada no hubiera cumplido efectivamente dicha condena, ya sea por estar en rebeldía o por haberse dado lugar a alguna modalidad de cumplimiento alternativo u otra causa*”<sup>87</sup> y la inclusión de este concepto “*apunta a conseguir el objetivo de no dar tregua a quien hace del delito una forma de vida*”<sup>88</sup>. En este mismo sentido, el profesor JORGE BOFILL explica que “*la indicación resuelve un problema jurisprudencial, según el cual los jueces han exigido sistemáticamente, para aplicar estas causales, que la pena anterior impuesta al delincuente reincidente haya sido efectivamente cumplida en un recinto penitenciario, y no meramente impuesta por una sentencia y sustituida por una medida alternativa de las contenidas en la ley N° 18.216*”<sup>89</sup>.

Se despeja además toda duda sobre cómo debe entenderse “Ser Reincidente” según el antiguo numeral 16 siendo este un objetivo adicional de la modificación perseguido por la comisión redactora “*modificando la redacción de la causal 16ª, en la que se empleará una redacción similar a la que ocupa la causal 15ª, de forma tal de evitar discusiones jurisprudenciales y doctrinarias futuras que discurran sobre las razones que haya podido tener el legislador para ocupar una redacción diversa en ambas disposiciones*”<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Historia de la Ley 20.253. Extracto Primer Informe Comisión Constitución, opinión del honorable Diputado Señor Monckeberg Bruner. Biblioteca Congreso Nacional. Santiago, año 2008. 65p.

<sup>88</sup> Historia de la Ley 20.253. Extracto Segundo Informe Comisión Constitución, opinión del honorable Diputado Señor Espina. Biblioteca Congreso Nacional. Santiago, año 2008. 292p.

<sup>89</sup> Historia de la Ley 20.253. Extracto Segundo Informe Comisión Constitución. Biblioteca Congreso Nacional. Santiago, año 2008. 301p

<sup>90</sup> Historia de la Ley 20.253. Extracto Segundo Informe Comisión Constitución. Biblioteca Congreso Nacional. Santiago, año 2008. 302p

## **b) Aplicación de la Reincidencia en la Prisión Preventiva del Art.140 del Código Procesal Penal**

Con la modificación de la ley 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, entendiéndose que lo será 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.

Antes de la reforma, el Artículo 140 del Código Procesal Penal establecía que para estimar si la libertad del imputado resultaba o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal debía considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: *“la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente”*, luego de la reforma se considerará que *“cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no”*. Continuando con la historia de la ley, el mensaje del ejecutivo declara que *“el Código Procesal Penal consagra la libertad como la regla general y la prisión preventiva como la excepción, haciéndola procedente sólo cuando la libertad representa un peligro para el ofendido o para la sociedad, o cuando es necesaria para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación. El presente proyecto de ley no altera esas reglas; pero introduce precisiones que se estiman necesarias para una mejor defensa del interés social. Para ello, y siguiendo el estándar establecido para la seguridad del ofendido y el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, establece que se entenderá que existe peligro para la sociedad.”*<sup>91</sup>

Toda esta nueva institucionalidad otorgada por la ley 20.253 se construye sobre la base de que tanto para el Gobierno como para el Poder Legislativo *“una de las principales causas de la sensación de inseguridad se encuentra en el hecho de que un porcentaje importante*

---

<sup>91</sup> Historia de la Ley 20.253. Extracto Mensaje Presidencial. Biblioteca Congreso Nacional. Santiago, año 2008. 12p.

*de los delincuentes que cometen delitos graves son reincidentes en los mismos hechos. Por ello, el presente proyecto de ley busca sancionar de manera más enérgica a aquellos que cometen delitos graves de manera reiterada”*

Las importantes modificaciones introducidas por esta ley, sin lugar a dudas significan una completa transformación a lo que históricamente se había discutido referente al fundamento, procedencia y constitucionalidad de la agravante de la reincidencia. Tanto así, que la veremos señalada repetidamente a lo largo de toda esta obra a modo de ilustrar lo radical de su influencia en nuestro sistema penal.

## CAPITULO SEGUNDO

### FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DE LA AGRAVACION POR REINCIDENCIA

#### I. CONCEPTO

Ya expuestos los antecedentes normativos de la institución de la Reincidencia en nuestro sistema Penal en particular y mayormente teniendo en consideración su análisis como agravante, es pertinente indagar las distintas posturas y tendencias que han sido concebidas para justificar la **existencia, procedencia y regulación** legal de este instituto “*no basta constatar que el aumento de pena que ocasiona, por disposición legal, la reincidencia, se siente justo, sino que se precisa una ulterior penetración para encontrar su auténtico fundamento lógico-jurídico: por qué es justo.*”<sup>92</sup>

A pesar de largos años de discusión, como es común también con muchas otras materias dentro del Derecho Penal, esta ha sido una materia que no ha tenido opiniones unánimes. En efecto, actualmente existen tantas teorías como autores, y no podríamos estimar solo una que haya dado una salida enteramente satisfactoria a estas interrogantes. Si bien existen posturas que justifican su existencia, muchas caen y se debilitan al justificar su procedencia abarcando supuestos de la reincidencia que no es posible encontrar en la práctica en su regulación en la ley, así “*la revisión atenta de la discusión producida a lo largo de dos siglos, demuestra, entre otros resultados, la imposibilidad de asignar un fundamento sólido, claro y generalmente compartido a esta agravante, lo que a su vez, explica la*

---

<sup>92</sup> MARTINEZ DE ZAMORA Antonio, “*La Reincidencia en el Código Penal*”, España, en Revista Científica de la Universidad de Murcia, Estudio de la Facultad de Derecho, 1971, 29p.

*variedad de respuestas sobre el particular, las variaciones detectadas en su regulación por los textos legales, así como la paulatina disminución de su radio de acción”*<sup>93</sup>.

El punto que ha generado mayor controversia ha sido el poder encontrar un fundamento válido para atribuirle a la reincidencia **efectos agravatorios**, y no el considerarla sólo como un elemento a considerar para la instauración de otros mecanismos distintos a la agravación-como las medidas de seguridad. En la búsqueda de estos fundamentos, se han presentado una gran variedad de explicaciones distintas para dar razón a la reincidencia: *“se ha hablado al respecto de mayor culpabilidad, mayor injusto, mayor peligrosidad, perversidad del reo, actitud de rebeldía y desprecio del mismo hacia el ordenamiento jurídico, necesidad de mayor pena para aquellos sujetos en los que la prevención especial no ha surtido el efecto deseado, etcétera, evidenciándose así lo difícil que resulta justificar la existencia de esta agravante, al menos, en los términos en que viene siendo concebida”*<sup>94</sup>. En este mismo sentido, otros incluso se adhieren o enmarcan tan solo dentro de tres fundamentos distintos *“primero, que se sustente en la peligrosidad del autor (en cuyo caso no se respetaría la culpabilidad por el hecho); segundo, que se apoye en los hechos pretéritos ya condenados (lo que conduciría a la infracción del principio non bis in ídem debido a que el incremento de pena no guardaría relación con el nuevo hecho cometido); o tercero, que se fundamente en una mayor culpabilidad por el hecho cometido”*<sup>95</sup>.

Analizaremos preliminarmente cada una de las teorías que ha entregado la doctrina, para luego indagar cuál de estas ha recogido nuestra jurisprudencia nacional para justificar su mantención en nuestro sistema sancionatorio.

---

<sup>93</sup> KUNSEMULLER Carlos, *Informe en Derecho “La Reincidencia”*, Santiago, Departamento de Estudios de Defensoría Nacional, año 2007 16p.

<sup>94</sup> VAELLO ESQUERDO Esperanza citada por KUNSEMULLER Op Cit 18p.

<sup>95</sup> JIMENEZ DIAZ María José, *“Seguridad Ciudadana y Derecho Penal”*, 1º Edición, España, Editorial Dykinson, 2006, 32p.



## **I.- TEORÍAS DE LA FUNDAMENTACION DOCTRINARIA DE LA AGRAVACIÓN DE LA PENA AL REINCIDENTE**

Existiendo tal pluralidad de concepciones, en este capítulo nos encargaremos de aquellas con mayor acogida o discusión, siguiendo en específico para tal efecto, la clasificación de fundamentos entregada por el autor español MARTINEZ DE ZAMORA el cual, sin lugar a dudas, es quien más y con mayor aceptación dentro de sus pares se ha dedicado al estudio de la agravante de la reincidencia<sup>96</sup>. En razón de esta clasificación entregada por el autor en su libro “*De la Reincidencia*”, se pueden distinguir aquellos<sup>97</sup>:

**A.- Fundamentos en relación al primer delito cometido por el reincidente (teoría de la eficacia relativa de la pena)**

**B.- Fundamentos en relación al sujeto reincidente (teoría del mayor desprecio cualificado como rebeldía frente a los bienes jurídicos, de la mayor peligrosidad del reincidente y de la aumentada imputabilidad del reincidente)**

**C.- Fundamentos en relación al segundo delito cometido por el reincidente (teoría de la mayor alarma social y mayor culpabilidad)**

**D.- Fundamento en la necesidad de Prevención Especial o General (en relación a los fines de la pena y a su uso como herramienta de política criminal)**

Desarrollaremos en detalle cada uno de estos fundamentos y, asimismo, se expondrán las críticas que se han efectuado a cada teoría.

---

<sup>96</sup> [Se ha escogido especialmente esta clasificación en atención a su claridad y su acento pedagógico para el cabal entendimiento de esta materia, la cual no suele ser fácil de comprender dada la importante cantidad de teorías que se manejan en la doctrina nacional e internacional, las que suelen ser, a nuestro juicio, poco sistematizadas y confusas. En este sentido otros autores reconocidos también basan su estudio de la fundamentación de la reincidencia en esta clasificación].

<sup>97</sup> MARTINEZ DE ZAMORA Op Cit 30p.

## **A.- Fundamentos en relación al primer delito cometido por el Reincidente**

### **1.- Teoría de la Eficacia Relativa de la primera pena:**

Quienes sostienen esta teoría, justifican la existencia y uso de la reincidencia como agravante en razón de que la pena aplicada al autor a causa del primer delito, no fue la suficiente para que este se inhibiera de volver a delinquir, debiendo ser la segunda pena como consecuencia de un nuevo delito mucho mayor que la primera, siendo la insuficiencia de esta la explicación de un tratamiento especial a este condenado, consistente en la agravación de la sanción. Se fundan por tanto, en el primer delito y la pena asignada a este *“la reincidencia no puede agravar la cantidad del actual delito-pues es un delito ya saldado-y por otro, tampoco puede fundarse en la mayor perversidad porque el derecho penal no puede mirar la maldad del hombre sin trascender sus propios límites. Siendo que, a la mayoría de condenados la pena asignada ordinariamente al delito le sirve para no volver a delinquir por el daño experimentado. Pero, la persona que después de haber sufrido la pena, vuelve a delinquir, demuestra que no le sirve de freno y lo desprecia. Por ser un individuo más insensible, es necesario aumentar el castigo, ya que imponerle la pena ordinaria sería inútil”*.<sup>98</sup>

El mayor exponente es el autor Francesco CARRARA quien, parte de dos presupuestos fundamentales: *“a) de una parte, afirma que la reincidencia no puede incidir en la gravedad del actual delito, b) de otra parte, considera que tampoco cabe justificar la reincidencia en la mayor perversidad del reo, porque el derecho penal debe contemplar únicamente la maldad del acto y no la maldad del hombre. Para llegar a esta conclusión, parte de dos presunciones: a) presume que la pena señalada por el legislador a cada delito-la pena ordinaria-es adecuada para impedir que los ciudadanos delinca y; b) presume que, en caso de que algún ciudadano delinca, la experiencia de la pena ordinaria es suficiente para evitar la recaída. La consecuencia inmediata del anterior planteamiento es que cuando el mismo individuo vuelve a delinquir, se tiene el convencimiento de que la*

---

<sup>98</sup> CARRARA citado por DONNA Y IUVARO en AGUDO FERNANDEZ Op Cit.556p.

*experiencia-el cumplimiento efectivo-de la primera condena no ha producido el efecto saludable que esperaba el legislador, y por ello, es inútil aplicar de nuevo la pena ordinaria en la medida en la que la recaída revela la insuficiencia relativa-frente al reincidente-de tal pena”*<sup>99</sup>. Ello significa no un vicio general de la pena, sino una deficiencia especial en su relación con aquel hombre: en aquel que se muestra insensible a la pena ordinaria, hay que infringirle una pena más fuerte.

En resumen, esta teoría solo se basa en la existencia de un dato anterior y objetivo, como lo es la comprobación de la pena anterior, que es considerada exigua para cumplir sus fines, rechazando toda agravación a causa de condiciones personales del delincuente o debiendo tener ésta finalidades de corrección del delincuente.

La mayor *critica* que se realiza a esta teoría es que, justamente, pretendiendo no tomar en cuenta la condición especial del reincidente o su personalidad delictiva, se refiere a la “*insensibilidad del sujeto a la primera pena*” como el fundamento del merecimiento de una pena mayor “*así-según ha dicho CARRARA: puede decir que "quien delinque después de haber sido condenado muestra su desprecio por la Ley y su desprecio por el Magistrado... pero quien vuelve a delinquir después de haber sufrido los largos días de la pena que se le impuso, muestra el desprecio a la pena".*’ *¡No cabe una justificación que descansa más en el sujeto! al tomar en cuenta la insensibilidad del sujeto respecto a la pena, el maestro de Pisa sigue ya, inconscientemente, un criterio personal.*<sup>100</sup>

Por lo demás, siguiendo el mismo razonamiento, si la primera pena fue insuficiente para inhibir al sujeto de cometer nuevos delitos ¿cómo se podría aseverar que la medida de la segunda pena si lo será? “*pone de manifiesto MIR PUIG que si la pena ordinaria demostró no ser suficiente para evitar la recaída, la nueva imposición de una pena ordinaria tampoco evitaría subsiguientes recaídas, por lo que precisamente sería la prevención de ulteriores comportamientos delictivos lo que justificaría la agravación de la pena ordinaria en caso de reincidencia. Es muy difícil, en suma, demostrar la insuficiencia de la pena. Aunque ésta fuera justa y proporcionada no puede pretenderse que posea tal fuerza*

---

<sup>99</sup> CARRARA en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 494p.

<sup>100</sup> MARTINEZ DE ZAMORA Op Cit 32p.

*correctiva, tal eficacia, que anule completamente la capacidad del sujeto para cometer nuevos delitos, si no es anulando al sujeto mismo. La insensibilidad del individuo hacia la pena puede ser una de las causas de la reincidencia en el caso concreto, pero no su fundamento. Y, finalmente, en nuestro derecho positivo la expiación de la pena no es requisito de la reincidencia, pues basta la mera sentencia firme de condena precedente a cargo del agente”<sup>101</sup>.*

Finalmente, si entendemos que la primera pena no fue capaz de inhibir al sujeto, será elemento esencial el cumplimiento efectivo de la primera condena por parte del condenado, hecho que, según la última modificación realizada al estatuto de la reincidencia-como largamente se explicó en el primer capítulo de esta investigación-exige para configurarla solo la existencia de una condena previa y no su cumplimiento, esta teoría “*se apoya en un elemento ajeno por completo al concepto mismo de reincidencia, para cuya existencia exige no solo la precedente condena, sino también el total cumplimiento de la pena en ella impuesta*”<sup>102</sup>

## **B.- Fundamentos en relación al sujeto Reincidente**

### **1.- Teoría del Mayor desprecio cualificado como rebeldía frente a los bienes jurídicos**

A diferencia de la teoría anterior, ni la pena ni el delito son elementos a tener a la vista para intentar justificar la existencia de la agravación de la pena por reincidencia. Se vislumbra luego que, en la comisión de un delito por parte de un delincuente primario o reincidente, el delito y la pena atribuida por este en la ley penal permanecerá inmutable, siendo el real elemento diferenciador la persona misma del reincidente y su indolencia frente a la protección de los bienes jurídicos “*se admite que no existe diferencia alguna entre la*

---

<sup>101</sup> MIR PUIG en AGUDO FERÁNDEZ Op Cit 496p.

<sup>102</sup> AGUDO FERNÁNDEZ Op Cit 495p.

*gravedad objetiva del delito cometido por un reincidente, y el mismo delito cometido por un delincuente primario. De ello se deduce que lo que varía en ambos casos es la persona del delincuente, que aparece así en el primer plano de la fundamentación. Consideran que el tratamiento de la reincidencia obedece en realidad a la necesidad de defenderse frente al autor que, con su conducta, ha demostrado ser más temible y antisocial que el delincuente primario”*<sup>103</sup>

La persona del reincidente merece una pena mayor por haber demostrado-con su nuevo actuar delictivo- un especial desprecio frente al ordenamiento jurídico, supone así que aquellas personas que no tienen la cualidad de “reincidentes” si son capaces de mantener un cierto compromiso con la tutela de estos bienes que son importantes para la sociedad toda, lo que en definitiva, los diferencia y les hace merecedores de un mayor reproche. Según MIR PUIG la razón de ser de la reincidencia radica en que denota en el sujeto una “*actitud de mayor desprecio o rebeldía frente a los valores jurídicos que aquel que tuvo ocasión de apreciar, no solo en su formulación abstracta e impersonal por parte de la ley, si no sobre sí mismo, en carne propia, y en la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera nueva infracción*”<sup>104</sup>

En este sentido, el autor italiano Vicenzo CAVALLO concibe que la “*agravación propia de la reincidencia como retribución de pasado de un atributo de la personalidad del autor, justificando aquella en una mayor capacidad para delinquir del reo-ajena a la culpabilidad-que revela una mayor perversidad en agente que se deduce precisamente de la persistencia en el mal, esto es, de la repetición material de delitos*”<sup>105</sup>, la reiteración de delitos, se traduce en rebeldía jurídica que debe ser frenada con mayor ahínco por el legislador penal.

## **2.- Teoría de la mayor peligrosidad del reincidente**

---

<sup>103</sup> AGUDO FERNANDEZ Op Cit 503p.

<sup>104</sup> MIR PUIG Santiago, “Derecho Penal Parte General”, 6º Edición, Barcelona, Editorial Bosch, 1998, 653p.

<sup>105</sup> CAVALLO en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 507p.

Siguiendo el mismo argumento en lo relativo a la persona misma del reincidente, esta teoría demuestra una tenue diferencia: la agravante se explica por una característica especial por sobre el delincuente primario, esta es, que su reiterada actividad criminal demuestra mayor peligrosidad, y la reacción de la sociedad frente a este debe ser más severa, asumiendo el Estado un rol preventivo y garante evitando tal perversidad e inocuizando al hechor a través de una mayor pena. Centra a la sazón su atención en la personalidad **peligrosa** del autor<sup>106</sup> y en su pronóstico de conducta que supone una presunción de maldad en el individuo que debe ser embestida. Sobre que ha de entenderse como peligroso, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como “2. *Adj. Dicho de una persona: aquel que tiene riesgo o puede ocasionar daño o cometer actos delictivos*”<sup>107</sup>, por lo que se infiere que una persona peligrosa trae consigo la tendencia de cometer mayores y reiterados delitos.

Adhiriendo a esta teoría, MUÑOZ CONDE ha señalado que la “*reincidencia constituye una circunstancia agravante de naturaleza subjetiva, entendiéndose por tales aquellas en las que no es posible hallar datos por los que el hecho objetivamente considerado, resulte más grave o por los que aumente el reproche al autor por el hecho cometido. Su fundamento se ha de buscar preferentemente, bien en lo recalcitrante de la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia a las normas penales, bien en su mayor peligrosidad*”<sup>108</sup>. Afirmando este razonamiento “*lo cierto es que el delincuente que no hace caso de la advertencia que representa la primera condena, demuestra, para el positivismo, una mayor peligrosidad contra la cual hay que precaverse denota desde luego la tenacidad y la índole perversa del agente y constituye un verdadero peligro para la sociedad*”<sup>109</sup>, la necesidad de defensa social exigirá reprimir con mayor severidad a quienes demuestran ser peligrosos.

Se critica a esta teoría, y de manera general a todas aquellas que justifican la agravación de la pena en cualidades personales del delincuente, que contraria al principio de culpabilidad por el acto que constituye eje esencial del Derecho Penal dentro de un Estado democrático.

---

<sup>106</sup> [Para BACIGALUPO la reincidencia no se refiere a circunstancias del hecho, si no que a una tendencia de la personalidad del autor. Considera que la agravante de la reincidencia supone la admisión de una culpabilidad de carácter].

<sup>107</sup> Definición obtenida de la Real Academia Española. Diccionario de la lengua española (Internet). Madrid, España. < [www.rae.es](http://www.rae.es) >

<sup>108</sup> AGUDO FERNÁNDEZ Op Cit 522p

<sup>109</sup> CAMACHO María Cruz, “*Criterios de Criminalización y Descriminalización*”, España, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1992, 206p.

Este antagonismo, será abordado en extenso en el capítulo de la reincidencia y los límites al ius Puniendi. Mientras tanto, señalaremos los demás cuestionamientos que se realizan a esta. En primer lugar, acerca de aquella especie de “presunción” de recaída al delito que demuestra el reincidente *“quienes así piensan se limitan a constatar un hecho o a expresar una intuición, sin explicar la causa de aquella perversidad superior y olvidando a menudo la todavía vigente fórmula según la cual el Derecho Penal no castiga la maldad del hombre, sino la maldad de su acción, ni por supuesto, desarrollan sus afirmaciones para hacerlas compatibles con el principio de que no debe castigarse al hombre en cuanto es, sino en cuanto se manifiesta; todo ello, naturalmente, cuando se trata de justificar para el reincidente un tratamiento represivo, un aumento de pena, y no preventivo o de seguridad”*<sup>110</sup>. En segundo lugar, aquella caracterización de peligrosidad por recaer en el delito *“no es más que un pronóstico, un juicio relativo porque no se puede ir más allá con una probabilidad. Lo que se quiere llegar es a esta idea: no es aceptable la peligrosidad como fundamento para agravar una punición”*<sup>111</sup>.

Se le discute entonces que, incluso aceptando al delincuente reincidente más peligroso, la medida para aplacar dicha peligrosidad sea un aumento en la pena, y no el empleo de otros mecanismos más certeros y efectivos como la imposición de una medida de seguridad que permita la mejor protección de la sociedad frente a este individuo *“la peligrosidad bien entendida es un juicio acerca de un hombre, una prognosis sobre su conducta futura que da como resultado la probabilidad actual de posteriores recaídas en el delito que la sociedad debe intentar evitar con un tratamiento puramente preventivo o profiláctico mediante la aplicación del instrumento que la Ley le concede: la medida de seguridad. La recaída en un delito después de la condena en ningún caso podría autorizar el establecimiento de un criterio general según el cual toda persona que se halle en dicha situación habrá de volver a delinquir necesariamente. Ello sin negar que la reincidencia sea a menudo índice de peligrosidad, en cuyo caso concreto, al aumento de pena que con carácter general determina, podría añadirse una medida de seguridad lo que es, además, conforme a las disposiciones de nuestro derecho positivo”*<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> MARTINEZ DE ZAMORA Op Cit 41p.

<sup>111</sup> IDEM

<sup>112</sup> IDEM

### 3.- Teoría de la aumentada imputabilidad del reincidente

En virtud de esta, el reincidente es merecedor de una pena agravada por repetir un acto delictivo, a pesar de tener un especial conocimiento de la gravedad de sus actos<sup>113</sup>. Habiendo ya sido condenado por un delito anterior, este conoce íntimamente el resultado de su actuar delictivo, siéndole exigible luego que no vuelva a cometer delitos para no producir estos resultados y, si lo hace, su actuar será más reprochable que la de un delincuente primario, siendo por tanto su imputabilidad mayor *“en una consideración dinámica de la reincidencia, si individualizamos el momento intermedio que va desde la firmeza de la sentencia condenatoria hasta la comisión del segundo delito, vemos que tras la condena el sujeto queda en una posición psicológica y jurídica especial, en la cual conoce con mayor exactitud de la normal el disvalor de su conducta anterior, porque la sentencia le señala específicamente la cuantía, de modo que su conocimiento del injusto en general y del injusto que él realizó en particular, resulta aumentado por la propia experiencia. Y ello se toma en cuenta precisamente relacionado a su posterior conducta delictiva, que sería más reprobable porque el sujeto, ya antes de realizarla, comprende su exacto disvalor”*<sup>114</sup>

La imputabilidad es la aptitud abstracta y general de un sujeto que permite referirle sus actos como propios y considerarlo capaz para sufrir sus efectos penales. Son requisitos indispensables que aquél posea madurez síquica y salud mental suficientes para calibrar el valor de sus actos y poder decidirse. La imputabilidad está compuesta por las condiciones mínimas que un individuo debe poseer para ser sometido a una pena, en el derecho positivo se entiende como aquella *“capacidad de comprender la anti-juridicidad del hacer y de actuar conforme a ese conocimiento”*<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> [Un símil de esta teoría se verá luego dentro de los fundamentos en el segundo delito cometido y la mayor culpabilidad del reincidente].

<sup>114</sup> MARTINEZ DE ZAMORA Op Cit 42p.

<sup>115</sup> IDEM



Se admite que con la reincidencia “se castigue el modo de ser del autor reincidente, y ello es posible porque en el mismo concurre una especial reprochabilidad que deriva precisamente de la consideración de que el individuo ha dejado de formarse en su ánimo una especial inclinación al delito, pudiendo evitarla”<sup>116</sup>. En el mismo sentido, según MANZINI la reincidencia “aumenta la imputabilidad-culpabilidad para nosotros-entendida esta última como nexos causal psicológico entre el hecho y su autor, cuya esencia es la voluntariedad. Este incremento en la imputabilidad del autor, le hace acreedor de una mayor pena en razón que con el nuevo delito el reincidente no solo demuestra su voluntad de infringir un concreto precepto penal, sino que además, demuestra una “voluntad persistente a delinquir”<sup>117</sup>. Reiterando el mismo testimonio en relación al autor y la mayor reprochabilidad de su actuar, “el mayor grado de culpabilidad en el hecho que da lugar a la apreciación de la reincidencia, proviene de una consideración de su autor como más perverso y malvado por haber demostrado una persistente voluntad en el mal, lo que permite que el hecho del reincidente sea más desvalorado que el mismo hecho realizado por quien no posee aquella cualificación objetiva”<sup>118</sup>. La agravación de la imputabilidad así determinada y expresada en el segundo delito cometido, legitimaría al Estado para imponer al reincidente una pena mayor en razón del mayor desprecio por la ley.

Se le cuestiona a esta teoría “la impropiedad de hablar de circunstancias agravantes de la imputabilidad, porque ésta puede ser disminuida pero no admite causas que la aumenten o la agraven”<sup>119</sup>. Así, habrá que considerar solo si el delincuente es o no es imputable, pero no podrá graduarse dicha imputabilidad, mucho menos para agravar la pena. Por lo demás, en lo referente a la culpabilidad mayor del reincidente, se basa en una culpabilidad por el carácter y no por el hecho cometido (misma crítica que se realiza a las demás teorías dentro de esta clasificación), así se ha dicho que “en realidad, si la pena es primordialmente retribución por el hecho, no deben punirse las cualidades personales en sí mismas consideradas, ni utilizar el delito como ocasión propicia para su castigo. En todo caso, No se demuestra que siempre y en cualquier supuesto la reincidencia “ponga de manifiesto”

---

<sup>116</sup> MIR PUIG Op Cit 455p.

<sup>117</sup> MANZINI citado por AGUDO FERNANDEZ Op Cit 501p.

<sup>118</sup> MIR PUIG Op Cit 467p.

<sup>119</sup> MARTINEZ DE ZAMORA 53P.

*una aumentada aptitud del sujeto para violar las normas penales, ni se considera la posibilidad de que no el delincuente sino el delito cometido tras la condena sea intrínsecamente más grave que el realizado por el delincuente primario”<sup>120</sup>*

### **C.- Fundamentos en relación al segundo delito cometido por el Reincidente**

Comprende este grupo todas aquellas posturas doctrinales que ven en la reincidencia una causa agravatoria de la entidad del segundo delito realizado por el reincidente, es decir, por el cual el ya reo, mediante el nuevo delito, se hace reincidente

#### **1.- Teoría de la mayor alarma social**

Esta se relaciona con el efecto que producirá en lo social el cometimiento de un segundo delito por parte del mismo sujeto. Se relaciona a su vez con la *Teoría de la mayor peligrosidad del reincidente* ya que, este segundo delito, provoca mayor alarma convirtiéndose en señal de mayor peligrosidad del delincuente. Cabe citar la construcción de dos presupuestos: la mayor alarma social causada y la ofensa al interés general de la conservación del orden jurídico.

Esta, se enmarca dentro de aquellas que se refieren al segundo delito cometido por el reincidente, y a diferencia de aquellas que dicen relación *con la persona del reincidente*, es porque no se tiene a la vista una circunstancia meramente subjetiva como la maldad o perversidad del agente, si no que el elemento objetivo de un segundo delito, que provoca mayor daño a la sociedad y que, por eso, es más reprochable y merece una mayor pena “*la reincidencia se justifica a través de un aumento de la gravedad del daño social que repercute directamente en la gravedad del injusto propio del delito que da lugar a la apreciación de la agravante. Lo anterior significa que el segundo delito cometido por el*

---

<sup>120</sup> MARTINEZ DE ZAMORA 52P.

*reincidente será considerado intrínsecamente más grave que el anterior precisamente porque causa mayor daño social”*<sup>121</sup>

Entre los discípulos de este fundamento, se encuentran cierta cantidad de autores italianos, quienes además incluyeron esta discusión en la creación de su Código Penal “*“Se disputa entre los juristas si la circunstancia de la reincidencia debe referirse a la imputabilidad o bien a la pena. Pero es fácil convencerse de que la reincidencia agrava el delito en su elemento político. Fundamento de ella es la mayor alarma que provoca aquel que ha delinquido varias veces y que, por ello, se demuestra más peligroso... El mal del delito no es sólo físico, sino también social y político y, por tanto, la circunstancia subjetiva de la mayor perversidad del agente se convierte en circunstancia objetiva del delito, acrecentando el temor de los 'buenos y ofreciendo el pernicioso ejemplo del obstinado desprecio por la ley”*<sup>122</sup>.

Sobre esta dualidad de peligro social y político que demuestra el reincidente en su actuar, el autor italiano ZANARDELLI ha señalado que “*la mayor alarma que provoca aquel que ha delinquido varias veces, y que, por ello, se demuestra más peligroso... el mal del delito no es solo físico, sino que también social y político, por tanto, la circunstancia objetiva de mayor perversidad del agente se convierte en una circunstancia objetiva del delito, acrecentando el temor de los buenos y ofreciendo el pernicioso ejemplo del obstinado desprecio por la ley”*<sup>123</sup>

Sin embargo, se le reprocha a esta teoría que se sustente en la mayor alarma social cuando esta, justamente, podría ser como máximo, un efecto de la reincidencia, pero jamás un fundamento o justificación de ella “*la mayor alarma, no social sino jurídica, quizá sea una causa complementaria de la agravación que la reincidencia implica, pero no su razón esencial”*<sup>124</sup>. Incluso, ha de entenderse que el fenómeno de la menor o alarma social pueda siquiera producirse por el hecho del reincidente “*se afirma que el segundo delito cometido*

---

<sup>121</sup> MIR PUIG Op Cit 456p.

<sup>122</sup> MARTINEZ DE ZAMORA Op Cit 60p.

<sup>123</sup> ZANARDELLI citado por MIR PUIG en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 499p.

<sup>124</sup> MARTINEZ DE ZAMORA 61P.

*por el reincidente provocará un mayor o menor alarma social según su propia gravedad intrínseca, pero resulta del todo insostenible afirmar que la gravedad intrínseca correspondiente al segundo delito, cometido por el reincidente, pueda variar en razón de la mayor o menor alarma social (efecto) que esta produzca. Finalmente se aduce que la alarma social puede no producirse, e incluso, es difícil que se produzca”<sup>125</sup>*, demostrando así que esta teoría se basa en supuestos poco certeros.

## **2.- Teoría de la mayor culpabilidad**

Esta teoría, justifica la existencia de la reincidencia en el mayor reproche que debe hacerse al reincidente en ocasión del segundo delito cometido por él, sin embargo, este reproche penal, que será mayor y por tanto aumentará la culpabilidad y la pena, podrá analizarse desde tres distintos puntos de vista: desde el hecho mismo cometido por el reincidente, desde la inclinación especial a delinquir que demuestra el reincidente con el segundo delito y desde la persona misma del reincidente que ya ha sido condenado. A continuación, analizaremos estas tres hipótesis por separado:

### **2.a.- Teoría de la mayor culpabilidad por el hecho**

Considera que la reincidencia se justifica por una mayor gravedad de la actual infracción, ya que en la misma concurre mayor culpabilidad por el hecho. Así, entendiendo que la culpabilidad puede graduarse por diversos factores, en este caso será según el delito cometido por el reincidente ya que este *“ha incumplido de forma más intensa la norma, de manera que tal rebeldía frente a los bienes jurídicos puede ser interpretada como un signo de mayor culpabilidad, pues el mayor conocimiento de la anti-juridicidad y la llamada de atención que supone la condena, hace que su comportamiento sea más reprochable”<sup>126</sup>*. En conclusión, la mayor reprochabilidad recae sobre el hecho nuevo, lo que puede justificar la

---

<sup>125</sup> AGUDO FERNÁNDEZ Op Cit 500p.

<sup>126</sup> JIMENEZ DIAZ María José, *“Seguridad Ciudadana y Derecho Penal”*, 1º Edición, España, Editorial Dykinson, 2006, 32p.

aplicación de una mayor pena. En este mismo sentido, para el profesor ALLEGRA, el fundamento inmediato de la agravación “*es la mayor gravedad del nuevo delito cometido a causa de la modificación psicológica que se opera en el autor a partir de la anterior comisión delictiva. Esta modificación, que precisamente consiste en la mayor facilidad para cometer otras infracciones, incide directamente en el nuevo delito aumentando su gravedad*”<sup>127</sup>.

En un plano más objetivo, para LATAGLIATTA el elemento característico de la fundamentación de la agravación por reincidencia será eminentemente la existencia de una **condena previa**, ya que este elemento será el único que aparecerá como concluyente a diferencia de otros fenómenos de repetición delictiva “*la condena antecedente se configura como un mandato expreso de la autoridad del Estado hacia el autor, como una directa y personal llamada al deber de respetar las normas jurídicas que, en el caso de no ser atendida, permite fundamentar el mayor reproche penal. Así, se afirma que con la primera condena el reo adquiere conciencia del disvalor de su conducta, por lo que el reincidente puede conocer mejor contenido y dirección de sus impulsos y dominarlos. Consecuencia de lo anterior, y partiendo de un concepto de culpabilidad como fuente de conocimiento del disvalor de su conducta-y no como elemento de personalidad del reo-se deduce que el reincidente es merecedor de un mayor reproche penal y ético por no haberse dejado motivar por la advertencia implícita en la condena precedente, por no haber tenido en cuenta su recuerdo y haberse abandonado al impulso sin inhibirlo cuando podía y debía hacerlo por su situación de mayor conocimiento y responsabilidad*”<sup>128</sup>

La reincidencia debe incluirse entre las causas de agravación que denotan una mayor culpabilidad, pues se trata de una circunstancia agravante que permite hablar de una más elevada exigibilidad frente el individuo anteriormente condenado “*en relación con el sistema normativo: como mandato pronunciado por el Juez, en cuya persona se concretiza de manera casi tangible el sentido de autoridad. Al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el culpable queda totalmente sujeto al querer del Estado, que llega a*

---

<sup>127</sup> ALLEGRA en MIR PUIG Op Cit 462p.

<sup>128</sup> LATAGLIATTA en AGUDO FERNÁNDEZ Op Cit 514p.

*prescindir de la voluntad del individuo- Quien viola la ley penal tras esta singular experiencia da a su comportamiento el significado de una implícita negación de la experiencia misma; su conducta contiene, además del desprecio por la norma que contradice, el de todo aquello que concurre en la formación del valor psicológico y jurídico de la condena. Al sujeto se le ha hecho una "advertencia formal" solemne, y puede reprochársele si no la tiene en cuenta”<sup>129</sup>*

La reincidencia corresponde a la culpabilidad (en tanto culpabilidad entendida como conocimiento del disvalor de una conducta) y es elemento para graduar la desobediencia al precepto, ya que al reincidente se le reprocha su mayor desobediencia y el no haberse dejado motivar por la advertencia implícita en la condena precedente y haberse abandonado a sus impulsos cuando podía y debía hacerlo por su situación de mayor conocimiento y responsabilidad<sup>130</sup>.

Se reprobaba a este postulado el reducirse, nuevamente, a una especial peligrosidad del sujeto o una cualidad suya jurídicamente relevante, alejándose del todo a un presupuesto de culpabilidad sólo por el hecho cometido. Incluso, ignorando este hecho y considerando solamente la existencia de una condena previa como supuesto de mayor conocimiento del disvalor de la conducta, lo cierto es que, como ya se ha dicho, tampoco existe certeza del cumplimiento efectivo de la condena *“la sentencia condenatoria posee junto a su función informativa o docente, otra, sobre todo, correctiva e intimidante, lo que supone un verdadero contra-estímulo al delito; el conocimiento indubitado de que el sujeto ha sufrido dicha experiencia, la cual es importante en sí misma, pero, especialmente, en relación al delito que se está a punto de realizar; que la reincidencia no es en realidad un criterio para medir la culpabilidad”<sup>131</sup>*

## **2.b.- Teoría de la mayor culpabilidad típica especial (o culpabilidad de inclinación)**

---

<sup>129</sup> MARTINEZ DE ZAMORA Op Cit 63p.

<sup>130</sup> [Si bien esta teoría dice centrarse en la culpabilidad por el acto, lo cierto es que demuestra claros acercamientos a aquellas teorías de la mayor imputabilidad del reincidente o aquellas que se fundan en el sujeto del reincidente].

<sup>131</sup> MARTINEZ DE ZAMORA Op Cit 64p

La razón de la reincidencia será que en el delito cometido por el reincidente concurrirá una especial y más grave culpabilidad que le debe ser retribuida, esta es: **la culpabilidad de inclinación**. Según esta, el reincidente “*en el momento de tomar la decisión de realizar una acción criminal, se encuentra, por razón de la anterior condena, en una situación ético-psicológica especial y distinta a la de los demás sujetos denominada “estado de reidad”, que justificaría la mayor gravedad del reproche penal. La reincidencia, se fundamenta en una forma particular de culpabilidad que consiste en el especial y típico modo con el cual el sujeto que se encuentra en el denominado estado de reidad quiere el segundo delito. A esta culpabilidad típica especial se le denomina inclinación, porque se funda en el dato naturalístico de la mayor inclinación al delito demostrada por el reincidente. Según él, la ley no castiga más severamente un modo de ser del sujeto, sino un modo de querer, pues el que ya ha sido precedentemente condenado se encuentra en una situación psicológica especial en la que resulta más fácil repetir las acciones anteriormente realizadas. Este modo más intenso de querer, justifica el mayor reproche que merece la segunda acción realizada por quien se encuentra en una situación de inclinación hacia delito*”<sup>132</sup>, se reprocha más gravemente a quien, estando en esta situación especial de reidad, repite el mismo actual delictivo.

Esta hipótesis viene mantenida por el autor italiano Renato DELL'ANDRO quien ve en el delito del reincidente la presencia de una típica culpabilidad fundada sobre una potencia espiritual: *el querer delinquir del que ya es reo*, que lo pone en una posición ético-psicológica distinta a la que se encontraba al cometer el primer delito. Para el autor, este “estado de reidad” presenta dos aspectos “*uno, naturalístico, que precede al mandato normativo, y otro jurídico, constituido por el reconocimiento y asignación de relevancia jurídica a esa base natural, en cuanto a los sujetos en ella incluidos corresponde un típico modo de querer*”<sup>133</sup> Como aclarará MARTINEZ DE ZAMORA “*para justificar sustantivamente la reincidencia, Dell'Andro se limita a decir que todo sujeto en el momento de decidirse a la acción presenta una particular condición ético-sicológica distinta a la de los demás sujetos, condición en la que incluye también el resultado de la historia de cada*

---

<sup>132</sup> DELL'ANDRO en MARTINEZ DE ZAMORA citado por MIR PUIG Op Cit 467p.

<sup>133</sup> IDEM

*hombre, los actos anteriormente realizados por éste*<sup>134</sup>. Se admite así que no se castiga más gravemente la inclinación del delito propiamente tal, sino la “*realización de un delito a quien se hallaba en el momento de cometerlo, en una situación particular, por la que se dirigía un mandato concreto de evitar el ilícito. Esto origina una culpabilidad típica: de la inclinación*”<sup>135</sup>.

Ahora bien, este supuesto estado de reidad en el que se encuentra quien ya ha cometido un delito: ¿será justificación para agravar la pena en el caso de que delinca nuevamente? ¿Es real este especial estado ético-psicológico en el que se encuentra el delincuente? ¿Este estado de reidad especial hará más reprochable su actuar? Al respecto, se ha opinado que no es justificación alguna para la imposición de la agravante por reincidencia “*relativamente a la reidad, se observa la insuficiencia de una explicación formal (no basta decir que al ya reo se dirige un imperativo penal más fuerte) si ésta no descansa en un presupuesto real, pues en un plano de pura teoría normativa desligada de bases naturales también podría fundamentarse una distinción con finalidad graduadora de la pena, por ejemplo, entre individuos altos y bajos, rubios y morenos, etc. La reidad, como concepto jurídico, debe asentarse sobre un sustrato sustantivo que permita diferenciar la posición del ya reo de la de cualquier otra categoría de autor. Por último, la infracción del ya reo se dice cometida con ánimo inclinado al delito, con culpabilidad de inclinación (lo cual no es cierto), y al aumento de pena (retribución) se le asigna como finalidad la de que el hábito no termine de constituirse*”<sup>136</sup>.

## **2.c.- Teoría de la mayor culpabilidad en el autor**

Esta teoría interpreta la agravante de reincidencia como causa de elevación de la culpabilidad por la especial situación de conocimiento de la significación anti-jurídica del actual contra derecho, adquirido por el reo a través de su anterior condena. Se piensa que la culpabilidad de un reincidente es mayor por su acrecentada energía criminal, pues a pesar

---

<sup>134</sup> MARTINEZ DE ZAMORA Op Cit 58p.

<sup>135</sup> MIR PUIG Op Cit 468p.

<sup>136</sup> MARTINEZ DE ZAMORA Op Cit 59p.



del gran obstáculo que significa la condena anterior en el sentido de lo vivido a causa de ella, vuelve a delinquir.

Su mayor adherente es el autor español Reinhart MAURACH, para el cual *“la culpabilidad es un juicio sobre el autor, al cual se le reprochará de acuerdo con el grado de vulneración al deber, manifestado en la comisión del delito, cuanto menos se haya dejado influir por la función determinante de la norma, tanto más grave será el reproche de culpabilidad. Para esta teoría, la reincidencia implica desprecio por el valor admonitorio de la condena previa. Así, la primera pena generaría mayor conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho y por ende un mayor grado de culpabilidad. Para esta construcción teórica, solo el aumento de la culpabilidad sería suficiente para la agravación de la pena por reincidencia”*<sup>137</sup>, como se señala, siendo la culpabilidad la única forma de justificar la agravación de la pena, no queda más que fundar la reincidencia en una mayor culpabilidad al autor, siendo la reprochabilidad por su mayor capacidad de delinquir algo externo al delito que solo dependerá del sujeto que lo cometa<sup>138</sup>.

Se pretende encontrar la naturaleza de la reincidencia en el distinto grado de reproche que debe formularse al autor que ya ha sufrido la experiencia de una condena anterior, destaca así la libertad de actuar del reincidente *“cuando el individuo ya condenado reitera su comportamiento, el reproche debe ser más intenso puesto que teniendo la posibilidad de auto-controlarse en su yo consciente, cedió a un impulso que debía combatir, teniendo la posibilidad de actuar diversamente con el recuerdo de las experiencias precedentes y, en particular el de la condena previa”*<sup>139</sup>, se vislumbra a la pena como elemento disuasivo de la comisión de nuevos delitos por parte del condenado, debiendo ser esta pena freno suficiente para el afán delictivo del autor. El sólo hecho de no someterse a esta disuasión, el omitirla y burlarla, lo hará merecedor de mayor pena, porque la anterior condena lo hacen conocedor de las perniciosas consecuencias de sus actos ilícitos, los que debe evitar más que cualquier otra persona.

---

<sup>137</sup> MAURACH en MIR PUIG Op Cit 553p.

<sup>138</sup> [Misma opinión ha expresado el autor español *Silvio Ranieri*, para el cual el reincidente, en la repetición de comisión de delitos, demuestra una mayor capacidad para delinquir, cualidad que es inherente a la persona y merece una mayor penalidad]

<sup>139</sup> MARTINEZ DE ZAMORA Op Cit 64p.

En otra arista de esta teoría, encontramos la construcción de BETIOL y BELLAVISTA para los cuales el elemento central es el modo de ser del agente y su inclinación criminal *“la reincidencia se castiga propiamente el modo de ser del agente, se le aumenta la pena porque le es reprochable de una manera especial a él. Le reprochan al sujeto que no realice un mayor esfuerzo personal para evitar la recaída en el delito, que no se motive. La reincidencia no estará en el segundo delito, no es una causa de agravación, si no, en el primer delito, en la culpabilidad del autor por la conducta anterior. El pasado del delincuente... se refleja sobre el nuevo delito que es castigado más gravemente que el primero, no ya porque el nuevo acto criminal sea más grave que el primero, sino porque se presenta como síntoma revelador de una personalidad”*<sup>140</sup>. Se refleja de ese modo, un claro acercamiento a la teoría de la mayor peligrosidad del agente (antes vista), pero basado en el aumento de la culpabilidad producto de dicha peligrosidad que es revelada por la comisión de delitos por parte del reincidente.

Respecto a este planteamiento, MIR PUIG se basa en una realidad natural que será la inclinación al delito: *“la inclinación al delito susceptible de valoración ética: el individuo habría podido evitar, con mayor esfuerzo personal, recaer en el delito y dejar que se formase en él la inclinación al delito. Desde este punto de vista, la culpabilidad es entendida como culpabilidad por la conducta de la vida, cuyo fundamento último sería la admisión de que el hombre configura libremente su carácter y personalidad”*<sup>141</sup>. Desde esta perspectiva, la agravación de la pena por reincidencia no tiene un carácter preventivo, sino represivo, siendo precisamente la mayor inclinación al delito propia del reincidente lo que le hace acreedor de un mayor reproche<sup>142</sup>

Sobre estas nociones MARTINEZ DE ZAMORA también realiza diversos cuestionamientos *“habría que preguntarse entonces qué legítima al Estado para agravar la pena a un hombre que libremente ha decidido cometer un nuevo delito, ¿por qué ha de obligarse a un sujeto a adoptar formas de vida que sigue la mayoría mediante el agravamiento de la punición? ¿Por qué ha de someterse a la fuerza con más punición de la que proporcionalmente le corresponde a un sujeto que no desea un tratamiento y que*

---

<sup>140</sup> BELLAVISTA en MIR PUIG Op Cit 458p.

<sup>141</sup> MIR PUIG Op Cit 458p.

<sup>142</sup> IDEM

*además es un adulto capaz de decidir libremente sus actos? Si es una persona distinta, ¿por qué reprimirla con esta violencia que es la reincidencia?”<sup>143</sup>, sobre la misma ha contestado que “el reincidente siempre conserva su libertad de decisión, pero eso no justifica el aumento del reproche porque finalmente se vuelve a sancionar por la condena anterior y la reacción es contra la voluntad del autor. Esto choca con la idea de culpabilidad que debe ser siempre la libre realización por un nuevo hecho delictivo que se comete y no por la libertad que da el recuerdo de un delito que, aunque pasado, sólo es un recuerdo. Ahora bien, si el hecho anterior no sirvió para nada en la libertad de decisión que conserva el agente es porque el tratamiento fue un fracaso, lo cual no es culpa del sujeto sino del Estado<sup>144</sup>”, en el mismo sentido ya largamente se han esgrimido las detracciones que existen en relación a la culpabilidad por la conducción de vida del autor y su personalidad y como esta idea se contrapone a un Estado democrático de derecho, críticas que han de hacerse a este postulado, así como igualmente ha de agregarse la falta de exigencia del cumplimiento efectivo de la condena que existe en nuestro ordenamiento penal (y en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos), lo que torna inexplicable tal fundamentación.*

#### **D.- Fundamento en la necesidad de prevención especial o general**

Esta proposición en particular, viene en derribar todas las demás fundamentaciones de la existencia de la agravación por reincidencia que se han estudiado. Según esta, es inconcebible atribuirle a la reincidencia otra función o razón que no sea el cumplimiento de uno de los grandes fines del Estado que será la prevención del delito: se agrava la pena del reincidente no por razones de mayor reproche y culpabilidad, sino que como una herramienta de política criminal que resulta efectiva para la disminución de los índices delictuales de una sociedad *“la reincidencia solo puede entenderse como la expresión de*

---

<sup>143</sup> MARTINEZ DE ZAMORA Op Cit 209p.

<sup>144</sup> IDEM

*una mayor necesidad preventiva de la pena, esto es, la pena se agrava no porque el injusto o la culpabilidad del delito actual sean más graves, ni siquiera por que el reincidente sea más peligroso, sino porque el legislador considera, desde el punto de vista de las necesidades de prevención, que el reincidente debe soportar un castigo más intenso”*<sup>145</sup>

Hay que reconocer una explicación político-criminal sobre el fundamento de la reincidencia, pues “ningún país está en condiciones sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aun a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad”<sup>146</sup>. Agrega el autor que “el problema de la reincidencia se reduce, como reflejo de lo anterior, al dilema de configurarla como una especial peligrosidad del sujeto (o una cualidad personal demostrada y jurídicamente relevante), o como una mayor culpabilidad, y su correlativo tratamiento preventivo o retributivo. En el primer caso la reincidencia habrá de desaparecer de los códigos penales, absorbida por la más real categoría de la habitualidad; en el segundo, con su propia entidad sustancial, deberá significar un aumento de la pena”<sup>147</sup>, de aplicarse las otras penas, y teniendo en especial consideración cada una de las críticas que podemos encontrar en cada teoría, la agravante por reincidencia debería desaparecer y sólo su usanza por fines preventivos la hace justificable.

Con la aplicación de la agravante de la reincidencia se cumplirán variados fines político-criminales: se inocuizará al delincuente por mayor tiempo a fin de que en el transcurso del cumplimiento de dicha pena no pueda cometer delitos; se le transmite al agente delictual y a los posibles delincuentes la amenaza de que, de volver a delinquir, su pena será mayor; se emite a la comunidad el mensaje que el Estado castiga con fervor a quienes violentan el orden manteniendo la paz social. El cuál de todas estas funciones en específico cumplirá, dependerá de la función de la pena que cada Estado atribuya al uso de ella en su sistema penal<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> AGUDO FERNANDEZ Op Cit 527p.

<sup>146</sup> MARTINEZ DE ZAMORA Op Cit 89p.

<sup>147</sup> IDEM

<sup>148</sup> [Se percibe entonces que la reincidencia tendrá dos aristas: la primera, el que será un fenómeno social que requiere solución por parte del Estado; la segunda, la agravación de la pena a causa de la reincidencia será a su vez un mecanismo para el freno de este fenómeno delictual]

Respecto a las teorías de prevención especial y general y, en general, sobre el estudio de todas las demás teorías respecto a la funcionalidad de la pena y la agravante de la reincidencia como herramienta de prevención de delitos y postura en nuestro ordenamiento, se tratará en detalle en el siguiente capítulo, por lo que dejaremos en suspenso la observación de esta teoría hasta dicho momento.

## **II.- RECONOCIMIENTO EN CHILE DE LOS FUNDAMENTOS DE LA AGRAVACION**

Ciertamente, como se ha recalcado, el fundamento de la reincidencia y su naturaleza son cuestiones tremendamente controvertidas, por lo que existe una grave falta de orientación doctrinaria y jurisprudencial en torno a ella. Tal como lo ha indicado el autor KUNSEMULLER “*la jurisprudencia nacional no se ha ocupado, con mayor profundidad, del instituto de la reincidencia, en lo tocante a su posible fundamentación, siendo escasos los pronunciamientos sobre este punto*”<sup>149</sup>

Sin embargo, a pesar de esta dificultad, durante esta investigación ha sido posible encontrar algunos tenues pronunciamientos de nuestra doctrina y jurisprudencia, los cuales según se verá, acogen aquellos fundamentos de la reincidencia en relación a la **Teoría de la mayor peligrosidad del reincidente** y a la **Teoría de la eficacia relativa de la primera pena impuesta**. En concreto, parte importante de la doctrina acoge la primera teoría, mientras que la jurisprudencia mayoritaria ha manifestado claros acercamientos a la segunda.

Partiendo con la doctrina chilena, GARRIDO MONTT, ha sostenido que “*se impone una sanción más severa al reincidente por cuanto evidencia mayor peligrosidad. Se llega a afirmar que esta agravante es una contrapartida de la atenuante que consiste en tener una*

---

<sup>149</sup> KUNSEMULLER Op Cit 29p.

*conducta anterior irreprochable*”<sup>150</sup>. Por tanto, el merecimiento de una pena mayor viene dado por una calidad especial del delincuente, esta es, ser más peligroso que el delincuente primario (como ya se ha estudiado). En este mismo sentido, el profesor GUZMÁN DÁLBORA sostiene “*que el nuevo delito que comete el que antes delinquirió, no muestra un aumento de la antijuridicidad de la fechoría, tampoco existiría un aumento de la culpabilidad, salvo que el juicio se retrotraiga a lo que la persona es, es decir, no a lo que esta hizo, sino a la forma en que organizó su vida*”<sup>151</sup>.

Esta última opinión en orden a que la reincidencia castiga un modo de ser del autor, como luego se analizará en profundidad, no ha estado exenta de críticas, por que se ha estimado que “*no se ve fundamentación precisa para su existencia como agravante, ya que generalmente se funda en el desprecio permanente en contra de los bienes jurídicos por parte del sujeto, lo que no puede implicar ni mayor responsabilidad, ya que se funda en un rasgo permanente, ni mayor injusto. La nota de permanencia que implica necesariamente la reincidencia lleva o a tipos de autor o bien a un derecho penal por el carácter (la propia ley parece darse cuenta de ello, pues reza ser reincidentes)*”<sup>152</sup>. Además, los autores nacionales POLITOFF, MATUS y RAMIREZ han advertido en este mismo orden de ideas que “*lamentablemente, nuestro ordenamiento legal se aparta en ciertas ocasiones de las limitaciones a la culpabilidad y establece penas o consecuencias penales en función de la peligrosidad del condenado. Así, hasta hace poco se castigaba penalmente la vagancia y todavía hoy la reincidencia juega un importante papel en la determinación de las penas*”<sup>153</sup>

Apartándose de esta teoría, y acercándose a la que ha acuñado la jurisprudencia nacional, MUÑOZ CONDE defiende la teoría de la ineficacia relativa de la primera pena señalando que “*en nuestra legislación el fundamento que respalda la reincidencia es el mismo que consideraban los clásicos: si un individuo sufrió un castigo por haber cometido un delito y*

---

<sup>150</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 208p.

<sup>151</sup> GUZMÁN DÁLBORA José Luis en KUNSEMULLER Op Cit 21p.

<sup>152</sup> BUSTOS Juan, “*Lecciones de Derecho Penal*”, Volumen II, 1º Edición, Editorial Trotta, Madrid, 1999, 412p.

<sup>153</sup> POLITOFF Sergio, MATUS Jean Pierre, RAMIREZ María Cecilia Op Cit. 171p

*con posterioridad vuelve a delinquir, quiere decir que la pena no fue lo suficientemente drástica para enmendarlo”*<sup>154</sup>.

En consecuencia, si bien los autores han recogido una u otra teoría, lo cierto es que ninguna ha sido suficiente para sustentar la permanencia de esta agravante o la procedencia de su aplicación práctica, el mismo argumento sostiene el profesor LABATUT para el cual “*el fundamento de esta circunstancia es lo no aceptado, se ha sostenido que podría atentar al principio de igualdad ante la ley, toda vez que a iguales hechos se impondrían sanciones distintas, por la sola circunstancia de que una persona ha cometido delitos con anterioridad, o sea se toman en cuenta antecedentes ajenos a los que motivan la sanción y sin atinencia con la culpabilidad”*<sup>155</sup>

Habiendo ya revisado la situación doctrinal (por confusa que sea esta) analizaremos el criterio de nuestros Tribunales Superiores, que permitan formarnos una posición respecto a que fundamento atribuye nuestro sistema penal a la imposición de la agravante de la reincidencia. Anticipando la respuesta, veremos que, dentro de las tesis ya estudiadas, y tomando caminos opuestos a la doctrina, la jurisprudencia apoya mayormente a la **Teoría de la eficacia relativa de la primera pena** y de manera muy ligera al fundamento basado en la **Teoría de la necesidad de prevención especial o general** de delitos o como herramienta de política-criminal.

Desde un punto de visto histórico, ya desde la creación de nuestro Código Penal el año 1871 y dentro de las primeras discusiones respecto a la inclusión de una agravante por reincidencia, se exhibe una clara tendencia hacia la *Teoría de la eficacia relativa de la primera pena*. Según consta en las actas de la comisión redactora de nuestro Código, el 21 de Mayo de dicho año y previo debate de los señores ALTAMIRANO, GANDARILLAS Y RENGIFO, se aprueba “*el número 17 del artículo 12 en los términos siguientes “Haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a los que la ley señale igual o mayor pena”. Sin discusión fue aprobado el numeral 18 “Ser reincidente en delitos de la misma especie”. La actual figura de la reincidencia ficta del número 14 del artículo 12 no existía*

---

<sup>154</sup> MUÑOZ CONDE en GARRIDO MONTT Op Cit 207p.

<sup>155</sup> LABATUT en GARRIDO MONTT Op Cit 207p.

*en el Código Hispano que sirvió de modelo principal al nuestro. Este factor de agravación es original del texto nacional, y su incorporación fue aprobada en la sesión 138 a indicación del señor Fabres con ocasión de estudiarse el texto definitivo del actual artículo 91 del Código*<sup>156</sup>. Según se indica en estas mismas actas, y ha sido relatado por Alejandro FUENZALIDA (quien ha hecho un acabado estudio respecto a la creación de nuestro código) los comisionados Gandarillas y Fabres basaron su opinión favorable a legislar sobre esta agravante *“en la “mala fama” del reo y de esto deduce que el ánimo de la Comisión habría sido establecer la reincidencia como circunstancia agravante a título de reacción o contrapartida por la incorporación de la irreprochable conducta anterior del sujeto, como circunstancia atenuante*”<sup>157</sup>.

En opinión de los comisionados *“si el Código atenúa la pena de los delincuentes que han observado una conducta irreprochable, la lógica obligaba a establecer una agravación para los de conducta viciosa. El legislador atendiendo a que no tiene una medida exacta para penar los delitos, puede i debe aumentar la pena de los delincuentes que estando cumpliendo una condena o que después de haberla quebrantado delinquen de nuevo e igualmente la de los culpables que habiendo sido castigados anteriormente cometen otra vez un delito de igual o distinta especie; porque esta conducta hace presumir que para ellos las penas comunes no han sido eficaces ni proporcionadas a su inmoral obstinación.[sic]”*<sup>158</sup>. Así, se aumenta la pena por la presunción que existe de que al reincidente la pena común no es suficiente para detener su impulso delictivo.

Además de este importante antecedente, en fallo de nuestra Excelentísima Corte Suprema del año 2007, los redactores Alberto CHIGNEAU y Hugo DOLMETSCH conociendo un recurso de Nulidad que pretendía desconocer la aplicación de la agravante existiendo los presupuestos para ella, señalan en su considerando octavo que *“la institución recurrente, basada en la doctrina imperante sobre la materia, manifiesta en relación con los fundamentos pertinentes de la sentencia, que la aplicación de la agravante en cuestión no significa vulneración de los principios de culpabilidad, legalidad y non bis in ídem, puesto*

---

<sup>156</sup> Actas de sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, p. 497.

<sup>157</sup> FUENZALIDA Alejandro, *“Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno”*, Lima, Imprenta Comercial, 1883, p. 108.

<sup>158</sup> ÍDEM 109P.



*que no se castiga la manera de ser del autor sino que se sanciona un hecho nuevo que es volver a cometer delitos similares a aquel por el cual ya había sido condenado y había cumplido pena. El fundamento de la agravación está en un hacer, esto es, en la comisión del delito reiterado de ilícitos similares”<sup>159</sup> rechazando así todo fundamento basado en la personalidad del delincuente o en el segundo delito cometido por el reincidente. Luego, toma exactamente el mismo argumento que tuvieron los redactores del Código penal hace más de un siglo atrás reiterando que la agravante de la reincidencia “surge como contrapartida a la atenuante de irreprochable conducta anterior”<sup>160</sup>.*

Dándonos una luz respecto al fundamento que nuestro máximo tribunal atribuye a esta agravante, indica en el mismo fallo en su considerando noveno que “*su fundamento es entonces la peligrosidad que se manifiesta en el sujeto, que no obstante haber satisfecho una condena, vuelve a cometer otro delito, demostrando que la pena impuesta no ha sido suficiente para impedir que cometa nuevos ilícitos, por ello, la sanción penal del actual delito se ve agravada para evitar la habitualidad y profesionalidad que imperan en el campo delictual*”<sup>161</sup>, siguiendo del todo los presupuestos de CARARRA ya ampliamente analizados.

La misma tesis ha sido también recogida ampliamente por Cortes de Apelaciones, en especial, la Corte de Apelaciones de San Miguel en sentencia del año 1998 advierte que “*el fundamento clásico de la reincidencia, como agravante de la responsabilidad penal, ha sido la circunstancia de que el cumplimiento del encierro derivado de la condena penal – “la experiencia de la cárcel”- no ha sido eficaz para disuadir al penado de incurrir en nuevo delito, hecho éste, que refleja su desprecio por la primera pena que se le aplicó*”<sup>162</sup>. En fallo diverso agrega que “*la única razón aceptable para aumentar la pena al reincidente, consiste en la insuficiencia relativa de la pena ordinaria o castigo efectivamente sufrido en prisión por el reo con anterioridad. Cree en efecto -como ya señalara Carrara en su programa de Derecho Criminal- que cuando un condenado después de haber experimentado un sufrimiento efectivo, vuelve a delinquir, da una señal*

---

<sup>159</sup> Fallo Excelentísima Corte Suprema, Rol 6618-2006

<sup>160</sup> IDEM

<sup>161</sup> IDEM

<sup>162</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, 02.01.1998, Gaceta Jurídica No. 211, 152p.

*manifiesta de que desprecia ese sufrimiento y que para él no es pena suficiente esa suma de penas. El mismo autor, sobre este punto relativo a la reincidencia, añade: Se presume la insuficiencia relativa de la fuerza física objetiva de la pena, a causa de la insensibilidad que ante el mal padecido demuestra el delincuente. Por lo tanto, a causa de la naturaleza de ese individuo, excepcionalmente más insensible, hay que aumentar el castigo si se quiere esperar razonadamente un efecto útil”<sup>163</sup>.*

Parece quedar muy clara la tendencia nacional acerca del fundamento de la agravación por reincidencia, sin embargo, así como son constantes los fallos que mantienen la teoría de la insuficiencia de la primera pena, son bastantes aquellos que ponen de manifiesto la exigencia para su aplicación del **cumplimiento efectivo de la pena impuesta**. Así por ejemplo, en fallo de la Corte Suprema del año 1997 se indica que *“en cuanto al fundamento de la reincidencia, la escuela clásica plantea que el nuevo delinquiramiento, pese al castigo sufrido, demuestra que la sanción no era suficientemente severa como para disuadir al agente de cometer otros delitos; y aunque para los positivistas lo verdaderamente importante es la peligrosidad que ha de procurarse contener o evitar, y no la reincidencia misma, es lo cierto que este punto de vista parte de la base de que la pena se haya cumplido en el caso del reincidente”<sup>164</sup>*. Igualmente, en fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, aparece como requisito esencial para justificar la existencia de la reincidencia el que *“debe haber tenido el condenado “la experiencia de la cárcel” desde que el fundamento de la agravación de la responsabilidad penal se sitúa en el hecho de que el cumplimiento del encierro derivado de la condena criminal no ha sido eficaz para disuadir al penado de incurrir en nuevo delito”<sup>165</sup>*.

Es exactamente este último fallo citado el que demuestra la mayor debilidad de la aceptación de esta teoría. Dicho fallo, cuestiona la subsistencia de la agravante si no se exige el cumplimiento efectivo de la pena, estableciendo que *“entra en directa contradicción con la interpretación dominante la propuesta del proyecto de ley sobre*

---

<sup>163</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Fallo Causa Rol N° 60305-2001 en Gaceta Jurídica N° 293, 2004, 176p.

<sup>164</sup> Excelentísima Corte Suprema, Fallo causa Rol N° 2345-1997, de 28 de agosto de 1997.

<sup>165</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Fallo Causa Rol N° 6653-1988, Gaceta Jurídica 196, 146p.

*reincidencia, que estima suficiente la existencia de una sentencia condenatoria anterior ejecutoriada, prescindiendo del efectivo y real cumplimiento de la sanción. Si no se va a requerir “la experiencia de la pena”, como ha sido tradicional, ¿qué fundamento va a justificar la exasperación de la pena por la reincidencia? No figura entre las consideraciones del proyecto una tal fundamentación, salvo la que consiste en decir que con el criterio clásico se ha rechazado la reincidencia en los casos de concesión de medidas alternativas”<sup>166</sup>.*

Hoy por hoy, en virtud de la modificación hecha por la ley 20.253 del año 2008 sobre agenda corta anti-delinuencia, sabemos que no existe la exigencia del cumplimiento de la pena impuesta. Así las cosas, ¿continúa siendo justificada la agravación de la pena por reincidencia sin este requisito? ¿Qué fundamento ha de atribuírsele entonces si la insuficiencia de la primera pena no resulta aplicable?

Es posible que tales cuestionamientos sean los que acerquen lentamente a la jurisprudencia al fundamento de la prevención general o especial de delitos o su uso como herramienta de política-criminal. Al menos ya existe un pronunciamiento por parte de la Corte Suprema que da un cierto reconocimiento a esta señalando que “*cobra importancia fundamental la función de prevención general de las reacciones punitivas, la cual exige que las amenazas contenidas en las normas correspondientes se hagan efectivas en cualquier momento en que la persecución de los responsables se haga posible y aunque la prevención especial parezca ya satisfecha porque el transcurso del tiempo haya convertido a los infractores en ciudadanos inofensivos. La sociedad, en efecto, no toleraría que violaciones de tal magnitud queden definitivamente impunes, con el pretexto de que el castigo ya no puede resocializar al que no está más en condiciones de reincidir pues, no obstante ello, sí puede actuar reforzando para el futuro en los ciudadanos el respeto por los valores elementales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica (prevención general positiva) y disuadiendo a quienes se sientan inclinados a incurrir en hechos semejantes (prevención general negativa). Más aún cuando, “frente a la negación que el delito representa de los valores consagrados por una comunidad y a cuya preservación considera ésta ligada su razón de ser y su organización y acción política y jurídica, el derecho Penal*

---

<sup>166</sup> IDEM

*los reafirma mediante la reprobación y el reproche de los actos que los niegan, expresando y concretando tal reafirmación en su punición, es decir, denotando de manera simbólica con ella la permanencia, en la sociedad, de sus aspiraciones valorativas y sus ideales de vida” (Manuel de Rivacoba y Rivacoba: “La Retribución Penal, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago, Chile, año mil novecientos noventa y cinco, página 63)”<sup>167</sup>. Como se ha dicho anteriormente, la agravación por reincidencia como herramienta de política criminal para la prevención de delitos, será tratada en el próximo capítulo.*

Sin pretender ser majaderos, a pesar del espíritu que aparezca en la Jurisprudencia nacional para la aplicación de la agravante por reincidencia, lo cierto es que las últimas modificaciones realizadas a esta agravante sólo demuestran que la intención máxima del legislador es, justamente, agravar la pena con motivos de prevención de delitos, fundándose en una supuesta mayor peligrosidad del sujeto reincidente, y utilizándola como herramienta de política criminal, haciendo caso omiso a lo que la doctrina exhiba o justifique como justo o prudente en relación a su utilización. La respuesta institucional en torno a los cuestionamientos sobre su fundamentación ha sido, en definitiva, que la norma existe y se debe aplicar y su legitimación se encuentra sólo por el hecho de permanecer escrita en la ley, no teniendo mayor importancia los reparos dogmáticos.

---

<sup>167</sup> Excelentísima Corte Suprema. Fallo Causa Rol N° 3125-2004, de 13 de marzo de 2007.

## CAPITULO TERCERO

### DE LA AGRAVANTE DE LA REINCIDENCIA EN RELACIÓN A LAS TEORIAS DE LA FUNCION DE LA PENA

Habiendo estudiado la agravante en razón de su marco normativo y dogmático, en este capítulo nos concentraremos en detallar y caracterizar cada una de las funciones que le son asignadas a la pena según las distintas teorías vigentes. Luego, se enmarcará a la reincidencia dentro de estas funciones y se realizará un análisis crítico respecto a la relación y efectividad que debe existir entre la imposición de esta agravante y los objetivos que con ella se pretendan alcanzar según lo expuesto anteriormente.

#### I.- DE LA PENA

Etimológicamente, la palabra “*pena*” deriva del vocablo latino “*Poena*”, el cual tiene su origen en la voz griega “*poine*” lo que significa dolor, se relaciona además con la expresión “*ponos*” que quiere decir trabajo, fatiga o sufrimiento.

La definición del término “pena”, como se verá más adelante, dependerá de la función que se le asigne a ella, siendo como resultado muy difícil el encontrar tan solo un concepto por parte de la doctrina. Sin embargo, a pesar de esta dificultad, realizaremos una primera aproximación a algunas definiciones que han sido aportadas por distintos autores:

Para el profesor GARRIDO MONTT es *“una de las formas de reaccionar del Estado frente a la comisión de un delito, que consiste en causarle un mal a aquel que se sindicado como responsable (culpable) de un hecho típico. En otras palabras, pena es un mal que se impone a una persona sindicada como autora de un delito, sanción que ha sido dispuesta y determinada previamente por la ley”*<sup>168</sup>. Para BUSTOS RAMIREZ se concibe como *“la consecuencia necesaria al presupuesto de comportamiento establecido en la disposición penal: es la consecuencia de la comisión de un delito”*<sup>169</sup>. Para CARRARA asimismo corresponde a *“un mal que, de conformidad con la ley, el estado impone a quienes, con la forma debida, son reconocidos como culpables de un delito”*<sup>170</sup>

Como se desprende de las acepciones antes descritas, la doctrina mayoritaria se encuentra conteste en asemejar a la pena a un **mal que es impuesto por la ley y que se considera necesario para el bien social**. Esta necesidad de imponerla, dice relación con los objetivos que tendrá la comunidad social en un momento dado, siendo el derecho penal la forma de hacer cumplir estos, como ha señalado BACIGALUPO *“función del derecho penal y teorías de la pena tienen una estrecha relación: toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal”*<sup>171</sup>.

En este sentido, no se trata de castigar por castigar, el Estado debe imponerla y aplicarla sólo en el caso de ser esta imprescindible para cumplir tales objetivos, los cuales deben ser reconocidos por el derecho penal *“la pena, como se ha dicho, es un mal, y precisamente no solo para la persona que la sufre, sino también para el que la impone y para el que la hace cumplir. El que, a pesar de ello, sea justificada, se puede deducir solamente de la circunstancia de que tiende a evitar un mal mayor que el mal que la propia pena encierra en sí, con otras palabras, que represente un medio idóneo para alcanzar un fin más elevado. Este fin más elevado consiste en la conservación de la comunidad social humana y el fortalecimiento del ordenamiento jurídico indispensable para tal comunidad”*<sup>172</sup>

---

<sup>168</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 69p.

<sup>169</sup> BUSTOS RAMIREZ Op Cit 75p.

<sup>170</sup> CARRARA Francesco, *“Programa de Derecho Criminal”*, volumen 1, Bogotá, Editorial Temis, 62p.

<sup>171</sup> BACIGALUPO Op Cit 25p.

<sup>172</sup> MEZGER Edmund, *“Derecho Penal. Parte General”*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, 380p.

Así, en consecuencia, *“la pena se presenta como una triste necesidad a la cual hay que recurrir debido a que no se divisa otro medio igualmente efectivo para mantener el respeto al orden jurídico y la paz social. La pena se justifica en cuanto es necesaria para conservar una convivencia pacífica; desde que deja de cumplir ese objetivo se deslegitima y el Estado debe abstenerse de imponerla”*<sup>173</sup>

## **II.- DE LAS TEORÍAS DE LA FUNCIONALIDAD DE LA PENA**

Habiendo ya asignado un sentido a la pena, lo cierto es que estas nociones no logran explicar porque el Estado debe incurrir a disponerla y aplicarla. Se ha señalado por la doctrina que las teorías de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, sino a la pregunta ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena? o bien a la interrogante ¿cómo cumple la pena su función de tutela jurídica? Sobre el fundamento legitimador del derecho penal se ha debatido mucho y esta cuestión no es otra que la relativa a la **función que debe cumplir la pena**<sup>174</sup>. Respecto a esta función y objetivos de la pena, tampoco existe acuerdo. Pero, si es posible recapitular que las concepciones sobre este punto giran en torno a dos ideas matrices: la de justicia y la de utilidad: *“en el caso de la **justicia**, se impone la sanción para restaurar el equilibrio en el ordenamiento jurídico alterado por la comisión de un delito, se trata de compensar la culpabilidad del autor con un mal que la autoridad le causa, se impone pena para hacer justicia”*<sup>175</sup>. La idea de la **utilidad**, parte de un supuesto diferente: lo que se persigue es evitar en el futuro la comisión de nuevos delitos. La sanción no tiene una finalidad moralista, si no que de servicio, cumple una función político-criminal”<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 70p.

<sup>174</sup> JAEN VALLEJO Manuel, “Cuestiones básicas del derecho penal”, 3ª edición, Madrid, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Biblioteca de estudios penales de la Universidad Austral, 1992. 23p.

<sup>175</sup> CLAUS ROXIN en GARRIDO MONTT Op Cit 71p.

<sup>176</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 71p.

Por tanto, las teorías sobre la función de la pena pueden reducirse a: *punitur, quia peccatum est*, esto es, se castiga porque se ha pecado (**teorías absolutas**) y *punitur, ne peccetur*, es decir, se castiga para que no se incurra en nuevo pecado (**teorías relativas**)<sup>177</sup> y **teorías mixtas o de unión**.

### **i.- Teorías Absolutas**

Encuentran su fundamento en la filosofía KANTIANA y HEGELIANA. El ser humano, como ser libre y con capacidad de razonar, entiende los efectos de sus actos, siendo capaz de dirigir su voluntad en orden a realizar o abstenerse de realizar ciertas acciones por las consecuencias que de esta pueden derivarse. Al profesar el libre albedrío como principio filosófico, el “*ser humano es libre de abstenerse o no a los mandatos normativos; si voluntariamente los infringe, se hace responsable de esa violación*”<sup>178</sup>. En el caso del derecho penal, si se comete un delito, evidentemente, ha de cumplirse la sanción que se impone por esta violación.

Entonces, los adherentes de esta teoría centran su atención en el **porqué de la pena**, entendiendo a esta a razones de **Justicia** como “*la retribución por la comisión de un delito (punitur quia peccatum est) porque se ha delinquido, y se debe imponer por razones de justicia o de imperio del derecho*”<sup>179</sup>.

De otro modo, la imposición de la pena resulta aquella **medida equivalente al daño causado por el delito que ha de imponerse al culpable**, es un mecanismo de re-establecimiento de la justicia y seguridad que ha sido quebrantada por el autor. Se trata de “*un mal que se impone a aquel que, a su vez, causó otro mal: el delito. La sanción es estrictamente retributiva de la culpabilidad del delincuente*”<sup>180</sup>. La lesión del orden jurídico cometida libremente “*presupone un abuso de la libertad que es reprochable, y por lo tanto,*

---

<sup>177</sup> POLITOFF, MATUS y RAMIREZ Op Cit. 55p

<sup>178</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 72p.

<sup>179</sup> JAEN VALLEJO Op Cit 24p.

<sup>180</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 71p



*culpable. El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o la necesidad moral*<sup>181</sup>

Como notas comunes a las teorías absolutas se pueden destacar las siguientes:

- 1.- La pena debe ser equivalente al daño causado por el delito.
- 2.- En ningún caso la pena debe perseguir fines útiles de prevención del delito, pues de lo contrario se lesionaría la dignidad humana.
- 3.- La pena que corresponde al delito cometido tiene que ejecutarse siempre y en su totalidad, pues de lo contrario no se alcanzarían las exigencias irrenunciables de la justicia o el derecho

Como se ha dicho, el límite para la imposición de la pena es el grado de culpabilidad del autor, siendo este límite aquel que impide la arbitrariedad del Estado. Cualquier pena que sea aplicada excediendo estos límites será excesiva, ergo, injusta, no cumpliéndose los fines de la pena que se pretenden por esta teoría y no existiendo, por tanto, fundamento legítimo para su aplicación. Asimismo, toda pena que sea aplicada con fines distintos a los de la justicia o retribución del mal causado, por ejemplo, con fines preventivos, tampoco serán legítimos *“la pena es un fin, porque si se convirtiera en un medio para conseguir un bien, para el propio penado o para la sociedad, se trataría al hombre como un simple instrumento al servicio de ciertos fines, con menoscabo de la dignidad humana”*<sup>182</sup>

Dentro de esta misma teoría absoluta, junto con otras de menos relevancia histórica, podemos encontrar dos corrientes:

#### **a.- Teoría de la Expiación:**

---

<sup>181</sup> BACIGALUPO Op Cit 31p.

<sup>182</sup> KANT en JEAN VALLEJO Op Cit 24p.

Aquella en que la pena es la forma de redimirse de la culpa que afecta al autor del delito, como diría el autor español Heiko LESCH “*la pena como expiación moral supone una reconciliación del delincuente consigo mismo, con el ordenamiento quebrantado y con la comunidad*”<sup>183</sup>. Sin embargo, se agrega un requisito adicional: no es suficiente la expiación interna del que ha pecado “*no solo supone el libre arrepentimiento del culpable, sino que además este acto de constrictión sea aceptado por el grupo social como redención, esto es, como liberación de su culpa*”<sup>184</sup>, siendo la imposición de la pena por el legislador de manera previa la forma en que es aceptada por la comunidad.

A través de la pena, el delincuente obtiene la posibilidad de la expiación “*con la pena se “honra” al delincuente, reconociéndosele tal capacidad*”<sup>185</sup>

#### **b.- Teoría de la Retribución:**

Para el pensamiento retribucionista, el sentido de la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposición de una pena. De ahí que su postulado esencial sea que la pena es retribución del mal causado siendo su única justificación la realización de la justicia como valor ideal. La pena, por ello, tiene aquí un carácter absoluto, no sirve para nada más que no sea impetrar justicia, pues constituye un fin en sí misma y no reconoce finalidades de prevención. La pena debe fundamentarse en las exigencias que la ley penal impone al delincuente. El delito es un mal, y si no se castiga con otro mal, sería una injusticia.

*“Parte de dos postulados básicos: en primer lugar, se afirma que la pena no debe garantizar el estado real de la sociedad, sino la realización de la justicia entendida como necesidad moral o como imperio del derecho. Y en segundo lugar, la pena no*

---

<sup>183</sup> LESCH en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 130p.

<sup>184</sup> IDEM

<sup>185</sup> HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, “*Grundlinien der Philosophie des Rechts*”, 3a edición, Alemania, Editorial Stuttgart, 156p

*puede servirse del individuo como medio para fomentar el bien de los demás*<sup>186</sup>. Por otra parte, se plantea que la idea de la retribución descansa sobre tres presupuestos inmanentes “*el primero consiste en que la facultad del Estado para, mediante la pena, dar al culpable su merecido, solo se justifica plenamente si se reconoce la superioridad moral de la comunidad frente al delincuente. El segundo consiste en la existencia de una culpabilidad que puede ser medida según su gravedad, y el tercero, en que la retribución presupone que en el terreno de los principios se puede armonizar de tal manera el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena, que la sentencia puede ser considerada justa por el autor y por la colectividad*”<sup>187</sup>

Los postulados de estas teorías absolutas de la pena, han servido de base para el desarrollo de los llamados “límites al Ius Puniendi”, especialmente en lo relativo a la culpabilidad, materia que será abordada en un próximo capítulo de esta tesis.

## **ii.- Teorías Relativas**

Esta proposición encuentra su fundamento en la idea de justicia basada en la **utilidad**: el castigo se impone para que no se vuelva a delinquir. La pena es utilizada como un instrumento para conseguir la paz social evitando la comisión de nuevos delitos en el futuro “*la pena es un medio para luchar contra el delito e impedir que se prolifere*”<sup>188</sup>,

Entonces, esta se centra en el **para que de la pena**: “*la pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención. Estas teorías, pues, miran al futuro: la pena se utiliza como instrumento de lucha contra el delito con el fin de evitar conductas que lesionen los bienes jurídicos básicos en los que la comunidad se sustenta y que son necesarios para su*

---

<sup>186</sup> JAKOBS en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 131p.

<sup>187</sup> JESCHECK Hans Heinrich, “*Tratado de Derecho Penal*”, Editorial Bosch, Cuarta edición, Barcelona, 58p.

<sup>188</sup> CURY Op Cit 36p

pervivencia<sup>189</sup>”. “La pena no se impone retrospectivamente en razón del delito cometido en el pasado, ya que no cabe deshacer lo mal hecho, si no de una forma prospectiva en razón del futuro, para que no se cometan más delitos. Este punto de vista, parte de asignar al derecho penal una función social, caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger intereses sociales reconocidos por el derecho positivo”<sup>190</sup>

En este contexto, la función esencial de la pena consiste en la evitación de futuros delitos, de manera tal que tanto la justificación de la pena, como su medida o límite máximo, se configuran de un modo relativo, esto es, “considerando exclusivamente la contribución de la pena a la prevención del delito y con ella a la protección del orden social”<sup>191</sup>

A diferencia de las teorías absolutas, “la pena no se justifica como mero castigo del mal o como pura respuesta retributiva frente al delito cometido, si no como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. Se les denomina relativas porque la pena solo se legitima si tiende al logro de un fin, no absoluto sino relativo, cambiante y circunstancial, como lo es el fin útil de la prevención del delito”<sup>192</sup>, por tanto, la imposición de la pena será legítima y eficaz en cuanto sea útil para impedir la comisión de nuevos delitos.

Asimismo, existen diversas formulaciones en torno a esta teoría, desarrollándose otras subramas de la misma según la forma en que se logrará el fin de prevenir mediante la pena, a saber:

- 1.- **Intimidando** a la generalidad al objeto de inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, lo que se conoce como Prevención General negativa
- 2.- **Ejercitando** el reconocimiento de la norma, según la Prevención General Positiva
- 3.- **Resocializando** al delincuente, según la denominada Prevención Especial Positiva
- 4.- **Asegurando** a la sociedad frente a los delincuentes, según la Prevención Especial Negativa.

---

<sup>189</sup> JAEN VALLEJO Op Cit 27p

<sup>190</sup> LESCH en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 142p.

<sup>191</sup> BACIGALUPO Op Cit 7p.

<sup>192</sup> JAEN VALLEJO Op Cit 28p

A continuación se desarrollarán las teorías de la Prevención General y Especial:

a) **Teoría de la Prevención General:**

La prevención general es aquella actuación pedagógico-social sobre la colectividad. Aunque la pena estatal sea una medida frente al individuo, tiene un amplísima significación: *“la pena actúa y debe actuar sobre la comunidad jurídica y sobre la conciencia de la colectividad “intimidando” y por consiguiente, previniendo el delito. Al mismo tiempo, debe servir para “educar” la conciencia de la colectividad hacia sentimientos más humanos, esto es, contrarios a la comisión del delito”*<sup>193</sup>

Cuando el derecho penal se desplaza desde el delincuente concreto hacia la sociedad en general, se habla de prevención general. Dicha prevención del delito, como bien se señaló anteriormente, puede darse de dos formas: sea a través de la **integración** mediante la *Prevención General Positiva*, o sea a través de la **intimidación** o *Prevención General negativa*. Mientras que la primera se dirige a la colectividad como conjunto de potenciales víctimas, la segunda contempla a la sociedad como un conjunto de delincuentes en potencia, siendo esta última la de mayor aceptación y utilización en la práctica.

a.1) **Prevención General Positiva:**

Se concibe al Derecho Penal como un instrumento para el mantenimiento del orden social. BACIGALUPO afirma que la función asignada a la pena es la de *“ratificar las normas que han sido vulneradas, reforzando de este modo la confianza general en las norma”*<sup>194</sup>. La aplicación de la pena, será por tanto, garantía a la sociedad de que la norma se encuentra vigente de modo irrenunciable, de manera tal que a quien cometa infracción a ella, necesariamente se le aplicará esta a modo de mantener los fines de la colectividad *“el orden social se configura así como un modelo de*

---

<sup>193</sup> MEZGER Edmund, *“Derecho Penal. Parte General”*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, 371p.

<sup>194</sup> BACIGALUPO Op Cit 18p.

*orientación para los contactos sociales, de forma tal que los hombres puedan siempre esperar, en su relación con los demás hombres, que las normas vigentes serán respetadas”*<sup>195</sup>

Su mayor adherente es el autor Gunther JAKOBS, quien, en virtud de esta teoría, asignará a la pena la función esencial de “*mantener la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. La función de la pena es la protección de las condiciones de interacción social, teniendo así una finalidad preventiva*”<sup>196</sup>. Para el mismo autor, esta protección se realiza mediante tres efectos principales:

- Ejercitando en la confianza hacia la norma, pues la pena reafirma al que confía en la norma.
- Ejercitando en la fidelidad al derecho, pues la pena grava el comportamiento del infractor, aumentando la posibilidad de que ese comportamiento sea una alternativa a no tener en cuenta.
- Ejercitando en la aceptación de las consecuencias, pues mediante la pena se aprende la conexión entre el comportamiento y el deber de asumir sus costos.

En este mismo sentido, el autor Claus ROXIN también señala tres efectos principales: “*en primer lugar, el efecto del **aprendizaje** que el derecho penal obtiene haciendo presente las reglas sociales básicas cuya violación ya no puede tolerarse. En segundo lugar, el efecto de **confianza** que se logra si el ciudadano ve que el Derecho se impone. Y, en tercer lugar, el efecto de **pacificación** que se produce si un quebranto criminal de la ley se resuelve por medio de una intervención estatal reestableciéndose la paz jurídica*”<sup>197</sup>

### **a.2) Prevención General Negativa:**

Se concibe a la pena como una herramienta de **intimidación** mediante la **amenaza** que esta pena funda a los potenciales autores de hechos delictivos “*la pena se concibe*

---

<sup>195</sup> JAKOBS en AGUDO FERNÁNDEZ Op cit 145p.

<sup>196</sup> ÍDEM

<sup>197</sup> ROXIN Claus, “*Fundamentos político Criminales del Derecho Penal*”, 1ª Edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 103p.

*como una amenaza dirigida al ciudadano para que se inhiba de cometer delitos*<sup>198</sup>. Quienes defienden esta teoría, consideran que la pena lleva a cabo una función utilitarista dirigida a aquellas personas que no han delinquido, y que se abstienen de hacerlo, precisamente porque reciben esa intimidación o amenaza de castigo.

Uno de los representantes de esta tendencia es Paul Johann Anselm VON FEUERBACH el que calificó a la pena como aquel medio de impresionar a los miembros de la sociedad para que se abstengan de incurrir en actos ilícitos. En su opinión *“el impulso hacia la acción delictiva solo puede ser neutralizado cuando el ciudadano sabe con certeza que a la infracción le sigue un mal mayor que el potencial beneficio del hecho”*<sup>199</sup>, mediante el miedo a las consecuencias ocasionadas por el delito, se previene la criminalidad.

Es deber del Estado, a través del Derecho Penal, prevenir los hechos delictivos, y la forma de hacerlo, además de las coacciones físicas incluidas en la sanción penal, es la **coacción psicológica** de amenaza contra quien infrinja el derecho. El castigo sirve para intimidar psicológicamente a la comunidad en general *“opera en dos niveles: a través de la ejecución ejemplarizadora de la pena y a través de la amenaza existente en la conminación penal abstracta”*<sup>200</sup>. Así las cosas, mientras mayor temor implante la pena, mayor intimidación generará y más efectiva será para los fines preventivos.

#### **b) Teoría de la Prevención Especial:**

El fundamento de esta teoría es que la pena debe actuar **sobre el delincuente** para que este enmiende su conducta hacia el futuro o le impida volver a delinquir. La función de la pena será igualmente la prevención del delito, pero dirigida al autor y no a la colectividad, mediante la actuación corporal, anímica o psíquica del individuo culpable.

---

<sup>198</sup> JEAN VALLEJO Op Cit 36p.

<sup>199</sup> FEUERBACH en GARRIDO MONTT Op Cit 74p.

<sup>200</sup> WELZEL Hans, *“Derecho Penal Alemán. Parte General”*, 11ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 285p.

### **b.1) Prevención Especial Positiva:**

Se centra en la resocialización del delincuente, que se define como la recuperación del individuo para la sociedad. La concepción **resocializadora** de las prisiones que se ha extendido en las distintas legislaciones, especialmente por el profesor Claus ROXIN, es para este, muy por sobre el pensamiento preventivo-general, la forma más efectiva de erradicar el delito *“El fin de ayudar al autor a lograr una vida futura sin delitos, es conceptualmente, el más constructivo de los medios de tratamiento de la criminalidad. La resocialización ayuda al autor en la reintegración social e incrementa sus chances de vida, pero ayuda también a la generalidad: porque un autor que no reincide ya no representa un riesgo para la seguridad”*<sup>201</sup>.

Generalmente, los ideales de resocialización son relacionados a los conceptos de reemplazo de las penas privativas de libertad, por otro tipo de mecanismos o medidas de seguridad que permitan una verdadera adaptación social del delincuente y un menor peligro a su reincidencia *“la pena privativa de libertad está relacionada con muchas circunstancias concomitantes que son hostiles a la resocialización: con el aislamiento de la sociedad que perjudica la ejercitación social en el aprendizaje, con la frecuente destrucción de la personalidad, sobre todo con los vínculos familiares, con el peligro de contagio de hábitos criminales y con la merma del nivel social frente a los ojos del público”*<sup>202</sup> Según esta teoría, el Derecho Penal debe actuar sobre sujetos peligrosos para que no vuelvan a delinquir, con lo que la pena adquiere **carácter de tratamiento.**

### **b.2) Prevención Especial Negativa:**

Plantean que el hombre *“no es un ser libre, sino que está sujeto a determinaciones por razones biológicas o sociales. De ahí que ni la retribución ni la prevención*

---

<sup>201</sup> ROXIN Op Cit 98p.

<sup>202</sup> IDEM



*general sean adecuadas ni suficientes. El delincuente no sopesa los costes por que no tiene capacidad para hacerlo, se trata de personas peligrosas o con características peculiares de los cuales la sociedad tiene que defenderse. Para ello, es necesario indagar las causas, sobre todo las sociales, ya que estas son más modificables por el legislador, y eliminar estas causas si es posible, o atenuarlas mediante una red de medidas consistentes en reformas prácticas de orden educativo, familiar, económico, administrativo, político y jurídico*<sup>203</sup>. El supuesto de la prevención especial surgió con la idea de humanización sobre el autor del delito “*la pena estaba destinada a educar al sujeto que había cometido un delito para evitar que volviera a delinquir, frente a la pena retributiva, colocó la pena tutelar*”<sup>204</sup>, al referirse al sujeto que ha delinquido, pretendiendo que la pena sirva para evitar la reincidencia; evidentemente, la prevención especial no puede operar, como la general, en el momento de conminación legal, sino en el de la ejecución de la pena<sup>205</sup>

Para su mayor exponente, Franz VON LISZT, “*la pena es **coacción**, la coacción en que la pena consiste puede tener una naturaleza indirecta o psicológica (lo que se logra mediante la **corrección** o la **intimidación**), o directa y física (lo que sucede a través de la **inocuidación**). Estos efectos son por medio de los cuales se consigue la protección de bienes jurídicos, y cada una de estas tres formas corresponde a una categoría de delincuente, por tanto, la pena no se dirige contra el delito, sino contra los delincuentes*”<sup>206</sup>. Se dice entonces, en relación a la antropología criminal alzada por los autores Lombroso y Ferri, que en la protección de los bienes jurídicos, la pena debía servir de:

- a) Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección.
- b) Intimidación del delincuente que no requiere corrección.
- c) Inocuidación del delincuente que carece de capacidad de corrección<sup>207</sup>

---

<sup>203</sup> BUSTOS RAMIREZ Juan, “*Introducción al Derecho Penal*”, 3ª Edición, Colombia Editorial Temis, 48p.

<sup>204</sup> V.LISZT en GARRIDO MONTT Op Cit 75p.

<sup>205</sup> JEAN VALLEJO Op Cit 29p

<sup>206</sup> VON LISZT Franz, “*La idea de fin en Derecho Penal*”, 1ª Edición, Berlín, Editorial Monografías Jurídicas, 78p.

<sup>207</sup> BACIGALUPO Op Cit 34p.

## **ii.- Teorías Mixtas o Unitarias:**

Las teorías mixtas o de la unión intentan ofrecer una explicación sobre la función de la pena, combinando los principios de las teorías absolutas y relativas en una misma teoría. Estas entienden que la pena es un fenómeno complejo donde la retribución, la prevención general y la prevención especial sólo son distintos aspectos de éste, siendo la función del Derecho Penal la protección social.

Sin ser interés de esta tesis el detallar cada de una de estas premisas, a modo simplificado, sólo se señalarán las posturas acogidas por los autores modernos. En primer lugar, se encuentran quienes creen que la protección de la sociedad debe realizarse a través de la retribución, y los fines de prevención sólo juegan un papel complementario en la determinación de la pena. En segundo lugar, se encuentran quienes sostienen que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y la retribución opera únicamente como límite máximo de las exigencias de la prevención, con el fin de impedir que se imponga una pena superior a la merecida por el hecho. Las dos posiciones antes mencionadas, crearon la posibilidad de unificarlas *“la pena tiene estos dos extremos: es retributiva, y al mismo tiempo, utilitarista. La pena es retribución de la culpabilidad y prevención del delito al mismo tiempo. Luego, la pena será legítima en la medida que sea, a la vez, justa y útil”*<sup>208</sup> Asimismo, para el profesor ETCHEBERRY *“la pena tiene un carácter unitario, pero sus fines se concretan en instantes jurídico penales distintos, siempre la culpabilidad aparece como principio regulador”*<sup>209</sup>. Para CARRARA consideraba que el fin de la pena era el *“restablecimiento del orden externo de la sociedad; se trataría de reparar el daño moral provocado por el delito con la pena, lo que lleva implícitos los resultados de corrección para el sentenciado y de prevención para los inclinados al delito”*<sup>210</sup>

Mención especial merece la teoría dialéctica del autor ROXIN, en cuanto este realiza un comprensible esquema de la aplicación práctica de las teorías antes explicadas en todos y

---

<sup>208</sup> JAEN VALLEJO Op Cit 39p

<sup>209</sup> ETCHEBERRY en GARRIDO MONTT Op Cit 79p.

<sup>210</sup> CARRARA Francesco, *“Programa de Derecho Penal”*, 11ª edición, Buenos Aires, Editorial Temis, 615p.

cada una de las sendas de la ejecución penal, reconoce que la *“pena tiene una diversidad de objetivos, pero que cada uno de ellos se concreta en momentos distintos. En la ley, al establecerla, el legislador cumple una función preventiva general porque advierte a la sociedad sobre la prohibición del comportamiento que describe; en el momento de la imposición de la pena por el tribunal a una persona determinada, se realiza una función retributiva, de justicia, ocasión en que se tomará en cuenta su culpabilidad, pues los fines perseguidos por la prevención general no pueden exceder al grado de culpabilidad del condenado. El tercer estadio es el de la ejecución de la pena, donde se realizan los objetivos de reeducación del sentenciado, dirigidos a evitar que vuelva a delinquir, reinsertándolo socialmente en el ámbito familiar, laboral y participativo”*<sup>211</sup>

Estas teorías también han sido unificadas en relación a los objetivos específicos que cada Estado procure mediante la ejecución de una política-criminal determinada *“mantener la paz social, facilitar la convivencia pacífica; para lograrlo le es imperativo que respete la normativa que dicta para proteger intereses jurídicos calificados como valiosos para la sociedad; el medio extremo que tiene para lograrlo es la sanción penal. La pena es una necesidad, no hay otro recurso para suplirla, y más que retribución o prevención, es un recurso de política-criminal, cuyos parámetros serán determinados por los objetivos de esa política”*<sup>212</sup>.

### **III.- DE LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA EN CHILE Y SU RELACIÓN CON LA FUNCIÓN ASIGNADA A LA PENA POR LA POLÍTICA CRIMINAL**

Una vez conocidas las teorías mayoritarias que se han alzado sobre la funcionalidad de la pena y previo a analizar los efectos que la agravación por reincidencia produce en dichos fines, es importante primero detenernos respecto a cuál de las teorías antes estudiadas, es la que recibe aplicación práctica y normativa en nuestra legislación nacional.

---

<sup>211</sup> ROXIN Claus, *“Problemas básicos de Derecho Penal”* 8ª Edición, Madrid, Editorial Reus, 20p.

<sup>212</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 77p

## 1.- Función de la pena en la legislación Chilena

Como muchos otros aspectos en materia legislativa, no es posible solucionar cuál es la función de la pena que nuestra legislación penal le atribuye a su imposición. En efecto, ni la doctrina ni la jurisprudencia han tenido criterios uniformes al respecto, lo que, incluso, parece acercar a nuestro país a los fundamentos de las teorías mixtas o unitarias en las que la pena se impone con motivos de justicia, pero además prestando utilidad a la prevención del delito. Sin embargo, y a aún a pesar de tal falta de uniformidad, existen algunos antecedentes que pueden acercarnos tanto a criterios de teorías absolutas como a teorías relativas de la pena, fundándose tal acercamiento según lo siguiente:

### **i.- Orientación hacia las Teorías Absolutas de la pena:**

Quienes sostienen dicha argumentación, se basan en los criterios que inspiraron la creación de nuestro Código Penal, en lo relativo a la determinación de la pena. En efecto, si consideramos los ideales perseguidos por la comisión redactora del Código, nos encontramos con que estos seguían claramente los postulados de la denominada *Escuela Clásica* que profesaba la funcionalidad de la pena en relación al sentido de libertad del hombre y la justicia que debía conseguirse con su sanción, conceptos que claramente pueden circunscribirse en teorías absolutas de la pena. En este mismo sentido, uno de los grandes inspiradores de esta comisión, y por tanto de nuestro Código, fue don Joaquín Francisco PACHECHO, quien se mantenía inclinado a la tesis retributiva de la pena *“los seres morales, inteligentes y libres, conociendo la regla que le es impuesta, gozan de libertad para seguirla o quebrantarla, cuando la infringen y faltan a ella, es necesario que venga enseguida el restablecimiento del orden y la reparación. Y la idea que se sigue*

*naturalmente, la que la explica completa, no es otra que la idea del sufrimiento, la expiación, la idea del castigo*”<sup>213</sup>.

Continuando con esta figura de retribución como base del castigo, el mecanismo de determinación de las penas siguió consecuentemente una ideología liberal en la que el delincuente, según su naturaleza, tiene la capacidad de elegir libremente los actos que realiza, y optando por el camino del delito, le es reprochable esta conducta a través de la determinación de una pena justa equivalente al daño cometido, teniendo esto como consecuencia una forma de imposición sumamente restringida con muy poco margen para el arbitrio judicial. Así, el profesor ETCHEBERRY señala como característica del sistema chileno la de ser un “*sistema rígido de determinación de penas con una serie de reglas minuciosas que convierte la aplicación de las penas en una operación casi mecánica*” y para el profesor NOVOA “*la determinación de la pena aplicable a un determinado delincuente se transforma en un cálculo regido por normas legales obligatorias*”<sup>214</sup>

Se consagra así la sanción del delito según sea la intensidad del injusto, lo que dependerá de la lesión al bien jurídico protegido, debiendo imponer esta sanción el tribunal no excediendo los límites de la reprochabilidad del agente o su culpabilidad. Se convierten en límites a la función punitiva del Estado, y por tanto importantes manifestaciones de las tesis absolutas de la pena, el principio de la **Culpabilidad** y la **Proporcionalidad** de la sanción penal, que tienen además acogida constitucional y legal.

Además de la doctrina, la **jurisprudencia** ha acogido expresiones tales como “*castigo proporcional*”, “*razones de justicia*”, “*pena proporcionalmente retributiva al ilícito cometido*”, que pueden ser interpretadas como consignas de funcionalidad de la pena bajo teorías absolutas de carácter compensatorio y expiatorio<sup>215</sup>. En efecto, el Tribunal Constitucional, conociendo un requerimiento de inaplicabilidad bajo el Rol 1698-2004 señala que “*en circunstancias que darle a cada uno lo suyo -reconocerlo en sus particularidades- es la definición de justicia y sustento de nuestro régimen constitucional;*

---

<sup>213</sup> PACHECO Joaquín Francisco, “*Estudios de derecho penal*”, Tomo Primero, Madrid, Editorial Boix, 81p.

<sup>214</sup> Corte Suprema de Justicia, fallo Causa Rol N° 1876- 01, de 5 de junio de 2002. Gaceta Jurídica N° 264, Junio (2002), p. 164

<sup>215</sup> DURÁN MARIO, “*Justificación y legitimación político-criminal de la pena*” en revista en línea de política criminal chilena, volumen 4, número 8, <[www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl)>2009.

las autoridades deben dar lo suyo a cada cual, **significa que han de distribuir penas y cargas con un criterio de igualdad y proporcionalidad**, entre lo que las personas dan y lo que reciben en consideración a su estado, situación o específica calidad. Su concreción práctica requiere, entonces, en el ámbito sancionador estatal, que las leyes procedan en forma justa y racional al establecer conductas y penas, de manera que exista entre unas y otras la debida correspondencia y simetría. Justamente, tendiente a evitar resultados especialmente gravosos o desmedidos”. Agrega que “siendo revelador que ya en la definición de pena se reconozca que “la justicia exige proporcionalidad entre el delito cometido y la pena prevista para aquél” (Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, 1993, página 735), a ello se suma la necesidad de que las relaciones entre el Estado y las personas se sujeten a un ecuánime patrón de reciprocidad, de suerte que al mal representado por la conducta cometida, la autoridad no puede sino responder con otro mal o una pena que le sea equivalente; Que, además, si el adecuado equilibrio legal entre la individualización de la conducta y sus penas (proporcionalidad abstracta) se extiende y proyecta hasta que ello tiene aplicación (proporcionalidad concreta), esto condice con el derecho a un proceso “racional y justo” que a todas las personas asegura la Constitución, en el artículo 19, N° 3°, inciso sexto. Por lo que tales requisitos de justicia y racionalidad deben hacerse presentes, incluso, en el acto terminal que afina dicho procedimiento, en términos tales de garantizar que el comportamiento ilícito comprobado reciba una retribución proporcionada, que no exceda el límite real de la lesión jurídica perpetrada”. Continuando la misma tendencia y haciendo eco a sus palabras, en fallo de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 6653-2012 “el principio de proporcionalidad, la determinación legal de la pena y su graduación abstracta, conforme a la culpabilidad del autor, es labor soberana de los órganos colegisladores y, en este caso, la mayor severidad contenida en la norma obedece a razones político criminales explicitadas en la historia de su establecimiento, pero no corresponde a los tribunales modificar el contenido de tales decisiones legislativas, sin perjuicio de la flexibilidad propia que la misma ley les otorgue para la fijación de las penas en concreto”

En otra arista, la medida de la pena resulta ser además una garantía del individuo, no pudiendo impetrarse una sanción desmedida o desproporcionada al autor de un hecho ilícito, por conseguir fines perseguidos por el Estado “la aplicación de una sanción

*condigna y proporcionalmente retributiva al hecho reprochado en armonía con el sistema jurídico todo, especialmente punitivo, es la forma que no se produzcan odiosas y perjudiciales discriminaciones y resultados exagerados e inaceptables, las más de las veces ocasionados por desconocerse precisamente los derechos y garantías que el propio ordenamiento jurídico ha ido incorporando con el avance de la civilización, en resguardo del individuo en su relación con el Estado”*, se descartan por tanto fines preventivos o utilitarios en la pena y al castigo sufrido por el delincuente.

En conclusión, según los fallos antes citados y el reconocimiento legal y constitucional de instituciones propias de teorías absolutas, la imposición de la pena cumple una función meramente compensatoria en relación al mal provocado por el autor, actuando como una forma de restauración por equivalencia del orden jurídico quebrantado. No se vislumbra entonces, a lo menos a simple vista o con un fuerte mensaje legislativo o jurisprudencial, la atribución de funcionalidades adicionales a la aplicación de la sanción penal.

## **ii.- Orientación hacia las Teorías Relativas de la pena:**

En menor medida, y sin abandonar la noción retributiva de la pena, paulatinamente es cada vez mayor la idea de la pena como herramienta para el cumplimiento de ciertos fines.

Mediante el desarrollo de programas político-criminales, la sociedad exige que la pena cumpla la función adicional de resultar útil para la prevención de delitos por parte del estado. El Derecho Penal encuentra legitimación dentro de un Estado Social sólo en cuanto protege a la sociedad, por lo tanto, si no es capaz de dar cumplimiento a tales fines deberá desaparecer porque carecería de justificación. En apoyo de la prevención, Claus ROXIN ha destacado que *“si la pena es una simple retribución al mal causado por aquel, no se ve como podría omitirse en aquellas hipótesis donde es **claramente necesaria su imposición para mantener la paz social** y de otro lado, margina la posibilidad de alejar al delincuente del delito, dado que se puede ofrecer una alternativa de vida donde no contravenga el derecho, finalidad que es inherente a la sanción conforme a los principios de*

**resocialización y humanidad**”<sup>216</sup>. Complementa además que “*en conclusión: en el modelo social y democrático de derecho del cual arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir (y solo está legitimado para cumplir) una misión política de regulación activa de la vida social que asegure el funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta ni retribución la infracción del orden jurídico*”<sup>217</sup>

Este ideal preventivo es enunciado expresamente en el mensaje del Código Procesal Penal chileno, en el que se hace referencia a la prevención general negativa: “*también el proceso penal está llamado a desempeñar un importante efecto preventivo general, que normalmente se atribuye a la etapa de ejecución de la pena. El enjuiciamiento público de los delitos permite socializar más directamente el mensaje de que existe una respuesta estatal rigurosa a los actos que la sociedad considera inaceptables, inhibiendo con ello a quienes pudieren pretender llevarlos a cabo en el futuro y reafirmando ante el conjunto de la comunidad la vigencia de los valores del sistema jurídico.*”.

Conociendo ya los distintos y variados alcances que recogen las teorías relativas de la pena (inocuidación, intimidación, aprendizaje, etcétera) el que mayor adherencia y simpatía ha alcanzado en el derecho penal moderno es el concepto de “**resocialización del delincuente**”, lo que ha derivado en constante discusión respecto a la efectividad del cumplimiento efectivo de la pena mediante la privación de libertad como mecanismo conveniente para frenar la tendencia delictual. En fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta bajo el Rol 169-2009 se revela que “*en la historia fidedigna de la ley, la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, informando el proyecto con fecha 22 de junio del año 1982 sobre consideraciones generales (página 17), reconoce que la pena privativa de libertad está en crisis, aceptándose incluso que podría llegar a sostenerse que se constituye en un verdadero factor criminógeno, debiendo adoptarse medidas para la preeminencia de la función resocializadora de la pena, por sobre la mera retribución o castigo, haciéndose presente que el caso más notorio y frecuente de los*

---

<sup>216</sup> ROXIN Op Cit 48p.

<sup>217</sup> IDEM



*efectos nocivos y perjudiciales de la prisión, lo constituye la pena privativa de libertad de corto tiempo. Este tipo de sanción, precisamente por su corta duración, no permite un tratamiento prolongado y eficaz, apropiado para obtener la resocialización del delincuente y su readaptación al medio social, indicándose los inconvenientes de la pena privativa de libertad de corto tiempo relativas al trabajo, la familia, los aspectos sociales, el descrédito que genera, ámbito personal de angustia, aspecto psicológico, conflictos sexuales, el contagio criminal del delincuente primario en una verdadera escuela del delito, la superpoblación carcelaria que acentúa los inconvenientes y recarga el sistema. Asimismo, en cuanto a la duración de las penas se expresa que el Código Penal chileno de raigambre clásica, predominantemente retributivo tiene un claro predominio de las penas privativas de libertad que son las de mayor aplicación y tienen, además, muy larga duración, ya que pocos delitos tienen sanción pecuniaria y el no pago de la multa, supone por conversión igualmente de cárcel, por lo que se indica que en la época presente existe amplio consenso en torno a la necesidad de sustituir las penas privativas de libertad de corto tiempo, por alternativas más modernas y eficaces que el simple encarcelamiento. La prisión debe tener una acción residual para los casos en que sea estrictamente necesaria”*

Dicho principio de resocialización, además ha sido ampliamente recogido a través de la ley Orgánica de Gendarmería de Chile, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios y la ley de medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad (ley 18.216). La primera de ellas, ordena a la institución a cumplir fines preventivos y de resocialización “*corresponde a Gendarmería de Chile: Readaptar a las personas privadas de libertad en orden a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social.*”<sup>218</sup>. Respecto al reglamento, se señala que “*la actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, así como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.*”<sup>219</sup>. En lo relativo a la ley 18.216, esta incluye un extenso catálogo de beneficios alternativos al cumplimiento efectivo de la privación de libertad, a través de otras medidas más efectivas para la reinserción del delincuente. Dentro de la historia

---

<sup>218</sup> DL 289, “*Ley Orgánica Gendarmería de Chile*”, Santiago, Chile, Enero año 1995, artículo 2 letra e.

<sup>219</sup> DFL 2128, “*Reglamento de establecimientos penitenciarios*”, Santiago, Chile, Junio año 1993, artículo 2.

fidedigna de esta ley, en el mensaje del ejecutivo se señala que *“existe claridad en cuanto al doble papel que deben jugar las medidas alternativas en nuestro sistema de penas: servir como una real herramienta en el ámbito preventivo especial, esto es de reinserción, y ser un arma efectiva en el control del delito. Por lo anterior, y en el marco del acuerdo político legislativo en materia de seguridad pública, se han aunado las fuerzas de todos los sectores políticos en torno a la necesidad de reformar la ley sobre medidas alternativas a las penas privativas, de manera tal que ella logre cumplir los anhelos de reinserción y alternativa a la prisión; pero, simultáneamente, constituir una herramienta real y eficiente para dar respuesta al fenómeno criminal”*<sup>220</sup>.

La inclusión de estas ideas, realzan el principio de humanidad que debe ser reconocido por el Estado. Según reza la Constitución Política de la Republica en su artículo primero, el Estado está al servicio de la persona humana, y por eso, debe asegurar la participación de todos los ciudadanos en la vida social evitando la indebida marginación de aquellos miembros que han sido condenados.

En consecuencia, si bien jurisprudencialmente aún se mantiene tenue el reconocimiento de teorías relativas o de prevención, tanto la legislación como la doctrina abogan cada día a que se tienda a la rehabilitación y reinserción del delincuente como la forma más efectiva de prevenir su futuro delictual. Sin embargo, actualmente, y teniendo en especial consideración importantes modificaciones al Código Penal, como la ley 20.253 (promulgada el año 2008 que se enmarca dentro de la agenda corta anti delincuencia- que ya fue extensamente expuesta en el capítulo primero de este trabajo) queda de manifiesto que la teoría de la prevención general negativa- o intimidación a través de la pena- ha alcanzado importantes logros en lo que va de este siglo.

En opinión de quien escribe, es evidente la indecisión del legislador en orden a determinar la orientación de la pena que es impuesta y luego aplicada: a primera vista en la ejecución de la pena se tiende a la resocialización del delincuente, en su creación se tiende a la aplicación de penas cada vez más implacables, las cuales cumplen con la función de

---

<sup>220</sup> Historia fidedigna de la ley 18.216 <[www.historialey.cl](http://www.historialey.cl)>.6p.

inocuizar al delincuente y dirigir a la colectividad un claro mensaje de rigurosidad. Es por esta indecisión, que se construye una política-criminal confusa de instituciones contradictorias, cuestión que ocasiona que la pena, en definitiva, como herramienta de política-criminal no produzca en la práctica efectividad alguna para prevenir la delincuencia.

## **2.- La Reincidencia en relación a las funciones de la pena**

Habiendo analizado las funciones de la pena y su aplicación práctica en nuestra legislación penal, resulta prudente el poder resolver dentro de cuales de estas teorías se enmarca la agravación a causa de la reincidencia, y asimismo, el conocer cuáles son los fines que en particular, se pretenden con la imposición de este tratamiento más gravoso para el delincuente reincidente.

Cómo ha sido la constante en esta obra, tampoco existe una sola respuesta a esta interrogante *“la revisión atenta de la discusión producida a lo largo de dos siglos, demuestra, entre otros resultados, la imposibilidad de asignar un fundamento sólido, claro y generalmente compartido a esta agravante, lo que a su vez, explica la variedad de respuestas sobre él”*.<sup>221</sup> Así las cosas, lo conveniente será analizar una a una las posturas mayoritarias.

### **A.- Respecto al criterio Retributivo de las Teorías Absolutas de la pena:**

Según se ha dicho, bajo este criterio la pena impuesta jamás podrá exceder los límites de la culpabilidad por el hecho cometido y, de hacerlo, será una pena injusta y falta de

---

<sup>221</sup> VAELLO ESQUERDO Esperanza, *“Aspectos problemáticos de la reincidencia”*, 1º Edición, España, Editorial U.Castilla La Mancha, 2009, 1360p.

legitimidad. La reincidencia, por su parte, como forma de agravación de la pena, resulta absolutamente contradictoria a los principios recogidos por esta teoría, ya que atiende justamente a criterios distintos a los mencionados, pudiendo incluso imponerse una pena mucho más severa a la que habría de corresponder solo tomando en consideración el límite máximo de la culpabilidad, por demostrar este autor una peligrosidad mayor.

La agravante de la reincidencia en particular, se enmarca dentro de aquellas que aumentan la pena por razones ajenas a la culpabilidad, cayendo en fines eminentemente utilitarios *“hay, en efecto, entre las circunstancias modificatorias algunas que son ajenas a la naturaleza y estructura del delito, de manera que su acción sobre la magnitud de la pena se funda en consideraciones utilitarias de política criminal, o incluso, referidas al estado personal del autor con acierto muy discutible”*<sup>222</sup>. Respecto al conflicto existente entre el principio de culpabilidad y la agravación por Reincidencia, nos referiremos más adelante en el siguiente capítulo.

Así, *“la reincidencia solo puede entenderse como la expresión de una mayor necesidad preventiva de pena, esto es, la pena se agrava no porque el injusto o la culpabilidad del delito actual sean más graves, ni siquiera por que el reincidente sea más peligroso, sino porque el legislador considera, desde el punto de vista de las necesidades de prevención especial, que el reincidente debe soportar un castigo más intenso”*<sup>223</sup>.

## **B.- Respecto al criterio Preventivo de las Teorías Relativas de la pena:**

Habiendo descartado la inspiración retributiva en la imposición de la agravación de la pena por reincidencia, la doctrina mayoritaria sostiene que una mayor pena cumple una función eminentemente preventiva de delitos futuros *“en el modelo social y democrático de derecho del cual arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir (y solo está legitimado para cumplir) una misión política de regulación activa de la vida social que asegure el funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de*

---

<sup>222</sup> CURY Op Cit 391 p.

<sup>223</sup> AGUDO FERNANDEZ Op Cit 527p.

*los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta ni retribución la infracción del orden jurídico*<sup>224</sup>. Es posible cumplir estos fines de prevención a través de dos estadios: cumpliendo fines de **prevención general negativa o intimidación** mediante la imposición de una pena más gravosa a aquellos que no han cometido delito, o cumpliendo fines de **prevención especial castigando más gravemente** al sujeto que ya ha delinquido, evitando la multi-reincidencia.

Como analizamos en el apartado anterior acerca del fundamento que se entrega a la reincidencia en razón de sus fines preventivos, será por tanto la pena, y la agravación de esta, la que traerá como resultado la consecución de los fines socialmente exigidos acerca de la disminución del fenómeno delictivo “*que la pena sea justificada, se puede deducir solamente de la circunstancia de que tiende a evitar un mal aun mayor que el mal que la propia pena encierra en sí, con otras palabras, que represente un medio idóneo para alcanzar un fin más elevado. Este fin más elevado consiste en la conservación de una comunidad social humana y el fortalecimiento del ordenamiento jurídico indispensable para tal comunidad. El que la pena sea un medio indispensable, es el resultado de la experiencia histórica; sin una justa retribución del mal que ha sido cometido en una comunidad ordenada, la propia comunidad y su ordenamiento jurídico se desmoronan. La pena resulta ser, para la existencia de la comunidad y del ordenamiento jurídico, sin más, indispensable, y por consiguiente, adecuado al fin de la conservación de la una y del otro.*”<sup>225</sup>. Se sanciona más gravemente al reincidente, aun excediendo los límites de la culpabilidad, teniendo en consideración un bien superior que será la defensa social.

Cumpliendo los **fines de prevención general negativa**, el aumento de la pena asignada a un delito a causa de la reincidencia comunica un doble mensaje a quienes no han cometido delito: por un lado, la efectividad del poder punitivo por parte del Estado incorporando confianza en el sistema penal, por otro lado intimidando a quienes no han cometido delito en el caso que, de cometerlo, se les aplicará una sanción ejemplificadora “*en los periodos que se advierte un aumento en la criminalidad, divulgar eficazmente el propósito de “dar*

---

<sup>224</sup> MIR PUIG Op Cit 40p.

<sup>225</sup> MEZGER Op Cit 379p.

*ejemplos tangibles “a la conciencia colectiva, haciéndoles conocer a todos cuales son las consecuencias de una acción delictiva, ejemplos que actuarán, por lo tanto, en la forma preventiva. Al imponerse y ejecutarse la pena, los terceros advertirán la importancia que tiene”*<sup>226</sup>. Cuando se encarga a la pena la misión activa de protección de la sociedad mediante la prevención de delitos *“el derecho no solo habrá de dirigir al juez el mandato de castigar los delitos, si no también, y en primer lugar, intentar que los ciudadanos no delincan. El mandato dirigido al juez deberá, entonces, tener el sentido de establecer una amenaza penal dirigida a la colectividad que crea una expectativa social tendiente a motivar en los ciudadanos un comportamiento adecuado al derecho”*<sup>227</sup>.

La ya mencionada Ley 20.253 sobre agenda corta anti-delincuencia, es una manifestación importante del efecto intimidatorio que se atribuye a la agravación por reincidencia, y la desnaturalización de ella a través de esta misma ley es señal que en la exacerbación del rigor de la pena para prevenir delitos, se contravienen gravemente otros principios penales *“un derecho penal basado exclusivamente en la prevención general daría lugar a un incremento constante de las penas de los delitos más graves, o de los que se cometan con mayor frecuencia, llegándose así fácilmente a penas injustas, desproporcionadas a la gravedad del delito. Por este motivo, la prevención general requiere un correctivo o límite que, en verdad, no se puede extraer de su propia lógica y, por ello, debe ser externo (ejemplo: la culpabilidad por el hecho)”*<sup>228</sup>

Cumpliendo los **finés de prevención especial**, se agrava la pena al reincidente para evitar que vuelva a cometer delito. Dicho fin, es incluso reconocido por nuestra jurisprudencia, especialmente en el caso de la reincidencia específica: *“la agravante de reincidencia específica cumple con un sentido de prevención especial, ya que si un procesado vuelve a delinquir ello está indicando que la pena no ha sido eficaz y que el desprecio que revela su nueva acción debe ser castigado con más severidad. El acusado ha demostrado, al volver a cometer el mismo tipo de delito, que no ha hecho mella en su voluntad el hecho de haber*

---

<sup>226</sup> MEZGER Op Cit 372p.

<sup>227</sup> MIR PUIG Op Cit 44p.

<sup>228</sup> JAEN VALLEJO Op Cit 37p.

*sufrido con anterioridad una pena aplicada. No cabe duda que la pena impuesta no ha sido suficiente para disuadirlo de la comisión de nuevos hechos parecidos, por lo que se ha dado la situación de agravamiento de responsabilidad criminal*<sup>229</sup>. La reincidencia cumplirá su función preventiva actuando sobre el delincuente, agravando su pena de manera de disuadirlo de nuevos delitos, siendo el hecho de que recaiga la oportunidad precisa para imponer una pena más severa.

Para el autor español ASUA BATARRITA “*la normativa de la reincidencia se inspira en objetivos de prevención, particularmente en la prevención especial. La agravación pretende justificarse por el deseo de contrarrestar la intensa tendencia delictiva del reo, tendencia que se presume por el hecho de haber vuelto a cometer un delito semejante a aquel por el que ya había sido condenado antes*”<sup>230</sup>, dicha peligrosidad del delincuente es contenida mediante la separación del delincuente del escenario delictivo por mayor tiempo, de manera tal que, teniendo luego la opción de delinquir nuevamente, reflexione sobre los nocivos y pesados efectos de su actuar suprimiéndose su capacidad delictiva.

### **3.- Efectividad de la agravante de la Reincidencia como mecanismo de prevención de delitos**

Ahora bien, concluyendo que la agravante de la reincidencia descansa sobre exigencias de prevención, parece preciso analizar si esta resulta eficaz como herramienta de política-criminal en atención a la función de la pena que es atribuida por el Estado.

Sobre este respecto, la doctrina mayoritaria moderna ha abogado por la completa derogación de esta agravante por ser, de suyo, ineficaz para cumplir con los fines de disminución del fenómeno delictual y contravenir los demás principios del ordenamiento penal. Se dice entonces, que la agravación de la pena no se puede legitimar en su necesidad y utilidad para la prevención de delitos, por cuanto que “*la mejor forma de prevenir la criminalidad suele ser la del recurso a mecanismos distintos a los de la pena (estructuras*

---

<sup>229</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, fallo Rol 4-2005, 26 de mayo de 2005.

<sup>230</sup> ASUA BARRATITA en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 524p.

*sociales más justas, más equitativo reparto de la riqueza, educación y cultura, asistencia a marginados, etc)*<sup>231</sup>. En este mismo sentido, para el autor COBO DEL ROSAL “*si el propio sistema penal no ha sido eficaz para lograr la enmienda y resocialización del penado, y ha, por ende, fracasado en sus esfuerzos preventivo-especiales, contenidos en la primera pena aplicada, parece inconducente que el ordenamiento jurídico reaccione, a su vez, “reincidiendo” en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención precisamente a través de la misma sanción que ya fracasó anteriormente, pero ahora agravada. El medio más apropiado para conseguir estos fines no será ciertamente el aumento de la cantidad de la sanción retributiva que ya fracasó, sino la aplicación de una sanción de naturaleza distinta*”<sup>232</sup>, así, si la imposición de la primera pena no fue estímulo suficiente para inhibirse de la nueva comisión de delitos, es porque la pena en sí, aún agravada, no cumple con sus fines de prevención general ni especial.

Los fervientes seguidores de estas propuestas son los autores nacionales Enrique CURY y Carlos KUNSEMULLER, para el primero de ellos “*parece ocultarse una confianza casi candorosa en la eficacia preventiva de las amenazas penales, con arreglo a la cual, si se conmina una pena más severa en contra del reconvicto, se detendrá con alguna certeza a quien ya sufrió una sanción punitiva y se propone delinquir por segunda vez; esta premisa la considera falsa, ya que lo esperable de la eficacia preventiva general de la pena es muy poco en relación con un reiterante; y más aún, si se trata de un habitual o profesional. Asimismo, estima que la agravante enmascara un propósito disimulado de atribuir a la pena finalidades vindicativas, que si bien muchos creen encontrar en su origen, nadie querría suscribir actualmente. Concluye que “resignadamente que la reincidencia es una agravante sin fundamentos, que permanece suspendida en el vacío de unas normas positivas injustificables. Por eso debe ser bienvenido todo cuanto se haga para excluirla de la ley en vigor*”<sup>233</sup>, para KUNSEMULLER al agravar la pena a los reincidentes de manera de hacerles cumplir mayor condena efectiva bajo prisión “*se condena irremediamente a estas personas a tener la cárcel como única respuesta a su problemática y a continuar su*

---

<sup>231</sup> ZUGALDÍA ESPINAR en JAEN VALLEJO Op Cit 38p.

<sup>232</sup> COBO DEL ROSAL-VIVÉS Antón en KUNSEMULLER Carlos, “Informe en Derecho sobre Reincidencia”, Departamento de estudios de la defensoría nacional, Santiago, 2001, 10p.

<sup>233</sup> CURY Op Cit 138p.



*carrera delictiva en base a la presunción incontrastable de que no pueden llevar una vida en libertad sin delito”* <sup>234</sup>. Frente al delincuente peligroso “*la pena limitada al hecho concreto en el sentido de una retribución justa, no dará a menudo para el futuro ninguna seguridad suficiente; después de haber expiado la pena, vuelve él demasiado pronto a “incorporarse a la sociedad”. Y no siempre la expiación de una pena justa corrige al que la sufre. No siempre armonizan mutuamente retribución y prevención especial. Y a veces la necesidad de dar un “ejemplo” puede ir más allá de lo que exige una retribución justa; de ahí que también la retribución y la prevención general pueden entrar mutuamente en conflicto. Muy especialmente, también pueden ambos criterios llevar efectos diferentes*”<sup>235</sup>

Dicho conflicto, es precisamente la mayor crítica que se realiza a la agravante por reincidencia como forma de prevención de delitos: a miras de cumplir con el fin socialmente esperado de prevenir delitos, la ley **aumenta la pena del reincidente de modo deliberante y en omisión de principios y garantías fundamentales** como el de proporcionalidad y culpabilidad, siguiendo los ideales de HEGEL “*se trata al hombre como el palo al animal*”<sup>236</sup>, hecho que es inaceptable e inconducente con un Estado democrático de Derecho “*hoy, no puede admitirse la utilización de incrementos de la pena para atender a finalidades de prevención especial y general, pues tales objetivos solo pueden desplegar su juego dentro de los límites marcados por la gravedad de la culpabilidad o responsabilidad penal del sujeto en función del hecho cometido*”<sup>237</sup>.

Así, a pesar de los intentos realizados por una determinada política-criminal de un Estado, el que exista, por una parte, la agravación por reincidencia bajo criterios preventivos, y por otra la retribución y el respecto a la imposición de una justa medida de la pena, resultan muchas veces conceptos irreconciliables “*no siempre armonizan mutuamente retribución y prevención especial. Y a veces la necesidad de dar un “ejemplo” puede ir más allá de lo que exige una retribución justa; de ahí que también la retribución y la prevención general*

---

<sup>234</sup> KUNSEMULLER Op Cit 12p

<sup>235</sup> MEZGER Op Cit 378p.

<sup>236</sup> HEGEL en MIR PUIG Op Cit 26p.

<sup>237</sup> ASUA BARRATITA en AGUDÓ FERNANDEZ Op Cit 524p.

*pueden entrar mutuamente en conflicto. Muy especialmente, también pueden ambos criterios llevar efectos diferentes*”<sup>238</sup>

Desde un punto de vista dogmático, la agravación de la pena a los reincidentes carecería de justicia y sólo se convertiría en un desmedido castigo que se agota en la mera inocuización del delincuente y su alejamiento de la vida social para que no recaiga en el delito, sin significar corrección alguna de él “*en el ámbito de las funciones no declaradas de la pena- que son las realmente efectivas, que funcionan ciertamente- ella no es más que un castigo, se agota en esto, careciendo la privación de libertad de otro sentido y finalidad que no sea separar a unos individuos determinados del conjunto de la sociedad de esta evidencia desprende el mismo autor ,que los objetivos declarados de la prevención especial, incluido el de no reincidencia, cuyo logro todos esperan y que a todos complacen, fracasan, no se materializan, fracaso éste, que aumenta su propia gravedad, en virtud de la violencia discriminatoria que implica la cárcel*”<sup>239</sup>. Reitera POLITOFF que “*en lo que respecta a la prevención especial, son sobre todo los escasos recursos prácticos que se logra alcanzar a través de las penas para la socialización o reinserción del delincuente, comparados con el enorme efecto negativo de la estigmatización del pequeño delincuente para su vida ulterior*”<sup>240</sup>, conociendo la situación actual de las cárceles nacionales, la mayor pena producirá solo la mayor profesionalización delictiva del condenado.

Como conclusión, se admite que las necesidades de prevención especial y general derivadas de la constatación de una determinada tendencia del autor, puedan constituir el fundamento de la reincidencia. Sin embargo, en el seno de un derecho penal respetuoso con los valores constitucionales, toda medida de política-criminal debe hacer un esfuerzo por compatibilizar las funciones perseguidas con el fundamento de la agravante y los principios estructurales del sistema, esto es, con el denominado principio de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho. Para alcanzar este objetivo, es necesario verificar la

---

<sup>238</sup> MEZGER Op Cit 378p.

<sup>239</sup> KUNSEMULLER Op Cit 14p.

<sup>240</sup> POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ Op Cit. 64p

posibilidad de hacer jugar las necesidades preventivas dentro de los límites de la culpabilidad por el hecho concretamente realizado.

Igualmente, la racionalidad de un sistema sancionador “*depende, no solo de la racionalidad abstracta de las leyes, sino que también del modo que se lleva a cabo la función jurisdiccional de imponer y ejecutar las sanciones*”<sup>241</sup>, resultando urgente la unificación de criterios por parte de los organismos jurisdiccionales y el legislador, quienes, como se ha demostrado e indicado en el capítulo anterior de este trabajo, no han trazado criterios respecto a cuál es la justificación de la pena, que se persigue con ella y que objetivos cumple la imposición de una pena mayor. Por lo demás, de momento, tampoco existe ni en lo teórico ni en lo práctico una objetivo claro ni estudios que abalen la real efectividad de la agravación por reincidencia en los niveles de criminalidad, lo que inspira sólo a cuestionar la existencia de esta agravante en relación a los fines que se pretenden conseguir con la imposición de una mayor pena.

---

<sup>241</sup> SUMALLA Josep en DURÁN Op Cit 287p

## **CAPITULO CUARTO**

### **LA AGRAVANTE DE LA REINCIDENCIA FRENTE A LOS LÍMITES DEL IUS PUNIENDI**

#### **VISION CRITICA RESPECTO DE SU CONSTITUCIONALIDAD**

Continuando con la discusión en torno a la existencia de la agravación por reincidencia, y ya habiendo analizado sus fundamentos dogmáticos y la utilización de ella como herramienta de política criminal según los fines de la pena que persigue el Estado, tan sólo nos queda analizarla a la luz de nuestra Carta Fundamental y a los principios que ella consagra. Inicialmente se introducirá a la importancia de ella como norma de más alto rango en nuestra legislación positiva, luego se expondrán los principales principios que esta contiene en materia Penal y, finalmente, se analizarán tales principios y su correlación con la agravante de la reincidencia.

#### **I. FUNDAMENTO**

La Constitución Política de la Republica es la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. Está destinada a regular los aspectos fundamentales de la vida política y en ella se expresan los principios fundamentales que inspiran nuestro ordenamiento y los derechos personales que han de ser respetados y resguardados por este ordenamiento. Además, será

la encargada de determinar la estructura política del Estado y su funcionamiento, los órganos de poder y sus atribuciones, las relaciones entre los órganos del Estado, los derechos y garantías de las personas y de los cuerpos intermedios de la sociedad, los sistemas para hacer efectiva la supremacía constitucional y el procedimiento de reforma parcial o total de la Constitución.

Dicho rango la convierte en el fundamento del sistema jurídico, supremacía que se refleja en la subordinación de todas las normas al mandato constitucional, mandato que ordenará siempre el mayor respeto de los derechos de las personas en su creación y aplicación, lo cual no podrá ser ignorado o sobrepasado estableciéndose, en ese caso y para tal motivo, distintos mecanismos jurisdiccionales para su protección. La Constitución se configura como la norma primaria de la producción jurídica, y en ese sentido, como cabecera del Ordenamiento, despliega y proyecta su incidencia sobre el resto del sistema jurídico.

A miras de mantener una convivencia pacífica es que se establece una serie de mecanismos para el resguardo del orden social, resguardo que llevará a cabo el Estado sancionando toda contravención. Radica esta función exclusivamente en el Estado, que desde un punto de vista estrictamente jurídico, define KELSEN el como “*la totalidad de un Orden Jurídico en cuanto constituye un sistema, esto es, una unidad cuyas partes son interdependientes, que descansa sobre una norma hipotética fundamental*”<sup>242</sup>

La forma en que se materializa la aplicación de esa sanción, es por la llamada *función punitiva del Estado*, función que deberá ser limitada por el Derecho Penal debiendo describir que comportamientos son delitos, que pena les corresponde y cuando ha de aplicarse una medida de seguridad. El derecho penal será consecuencia de una realidad socio-antropológica, una reacción al hecho de que el hombre vive en comunidad y su existencia está determinada por factores externos en constante transformación. El Derecho Penal, puede analizarse en dos sentidos: *uno objetivo que equivaldrá a las normas penales; y el otro subjetivo que se entiende como el Derecho a castigar o Ius Puniendi*<sup>243</sup>. Este Derecho Subjetivo también se ha definido como “*una decisión político-criminal plasmada*

---

<sup>242</sup> KELSEN, “*Teoría general del Derecho y del Estado*” en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 144p.

<sup>243</sup> MIR PUIG Santiago Op Cit 78p.

*en una norma que declara punible un hecho y perseguible a su autor. El Ius Puniendi es expresión del poder único y excluyente del Estado para ejercer violencia legítima*”<sup>244</sup>.

Históricamente, ya desde muchos siglos, *“el organismo colectivo que hoy denominamos Estado, descargaba sobre los infractores los más tremendos castigos. El derecho de penar ha seguido las vicisitudes de la norma de cultura, y cuando esta, en los siglos pasados, permitía las mayores crueldades, la pena iba acompañada de barbaros sufrimientos*”<sup>245</sup>. Hoy, este castigo no puede quedar al simple capricho del legislador, tiene límites formales y materiales que derivan de las funciones y naturaleza del Estado y debe tratarse de decisiones fundadas directamente según lo establecido por los propios requisitos y condiciones que establezca la respectiva norma constitucional en materia penal. Así, si bien la autoridad se ve compelida por los requerimientos sociales a prohibir determinadas conductas conminándolas con una sanción, debe hacerlo en forma que se lesione lo menos posible los derechos y garantías personales y políticas plasmadas en la constitución.

La asignación de una sanción (o pena) ha de justificar el marco de valores trazados, JAKOBS afirma que el *“contenido y la función de la pena no pueden ser configuradas de forma universal y abstracta, sino con relación al concreto orden en el que se pune*”<sup>246</sup>, asimismo, MIR PUIG ratifica que *“la función que asignemos a la pena dependerá del modelo de Estado que tomemos como referencia, de modo tal que entre la función asignada a la pena, al Derecho penal y al propio Estado, existe una vinculación axiológica*”<sup>247</sup>. A juicio del profesor GARRIDO MONTT el *“Derecho Penal cumple su función tutelar al favorecer una convivencia pacífica, amparando intereses jurídicos fundamentales predeterminados por una sociedad libremente organizada dentro de un categórico respeto a los derechos humanos en lo esencial. El estricto cumplimiento de esa misión es lo que legitima a la existencia del derecho penal, de no ser así, constituiría una*

---

<sup>244</sup> BUSTOS Juan y HORMAZABAL Hernán, *“Lecciones de Derecho Penal”*, Editorial Trotta, Barcelona, 1997, 64p.

<sup>245</sup> JIMENEZ DE ASÚA Luis, Op Cit 45p.

<sup>246</sup> JAKOBS, *“Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”*, Barcelona, Editorial Marcial Pons Editores, 1997, 8p en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 142p.

<sup>247</sup> MIR PUIG Santiago, *“Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho”*, Barcelona, Editorial Bosch, 1982, 15p en AGUDO FERNANDEZ Op cit 142p.

*normativa impuesta arbitrariamente, la ley punitiva se transformaría en un instrumento de dominio de un Estado soberbio*<sup>248</sup>.

Asimismo *“la necesidad de que el sistema penal se adecue y oriente a la Constitución surge, más allá de los imperativos formales que exige la jerarquía normativa, sobre todo cuando esta se constituye como el fundamento racional y legítimo de la convivencia social al reconocer y positivizar, no solo el código de valores imperantes en la sociedad, si no aquellos derechos y garantías que posibilitan a los ciudadanos su desarrollo y la resolución democrática del conflicto entre el Estado y el Individuo*<sup>249</sup>.

En resumen, este poder del *“Ius Puniendi Estatal”*, solo será capaz de resolver los conflictos criminales de manera pacífica y racional en cuanto se halle enmarcada dentro de una institucionalidad que asegure la justa tutela de los bienes jurídicos más básicos, y serán los preceptos que consagran derechos fundamentales los encargados de delimitar esta función. En cuanto a la interposición del castigo *“esto supone político-criminalmente, que al momento de determinarse judicialmente la pena, deben tener vigencia efectiva todos y cada uno de los principios y presupuestos formales y materiales que inspiran el Porqué y el Para qué de la reacción punitiva*<sup>250</sup> Esto es, una aplicación prospectiva de la determinación judicial de la pena que considere los principios limitadores del Ius Puniendi Estatal, en relación a los valores que como sociedad hemos asentado como primordiales en nuestra base normativa. Los límites materiales del Derecho Penal Subjetivo se referirán a la organización social-estatal establecida constitucionalmente, bases de sustanciación o legitimación que deben presidir tanto el Derecho Penal como el procesal penal y penitenciario abarcando el sistema penal en su aspecto sustantivo, instrumental y de ejecución.

Estos principios limitadores pueden distinguirse en nuestra Constitución Política y en opinión del profesor NÁQUIRA, y diferenciándola con otras legislaciones *“nuestro texto constitucional impone como límite material a su poder los derechos esenciales que emanan*

---

<sup>248</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 20p.

<sup>249</sup> DURAN Mario, *“Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema Penal”* en Revista Política Criminal, Vol. 6, N° 11, 2011, Santiago, 144p.

<sup>250</sup> FERRAJOLI Luigi, *“Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”* Madrid, Editorial Trotta, 1995, 402p.

*de la naturaleza humana. En nuestra legislación nacional, de manera algo desorganizada, es posible reconocer un catálogo de principios que delimitan el contenido de las normas punitivas, pilares básicos de cualquier Estado con pretensiones de autodenominarse democrático y de derecho*<sup>251</sup>.

En primer lugar, lo elemental de la configuración de este Estado de Derecho Democrático lo encontramos en el Capítulo I sobre Bases de la Institucionalidad. Expresamente el Artículo cuarto dispone que *“Chile es una República Democrática”* y al declararse como tal este *“se caracteriza, al menos, por garantizar la seguridad de los ciudadanos, mediante una vinculación de la actualización del Estado a normas y principios jurídicos de justicia conocidos de tal manera que la misma resulte en todo caso comprensible. En lo demás, se sostiene en la actualidad que el Estado de derecho es una “forma de racionalización de la vida estatal” que permite, a la vez, un eficaz cumplimiento de los cometidos del Estado y, por otra parte, hacer calculable la acción estatal mediante seguridad jurídica*<sup>252</sup>.

Estas garantías serán el dominio y la protección de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana: por una parte, aquellas prescritas en el Artículo primero sobre la libertad e igualdad en dignidad y derechos reconocida a todas las personas, el compromiso con la promoción del bien común que permita a todos y a cada uno de los individuos su mayor realización posible (artículo primero) y una soberanía limitada por estos derechos; y por otra parte, los derechos y deberes constitucionales asegurados para todas las personas mencionados en el Capítulo III (Artículo 19 en sus 26 numerales). Con todo, además deben considerarse los tratados internacionales vigentes ratificados por nuestro país, tales como el Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, que aportan mucho a este catálogo de garantías civiles.

De esta suerte, estos derechos *“adquieren vital importancia en tanto que, por una parte, constituye el núcleo específico de legitimación del ordenamiento de bienes jurídicos del sistema penal con efectos de legitimación y límite de la intervención penal, y por otra, delimita lo punible cuando se trata de acciones típicas que se fundamentan en el ejercicio*

---

<sup>251</sup> NÁQUIRA Jaime, *“Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno”* en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, número 10-r2, Santiago, 2008, Pág. 3 y ss.

<sup>252</sup> BACIGALUPO Enrique, *“Derecho Penal y Estado de Derecho”*, 2º Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 104p.



*de tales derechos*”<sup>253</sup>. Estas ideas serán elementales en la configuración de un Estado de Derecho Democrático consecuente que respete los derechos y garantías mínimas que se deben reconocer a las personas frente al Estado. Más específicamente, respecto a las leyes penales BACIGALUPO ha dicho que “*de esta manera, la interpretación de la ley penal depende de la interpretación de la Constitución. Ello se manifiesta en un doble sentido a través de técnicas interpretativas que permiten la realización en principio de la supremacía de la Constitución. Por un lado, se reconoce a los derechos fundamentales un efecto irradiante en el derecho ordinario, de tal forma que éste debe ser entendido sin alterar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Por otro, se impone una interpretación del derecho ordinario conforme a la Constitución, es decir, mientras ello sea posible, las normas se deben entender sin contradecir la Constitución*”<sup>254</sup>. Derechos y garantías que, no se debe olvidar, igualmente se encuentran concebidos en favor de los delincuentes “*la declaración del Artículo primero de la constitución en el sentido de que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad, hace imperativo que su protección se dirija a “todos” de modo que favorezca también a los delincuentes. De suerte que la protección constitucional no está circunscrita al ámbito de los ciudadanos honrados y de buenas costumbres. Si el Estado reconoce su dignidad, no puede imponer castigos crueles o degradantes, ha de evitar entonces aplicar sanciones que importen suplicio o que sean estigmatizantes o desproporcionadas con relación a la lesividad de la conducta delictiva*”<sup>255</sup>

Atendido al objeto de este estudio, no se profundizará en la exposición de cada uno de los derechos y principios que constituyen las limitaciones al Ius Puniendi Estatal. Muy por el contrario, el propósito de este capítulo será más bien examinar como ciertas decisiones políticas o de represión penal, pueden vulnerar en todo o en parte alguno de estos principios constitucionalmente consagrados, en especial en el caso se los reincidentes o delincuentes comunes “*si bien es posible afirmar que el derecho penal, en tanto limitación del derecho fundamental de la libertad de acción, puede ser entendido como un "derecho*

---

<sup>253</sup> DURÁN Op Cit 152p.

<sup>254</sup> BACIGALUPO Op Cit 104p.

<sup>255</sup> MIR PUIG en GARRIDO MONTT Op Cit 79p.

*constitucional aplicado", no todas las decisiones político-criminales tienen una relevancia constitucional directa*"<sup>256</sup>.

## **II.- PRINCIPIOS LIMITATIVOS**

A continuación se indagará cuáles son los principales principios limitativos al Ius Puniendi que pueden verse afectados por la aplicación de la agravación por Reincidencia. Estos serán más precisamente aquellos que atienden a la previsibilidad de la acción represiva por el ciudadano y a los límites de esta acción. A saber: el Principio del "*Non bis in Ídem*", el *Principio de Proporcionalidad* y el *Principio de culpabilidad*.

### **A. Principio del "Non bis in Ídem" o prohibición del "Bis In Ídem"**

El término "*Non Bis in Ídem*" proviene del latín "*No dos veces por lo mismo*" (según algunos autores, el termino correcto es "*Ne*", ya que al encabezarlo "*non*" se hace mención a una negación que dejaría sin efecto al concepto). Posee sus antecedentes en la Antigua Grecia y en el Derecho Romano, el cual fue recogido posteriormente por el Derecho Anglosajón. Es un principio en virtud del cual nadie puede ser perseguido ni condenado dos veces por un mismo hecho delictivo o infracción. Asimismo, se define como la "*Imposibilidad de que un mismo hecho pueda ser sancionado en más de una ocasión por*

---

<sup>256</sup> BACIGALUPO Op Cit 104p.

*una misma infracción*<sup>257</sup>, asimismo, para BUSTOS consiste en que “*uno y el mismo presupuesto no puede dar lugar a más de una pena o modificación de ella*”<sup>258</sup>.

Este supuesto, encuentra sustento en el Principio de Legalidad, conocido como *Nullum crimen Nulla poena sine lege* y consagrado en el Artículo 19 número tercero, por el cual “*no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino solamente cuando existe una ley que incrimina al hecho respectivo estableciendo la clase de castigo al que se encuentra sometido con anterioridad a su perpetración*”<sup>259</sup>. Existe por tanto una íntima relación entre este principio de legalidad y el de prohibición del *Bis In Ídem*, dado que si la exigencia de la *lex praevia* y *lex certa* que impone la constitución obedece a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista sería inútil si ese mismo hecho, por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción. También encontramos este principio en la Convención Americana de Derechos Humanos (Artículos 5, 6 y 8) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículos 10 y 14) válidamente ratificados por nuestro país.

Sobre esta materia, la Corte Suprema ha sentenciado bajo el Rol 196 del año 2009 que “*configura una garantía individual innominada, originada del Derecho Natural y cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el número 3 del artículo 19 de la Constitución Política, y en ideal de que al admitirse una segunda condena por la misma infracción, se produce una manifiesta desproporción entre falta y castigo*”

Para la doctrina Nacional, y siguiendo el planteamiento del profesor NÁQUIRA es posible abordar este principio desde tres perspectivas<sup>260</sup>:

a) En la concurrencia de normas penales y administrativas. La discusión radica en que si una vez aplicada la sanción administrativa corresponde imponer una sanción criminal por el mismo hecho.

---

<sup>257</sup> NÁQUIRA Op Cit 18p.

<sup>258</sup> BUSTOS Op Cit 77p.

<sup>259</sup> CURY Op Cit 123p.

<sup>260</sup> NÁQUIRA Op Cit 18p-

b) En el ejercicio del proceso penal, el Artículo primero del Código Procesal Penal dispone que ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una medida de seguridad sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Luego agrega que toda persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.

c) En concurso de normas penales sancionatorias conocido como “Multiplicación excluida”. Se produce que un hecho o circunstancia ya ha sido tomada en consideración para la imposición de una pena o circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, no es lícito volver a tenerla en cuenta nuevamente. Algunos encuentran su justificación en el Artículo 63 del Código Penal<sup>261</sup> y el Artículo 19 número 3 Inciso 7 de la Constitución Política de la República<sup>262</sup>.

Conocido el alcance de este principio constitucional, es propicio analizar como la Agravante de la Reincidencia puede afectar esta garantía:

Como ya se comentó, este principio se vulnera cuando el autor es sancionado más de una vez por el mismo hecho, y asimismo cuando se lo juzga por el mismo hecho en más de una oportunidad. Es este presupuesto el que alzaría la discusión frente a la Reincidencia, ya que se estima que se sanciona al imputado por el hecho cometido y además por un hecho anteriormente realizado, ya condenado, lo que configura una contravención al *Bis In ídem*, que significa una prohibición al ejercicio reiterado, sea de forma sucesiva o simultánea, del *Ius Puniendi* por parte del Estado. Consecuentemente, quien fue juzgado por un hecho (pasado) en nada debería verse influido por la sanción de otra conducta (presente o futura), se realizaría aquí un doble juego de penas: primero se lo castiga al autor por el hecho cometido, luego este vale para que en la segunda o tercera condena se aplique otra pena más agravada.

---

<sup>261</sup> “No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí misma constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que este haya expresado para describirlo o penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”

<sup>262</sup> “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado” [apreciación por los autores respecto a cuándo se refiere a “una ley”]

Para el autor español GROIZARD *“El cumplimiento de la pena es la cicatrización de la herida abierta en el cuerpo social; es el restablecimiento del orden jurídico conturbado por la acción criminal; es la deuda pagada por el delincuente a satisfacción de la ley. Ahora bien, una de dos cosas, o el aumento de la pena para el reincidente nace del primer delito, en cuyo caso se le exige pague lo que ya tiene solventado; o surge del delito actual, en cuyo caso la Justicia, los principios y la razón protestarán siempre de que influya en la penalidad una entidad que no es elemento concomitante, esencial o accidental del delito actual”*<sup>263</sup>. El mismo parecer sostiene el autor argentino ZAFFARONI, quien al respecto comenta que *“toda pretensión de agravar la pena de un delito posterior en razón de un delito anterior ya juzgado importa una violación del principio de que no se puede juzgar a nadie dos veces por el mismo hecho. Esta objeción nos lleva a sostener su inconstitucionalidad, pues no hallamos –nadie ha encontrado- una solución racional a este planteo”*<sup>264</sup>

En concreto, la agravante plantea *“insuperables problemas desde el punto de vista del principio non bis in ídem, pues se considera que a través de la pena el delito previamente cometido quedaba justamente retribuido y satisfecho la deuda con la sociedad. Tomar de nuevo en consideración un hecho -el delito- ya castigado, como sucede en el caso de la reincidencia, alteraría la medida de la retribución justa y sería contrario al principio non bis in ídem, en cuanto el delito precedente es inexistente porque la fuerza de la pena lo anuló, y siendo tomado en consideración nuevamente añade un injustificado aumento de la pena”*<sup>265</sup>. Se conduce entonces, que un solo hecho no debe generar consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se plantea así que lo único que puede incidir la reincidencia es en la aplicación de una medida de seguridad post-delictual, pero en ningún caso puede servir de agravación de la pena en si misma considerada.

Más aun, dada esta infracción al principio, existe la radical opinión de los llamados *“Abolicionistas”* cuya doctrina propugna la anulación de leyes, preceptos o costumbres que consideran atentatorios a principios éticos y morales. La Reincidencia se encontraría fuera

---

<sup>263</sup> GROIZARD en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 490p.

<sup>264</sup> ZAFFARONI Eugenio Raúl, *“Manual de Derecho Penal. Parte General”* Buenos Aires, Editorial Ediar, 2002, 718p.

<sup>265</sup> GIANNITI citado por MARTINEZ DE ZAMORA en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 492p.

de estos patrones morales, por tanto abogan por su derogación. Al frente de estas ideas están los autores BUCELLATTI y KLEINSCHROD para los cuales *“en todo caso la reincidencia debería operar como una causa de exclusión o atenuación de la pena, ya que los reincidentes obrarían por lo general fatalmente impulsados por el hábito y, por consecuencia, con menor libertad y menor conciencia del mal causado”*<sup>266</sup>, esto es, con una imputabilidad disminuida que justificaría una atenuación de la pena o, en el caso extremo, la inimputabilidad del autor.

En un curso crítico, y en contraposición a lo antes expuesto, existen aquellos que se encuentran a favor de la agravación por Reincidencia en cuanto estiman que *“aunque el viejo delito se toma en cuenta indirectamente a través de la condena, no se hace para castigarlo de nuevo, sino para servir de base a una nueva previsión legislativa en relación con la gravedad de un acontecimiento futuro e incierto, cual es la comisión por el ya reo de otra infracción, sólo en cuyo momento podrá hablarse de reincidencia”*<sup>267</sup>, no se estaría en presencia de una violación al principio del *Non Bis In Ídem* dado que se trata de una agravante previamente concebida no solo para ser interpuesta contra la persona del reo ya condenado, sino que también contra cualquier otra futura persona, a modo de previsión o precaución, que al cometer un hecho delictivo luego pueda recaer nuevamente en el delito. Se está más a la persona del “delincuente” que sobre los hechos que presuponen esta calificación, irrelevante es la consideración del hecho anterior.

Semejante pensamiento tiene MAIER: *“páreceme que la anatematización de la agravación de la pena del delito posterior para el reincidente, en virtud de la regla básica del Ne bis in ídem, suena tanto una exageración, conforme un buen sentido común, como una desviación al problema de su ámbito específico. En realidad, aquello que se toma en cuenta para que esta agravante genérica incida sobre la escala penal o tan solo sobre la forma de cumplir la pena, no es en si la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, si no el hecho que “etiqueta” al autor de la condena o de la pena sufrida. El hecho punible*

---

<sup>266</sup> BUCELLATTI y KLEINSCHROD en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 492p.

<sup>267</sup> MARTINEZ DE ZAMORA en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 493p.

*anterior, en si no se vuelve a juzgar, ni se pena nuevamente, si no que la condena o la pena sufrida determina una clase especial de autores*”<sup>268</sup>. Se aprecia así al SER reincidente, no al hecho anterior en contraposición al posterior, y todo imputado que haya sido ejecutoriadamente condenado previamente se haya en un potencial estado de Reincidencia desde el momento en que adquiere firmeza su condena y hasta la fecha en la que concluya el plazo para la cancelación de sus antecedentes o la prescripción.

A favor de la agravante, CARRARA contesta que “*pronto destruye ese dilema el que pone la razón de la agravante contra el reincidente, no en los cálculos de la imputación sino en los de la fuerza objetiva de la pena.*” Luego explica que, cuando un condenado, después de haber experimentado un sufrimiento efectivo, vuelve a delinquir, da una señal manifiesta de que desprecia ese sufrimiento y que para él no es freno suficiente esa suma de penas, por lo que se justificaría una pena mayor que detenga ese impulso delictivo. En tal caso, sería inútil renovar contra él la misma pena, pues la presunción de la suficiencia relativa de la fuerza objetiva de ese castigo queda contradicha con el delito, supone una presunción de mayor insensibilidad del delincuente respecto de la pena sufrida la primera vez, insensibilidad que corresponde solo respecto del nuevo delito y que integra el reproche solo de este delito<sup>269</sup>

El debate ha tomado la mayor extensión dentro del círculo de la doctrina española, debate que ha propiciado diversas modificaciones al estatuto de la Reincidencia y que además ha llevado su discusión al conocimiento del Tribunal Constitucional Español. Si bien este órgano constitucional es el encargado de ejercer la función de supremo intérprete de la Constitución, lo cierto es que no ha mantenido una postura uniforme respecto a la constitucionalidad de la Reincidencia a la luz del principio del *Non Bis In Ídem*. Podemos encontrar fallos en una y otra dirección:

- A favor de la consideración de que la Agravante es Inconstitucional por violar la prohibición del Bis In Ídem en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 65/86 que

---

<sup>268</sup> MAIER Julio, “*Fundamentos Constitucionales del Procedimiento*”, Buenos Aires, Editorial de Palma, 2002, 640p.

<sup>269</sup> CARRARA Francesco, “*Programa de Derecho Criminal*”, Volumen 2, Editorial Reus, 2004, p. 205

afirma “Las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad sólo se podrían plantear cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación con la gravedad de la culpabilidad. Por lo tanto, se sostenía, cuando la pena por el hecho anterior ya ha sido cumplida, la culpabilidad ha quedado cancelada y al ser tomado en cuenta nuevamente ese hecho para incrementar la pena por el nuevo delito, es evidente que tal aumento punitivo vulnera el principio "ne bis in ídem"<sup>270</sup>”. Se entiende vulnerado por tanto, más bien a la luz del principio de culpabilidad que trataremos más adelante.

- En sentido contrario, se dictó por el Tribunal la STC 2/98 “Es claro, en consecuencia, que con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. Es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, queda fuera del círculo propio del principio non bis in ídem”<sup>271</sup>. Sostiene así la completa validez constitucional de la agravante, declaración que no ha dejado de estar expuesta a la crítica de la doctrina Española por todos los argumentos antes expuestos. Resolución que por lo demás fue reiterada bajo el mismo fundamento por el fallo STC 150/91.

---

<sup>270</sup> BACIGALUPO Op Cit 120p.

<sup>271</sup> AGUDO FERNANDEZ Op Cit 496p.



De acuerdo o no con estas premisas, no se ha zanjado totalmente la controversia y se pueden encontrar planteamientos a favor y en contra de su inconstitucionalidad.

## **B. Principio de Proporcionalidad**

Como elemento de legitimidad para la afectación de derechos fundamentales, para ETCHEBERRY “*el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal*”

Esta justa medida se traduce en que “*la sanción debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. En otros términos, la pena (tipo de sanción y su extensión) será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria" y en ningún caso puede exceder esa necesidad*”<sup>272</sup>. Se agrega “*Este principio postula la proporcionalidad de la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole de bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de la culpabilidad del hechor*”<sup>273</sup>. Así, al determinar abstractamente la pena, el legislador debe proceder según sea la importancia de los bienes jurídicos afectados jerárquicamente considerados, y en su aplicación, corresponde al juez usarla dentro de un ámbito de racionalidad que no derive en la utilización de la persona como medio de conminación penal.

---

<sup>272</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 49p.

<sup>273</sup> POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ Op Cit 71p.

Si bien es innegable su existencia y aplicación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, lo cierto es que no es tarea fácil determinar donde se encuentra su fundamento legal y positivo dentro de la Constitución, tarea que incluso ha creado debate en cuanto a la factibilidad de su conocimiento como objeto de recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucional de parte del Tribunal Constitucional. Al no existir texto expreso respecto de su manifestación, se invocan otras diversas disposiciones constitucionales que contendrían implícitamente algo de este principio, tales como: la regla que prohíbe las penas o tratos inhumanos y degradantes, la que reconoce la dignidad de las personas y los derechos inviolables que le son inherentes, e incluso el principio de igualdad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia número 797 del año 2008 proclama que *“La definición de pena en el Diccionario Jurídico Espasa (Madrid, 1995), es elocuente de la gravitación descrita:” La justicia exige proporcionalidad entre el delito cometido y la pena prevista para aquél.” Así, la proporcionalidad no sería una resultante de los designios de la política criminal vigente en una época y en un país determinado, ni tampoco una manifestación de algún valor fundamental del derecho, como la igualdad, sino que constituye un principio jurídico en sí mismo, tanto del derecho penal como del fenómeno jurídico en su amplitud. Así lo sostienen influyentes juristas contemporáneos”,* o sea, lo admite como un principio jurídico independiente a otros valores fundamentales bajo criterios de continuidad y permanencia.

A modo de solución, se ha dispuesto que *“en suma, entonces, el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido o integrado en el ordenamiento constitucional chileno en aquella regla que declara la prohibición general de la arbitrariedad, así como aquella que consagra la garantía genérica de los derechos establecida en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (Artículo 6 y 7 y 19 número 2 de la Carta fundamental) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (Artículo 19 número 26), además del valor justicia inherente al Derecho. Por ello, lo que no puede dar lugar a dudas es que el límite al despliegue de cualquier actividad legislativa que pretenda regular o limitar dicho contenido esencial, viene dado por el Artículo 19*

número 26 y el art. 5 inciso segundo de la Carta fundamental, quedándole proscrito cruzar esa frontera sin afectar al derecho en sí mismo, lo que siempre es inconstitucional”<sup>274</sup>

En cuanto a su fundamentación, el profesor BOROWSKI señala que “descansa en dos argumentos. Por una parte, se lo fundamenta por referencia al principio del Estado de Derecho conforme al Artículo 20 párrafo tercero de la ley Fundamental. Por otra parte se sostiene que la estructura normativa de los derechos fundamentales hace necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad”<sup>275</sup>

Este principio deviene en la denominada “Prohibición de Exceso” según la cual el Estado no puede ir más allá en relación a los legítimos derechos de oposición que son favorables para el ciudadano. Está compuesta por tres elementos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu* de la actividad estatal desplegada. La *idoneidad* se refiere a que el mecanismo que el Estado ha elegido para lograr determinados fines sea apto para conseguirlos, excluyéndose la adopción de aquellos que infrinjan un derecho constitucional; la *necesidad* se refiere a la imposibilidad de lograr la misma finalidad con un medio distinto que afecte en menor medida los derechos fundamentales de los ciudadanos; y la *proporcionalidad* exige efectuar una ponderación entre la gravedad de la afectación de derechos efectuada por el Estado y la entidad de los bienes que se pretende tutelar<sup>276</sup>. Se señala que para la fijación de las penas se debe tomar en cuenta:<sup>277</sup>

a) La magnitud de la lesión del bien jurídico protegido. Vinculándolo con el principio de lesividad, según el cual la actividad represiva del estado solo se legitima en cuanto se circunscribe a la protección de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, en concordancia con la intensidad de la lesión.

b) La intensidad del reproche de su autor. Vinculándolo con el principio de culpabilidad, teniendo en cuenta la reprochabilidad al determinar la gravedad del castigo

---

<sup>274</sup> NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”, Tomo I, Santiago, Editorial Librotecna, 2008, 97p.

<sup>275</sup> BOROWSKI Martin “La función del principio de Proporcionalidad” en ORTIZ Pablo y RIOS Rodrigo “Ganancias ilícitas. Una revisión crítica a su tratamiento legal en Chile”, Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae, año 2011, 98p.

<sup>276</sup> ALEXY Robert en ORTIZ Y RIOS Op Cit 99p.

<sup>277</sup> GARRIDO MONTT Y NÁQUIRA.

c) La nocividad del comportamiento.

La retribución entendida bajo los lineamientos de un Estado de Derecho se transforma en una garantía a favor del individuo consistente en la prohibición de que la medida del castigo trascienda a la gravedad del hecho cometido, y es la agravación de ese hecho en caso de procedencia de Reincidencia lo que ha encendido la discusión respecto a la vulneración de este principio en distintos niveles. A saber:

Hay quienes consideran que la Reincidencia vulnera esta protección al sancionar un hecho delictivo con penas más graves que la propia entidad del daño representado para la infracción, contraviniendo el principio de prohibición de exceso. En consecuencia, y sobre el principio de culpabilidad, se exceden los límites establecidos para la culpabilidad del delincuente y su responsabilidad solo por el hecho cometido. Para ROXIN *“hay un elemento decisivo de la teoría retributiva que debe tener lugar en las teorías preventivas de la unión: el principio de culpabilidad como medio para limitar la pena. Dicho con otras palabras: se trata de la prohibición de que la gravedad de la pena que se impone por un delito supere la gravedad de la culpabilidad referida al concreto delito, aunque ello pudiera ser justificado por necesidades preventivas (especiales o generales)”*<sup>278</sup>.

Sin importar la función de la pena que sea atribuida, la gravedad del delito se aprecia en atención al delito en concreto y no debe extenderse más allá de estos límites, bajo pretexto de ser preventiva. *“La cuantía de la gravedad del mal que debe servir de base para la graduación de la pena debe estar determinada por la gravedad del hecho antijurídico del cual se culpa al sujeto”*<sup>279</sup>, la Reincidencia conforma una agravación por el acaecimiento de un hecho anterior en conjugación a un hecho posterior que se pretende sancionar, aumentado la cuantía de la pena atribuida a este en abstracto, a fin de materializar una medida ejemplar como prevención de nuevos delitos, lo que sería desproporcionado y, por tanto, inconstitucional. Toman en cuenta además que la Reincidencia no solo se aplica como una medida de agravación, sino que además en distintas normas específicas y en muchas otras etapas de la persecución penal, tal como se indicó en el primer capítulo de

---

<sup>278</sup> ROXIN Claus, *“Lehrbuch des Strafrechts”* Citado en BACIGALUPO Op Cit 159p.

<sup>279</sup> KUNSEMULLER Carlos, *“Culpabilidad y Pena”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, 64p.

este trabajo (por ejemplo: causa de negativa a la otorgación de beneficios penitenciarios o como motivo que debe apreciarse al imputar medidas cautelares) lo que, claramente, aparece como desproporcionado para quien es reincidente, alterando la justa medida que deben apreciar las sanciones penales.

De acuerdo con lo expresado, pero en orientación a la persona del reincidente, BUSTOS concibe que *“la protección de bienes jurídicos, funcionalizada en el fin preventivo general negativo o positivo de la pena, supone un uso de esta dentro de un ámbito de racionalidad que no derive en la utilización de la persona como medio de funcionalismo exagerado o arbitrario. La reincidencia generalmente se funda en el desprecio permanente contra los bienes jurídicos por parte del sujeto, lo que no puede representar ni mayor responsabilidad (ya que se funda en un rango permanente), ni en mayor injusto. Tal rasgo de carácter no puede fundamentar, una agravación (Salvo una concepción peligrosista radical ajena a un derecho penal de un Estado de Derecho)”*<sup>280</sup>. Se relaciona con el argumento anterior, en que constituiría una agravación arbitraria al extenderse más allá que el hecho cometido, pero se diferencian en que se trataría de una medida que instrumentaliza a las personas en pro de una determinada fórmula de función de la pena o política criminal, atentando contra los derechos fundamentales inherentes al ser reconocidos por la Carta Magna.<sup>281</sup>

Recordemos en este sentido que la dignidad entendida como cualidad moral, indica el valor absoluto del ser humano en cuanto tal, según KANT, los seres humanos a diferencia de los objetos que tienen valor, tienen dignidad, y la igual dignidad de todos los seres humanos se expresa en la idea de la persona como fin en sí, *“el imperativo práctico es por tanto el siguiente: actúa de tal manera que nunca utilices la humanidad como mero instrumento ni en tu persona ni en la persona de los demás, sino siempre como fin”*<sup>282</sup>.

Precisamente, *“La dignidad de la persona requiere que las personas sean un fin en sí mismas y que no sean utilizadas como medio para obtener otros fines. El libre desarrollo*

---

<sup>280</sup> BUSTOS Juan Op Cit 430p.

<sup>281</sup> [Recapitulemos al respecto las teorías sobre los fines de la pena estudiados en el capítulo anterior, en especial, en lo relacionado a las críticas a las Teorías Relativas que instrumentalizarían al delincuente]

<sup>282</sup> KANT, *“Introducción a la teoría del Derecho. Introducción a la metafísica de las costumbres”* en AGUDO FERNANDEZ 456P.

*de la personalidad presupone que la actuación penal del Estado sea previsible y ajustada a límites que no conviertan la libertad en excepción, y que la libertad sea protegida dentro del marco jurídico de la Constitución”<sup>283</sup>. Conforme a esta razón “sería un despropósito entonces extremar el recurso preventivo penal exacerbando el rigor de las penas para desincentivar a aquellos que pretendan rebelarse contra el sistema, porque su objetivo no es aterrorizar a la sociedad, si no tranquilizarla asegurando la coexistencia. Por lo demás el Estado cuenta con numerosos otros recursos conducentes a ese efecto”<sup>284</sup>.*

En general, toda medida de utilización o instrumentalización de la persona es siempre altamente cuestionada, y sería este el caso: utilizar a la persona del reincidente y aplicarle una pena ejemplificadora, mayor a la correspondiente de no concurrir esta circunstancia, a fin de que otros condenados se abstengan de cometer nuevo delito. Siendo indudable el efecto intimidante de las amenazas penales, estas estarían atendiendo más al temor que infunden que a la proporcionalidad que deben procurar, contrariando los requisitos de idoneidad y necesidad desconociendo la directa relación que debe tener con el delito cometido, siendo considerada igualmente como una medida desproporcionada e inconstitucional.

Existe también una postura contraria de quienes sostienen que esta agravante no constituye ninguna violación al principio invocado. Esto por cuanto existe una idea de proporcionalidad que no puede ser desvinculada con las consideraciones sobre el fin y función de la pena. Generalmente se acepta que no es posible determinar la medida de la pena si esta no está orientada a un fin, por lo que las decisiones que se adopten deben venir dadas por los objetivos que se consiguen con la misma. Justamente, la racionalidad de este proceso exige la orientación a los efectos que tendrá la pena en el individuo particularmente considerado; en el caso del aumento punitivo por reincidencia, este no deriva de la gravedad del delito, si no de la particular capacidad delictiva demostrada por el sujeto, criminalidad que el juez debe considerar en la aplicación de la pena (*“se basa en la tendencia del autor al delito, es decir, en una circunstancia ajena a la culpabilidad por el*

---

<sup>283</sup> HESSE en BACIGALUPO, “Principios Constitucionales del Derecho Penal”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999, 24p.

<sup>284</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 20p.

*hecho, y como es claro, la gravedad de esta culpabilidad no tiene por qué coincidir con las necesidades de prevención especial de la pena*"<sup>285</sup>)

Si se recuerda la definición de un principio “*la sanción debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos*”, consecuentemente esta sanción no debe desconocer la calidad de reincidente ni los objetivos políticos tendientes a disminuir los niveles de criminalidad en personas reincidentes. En fin, la idea de proporcionalidad se relaciona directamente con la exigencia que se impone al Estado democrático de no desconocer la relevancia de la dañosidad social provocada por el delito según las valoraciones dominantes, valoraciones que tienden a ser mayores en el caso de imputados de alta peligrosidad o reincidentes.

Sin lugar a dudas, la no manifestación expresa de los dos principios antes descritos en nuestra Carta Fundamental, dificulta el estudio de las mismas sobre a su adecuación con la aplicación de determinadas medidas penales o el uso de la legislación penal.

### **C.- Principio de Culpabilidad**

El principio de Culpabilidad o “*Nulla Poena Sine Culpa*” es parte fundamental de un Estado democrático de Derecho y un Derecho Penal que reconozca ciertas garantías esenciales e irrenunciables a todas las personas. “*La necesidad de que al sujeto que realizó un hecho dañoso pueda imputársele también subjetivamente el resultado de su acción – como condición para la existencia del delito- es una noción proveniente ya desde Aristóteles y universalmente admitida en el derecho comparado, incluidos ordenamientos tan diferentes como el francés, donde se habla del élément moral o intellectuel del delito, el*

---

<sup>285</sup> JAEN VALLEJO, "Reincidencia y derecho penal de culpabilidad" en "Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal". Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, 719p.

*italiano (colpevolezza), el holandés, e incluso el derecho inglés, donde se conoce como mens rea*<sup>286</sup>”

La vida en comunidad requiere la adecuación de nuestra conducta a los parámetros exigidos por el orden social, su desconocimiento acarrearía la responsabilidad penal y la aplicación de una sanción que procure mantener o perpetuar ese orden social “*la vida práctica y también el derecho establecen determinadas exigencias normativas a las personas que pertenecen a la comunidad social; las cuales tienden a establecer qué es lo que se les puede reclamar corrientemente a una persona en esta situación externa e interna. El derecho, como regla general de la convivencia social humana, debe "generalizar", o sea referirse a conceptos y costumbres generalmente válidas. Es preciso atenerse, aun cuando la vida individual experimente con ello ciertas limitaciones, a lo que es "posible" en determinadas circunstancias "típicas"*”<sup>287</sup>. Por lo tanto, es culpable, en el sentido del derecho penal, el que no cumple las exigencias a él dirigidas.

El postulado base es que no hay pena sin culpa o más bien que *solo podrá ser castigado un autor de una conducta típica y antijurídica que sea ejecutada culpablemente*. La imposición de la pena presupone la realización culpable de un hecho típico por lo que, como límite al Ius Puniendi, la reacción punitiva requiere como presupuesto de su imposición la concurrencia de una reprochabilidad al autor en particular que comete el hecho. Como señala JESCHECK “*la culpabilidad es el fundamento para poder responsabilizar personalmente al autor por la acción típica y antijurídica que ha cometido mediante una pena estatal. Es al mismo tiempo un requisito de la punibilidad y un criterio para la determinación de la pena. En este doble sentido se habla de la culpabilidad como principio*”.<sup>288</sup> En cuanto principio es finalmente el fundamento de la pena y el criterio dominante de su magnitud: “*el SI y el COMO de la pena*”<sup>289</sup>.

---

<sup>286</sup> POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ Op Cit 244p.

<sup>287</sup> MEZGER Edmund, “*Derecho Penal Parte General*”, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, 198p.

<sup>288</sup> JESCHECK Hans-Heinrich, “*Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>, España, 2003, 3p.

<sup>289</sup> SCHUNEMANN Bernd, “*La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal Preventivo en Revista Sistema Moderno de Derecho Penal*”, Madrid, Editorial Tecnos, 1991, 85p.



Por consiguiente, el principio de culpabilidad, definido por CURY como “*reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho*”<sup>290</sup> es expresado como uno de los elementos del delito (acción y omisión típica, antijurídica y culpable) y encontramos el principio como fundamento y medida de la pena aplicada “*la pena debe representar el reproche exacto de esta, no aplicándose más que en la medida y extensión de aquella, siempre, por supuesto, dentro de los límites de la pena abstracta o amenaza penal, con que se encuentre legalmente conminado el correspondiente tipo de injusto*”<sup>291</sup>. Se expondrá separadamente uno y otro sentido de la culpabilidad, primero en tanto cuanto elemento del delito y luego como fundamento y medida de la pena.

En primer lugar, como elemento del delito, el concepto de juicio de reproche formulado al individuo es la concepción casi unánime en la doctrina, se entiende que “*la pena no puede imponerse sin reproche personal al sujeto que estaba en condiciones de obrar diversamente*”<sup>292</sup>. Este reproche, tiene como fundamento material la libertad del ser: el hombre es libre para actuar y, consecuentemente, será responsable de los hechos que comete toda vez que, pudiendo determinarse dentro de su libre albedrío a realizar lo lícito, escoge lo ilícito conociendo los efectos de esta elección de manera previa (que será una sanción por parte del Estado). Precisamente, Se dice que del concepto de culpabilidad derivan tres componentes: la imputabilidad (como capacidad de conocer lo injusto del actuar y determinarse conforme a ese conocimiento), la posibilidad de comprender lo injusto en el acto concreto y la posibilidad concreta de auto determinarse conforme a las exigencias del derecho, de consiguiente “*el Estado tiene restricciones para ejercer la facultad de imponer penas; sólo puede hacerlo tratándose de personas culpables, o sea que en su calidad de imputados tienen capacidad de comprensión de la realidad en que actúan y conciencia de la significación jurídica de sus actos*”<sup>293</sup>

---

<sup>290</sup> CURY Op Cit 387p y Ss

<sup>291</sup> RIVACOBAY RIVACOBAY Manuel, “*El principio de culpabilidad en el Derecho Penal Chileno*”, en Revistas Actas de las Jornadas internacionales de Derecho Penal en celebración al centenario del Código Penal Chileno, Sección segunda, Tema segundo, Santiago, 1975, 54p.

<sup>292</sup> POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ Op Cit 72p.

<sup>293</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 90p.

En la consideración de la culpabilidad, sería poco razonable castigar a quien no se le puede exigir una conducta distinta en razón de su propia capacidad de autodeterminación y conocimiento de la situación en que se encuentra, *“la facultad del hombre de auto determinarse y, por ende, de elegir entre el bien y el mal. De ahí que si, por razones de edad o de salud psíquica, no actúa libre e inteligentemente, es inimputable y no responde de su acción”*<sup>294</sup>. Por lo que este reproche, debe valorar a la persona que comete el delito individualmente considerada, ya que la culpabilidad es eminentemente personal *“el principio de culpabilidad requiere que la pena se aplique sólo al autor de un delito que haya podido comprender, por lo menos, la ilicitud de su comportamiento y haya podido comportarse de acuerdo con ésta, así como que haya obrado sabiendo qué acción realiza, o por lo menos, infringiéndolos deberes de cuidado que le incumben. De estas exigencias generales se deriva que tanto el error sobre las circunstancias del hecho punible como el que recae sobre la anti juridicidad deban ser reconocidos como eximentes de responsabilidad, cuando hayan sido inevitables para el autor”*<sup>295</sup>. En virtud de tales consideraciones, será posible graduar la culpabilidad y con ello cuantificar la medida de la pena según los siguientes elementos:<sup>296</sup>

a) Se toma en cuenta la gravedad del injusto en que el sujeto ha incurrido. Se refleja en la subjetividad del autor a través del conocimiento que tiene de las consecuencias de su conducta (dolo) o de la previsibilidad de ellas (culpa). Mientras más considerable es, con mayor energía ha debido obrar como contramotivo inhibitorio.

b) Tener en cuenta las otras circunstancias que han rodeado al hecho y cuya proyección sobre la psiquis del autor modifica su capacidad de auto determinarse. En ellas, no solo las exteriores del sujeto, sino que además aquellas que encuentran su origen mismo. Corresponde tratar también aquellas situaciones en las que el desarrollo aún no se ha completado o la salud mental se encuentre alterada, pero sin que lo uno y ni lo otro excluyan completamente la capacidad de autodeterminación conforme a derecho.

---

<sup>294</sup> POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ Op Cit 31p.

<sup>295</sup> BACIGALUPO Op Cit 111p.

<sup>296</sup> GOLDSCHMIDT *“La concepción normativa de la culpabilidad”*, 41p. en CURY Op Cit 407p y Ss.

El reproche que de origen a la pena, siendo así, no podrá sobrepasar la medida de la culpabilidad hecha la determinación según estos factores (y otros como el grado de desarrollo del delito o consideraciones de prevención general o especial). En opinión del profesor NÁQUIRA *“Se tiende a mal entender que el grado de reproche social, independiente de la conducta delictuosa que haya cometido, determinará la pena que se le imponga al sujeto. Si bien se debe partir de la base del injusto para determinar la culpabilidad y posteriormente imponer una pena, no puede sancionarse de manera más grave por el solo hecho de ser el ilícito de mayor gravedad. Esto debido a que la reprochabilidad social respecto al sujeto es personal”*. Consecuentemente, al no ser un reproche social sino particular *“a mayor reproche (culpabilidad) mayor pena. Así se alza la culpabilidad como otro elemento determinante de la gravedad del castigo. Es por ello que el legislador no puede someter a un mismo tratamiento a un menor que a un adulto, a un indígena que al sujeto adaptado al mundo civilizado”*<sup>297</sup>

Como vemos, la determinación de la pena concreta debe estar de acuerdo con el grado de reprochabilidad individual, y esta en relación a cada uno de los factores que permiten tal reprochabilidad por haber cometido un delito claramente indicado en la ley penal *“el haber podido actuar diversamente como condición subjetiva para imponer pena en un caso concreto es un concepto que siempre debe ser referido al derecho positivo y que supone la presencia de todos los requisitos necesarios para poder formular el reproche de culpabilidad penal. Aquí pertenecen cuestiones tales como la integración o no del dolo y de la culpa como ingredientes o formas de la culpabilidad, en qué medida el conocimiento de la anti juridicidad puede ser considerado como un elemento integrante autónomo, distinto del conocimiento requerido por el dolo, cuál es el alcance de la exigibilidad como elemento normativo de la culpabilidad, cuál es el alcance de la imputabilidad, como capacidad para ser culpable, etc.”*<sup>298</sup>

Sin embargo, se debe tener presente que, aunque el reproche se dirige a la persona del autor y atiende a sus cualidades para determinar si conocía los resultados de su acción o la previsibilidad de estos, este reproche no se funda “en” la persona si no en “el hecho ilícito

---

<sup>297</sup> RIVACOBBA, *“El principio de culpabilidad en Jornadas Internacionales de Derecho Penal”* citado en GARRIDO MONTT Op Cit 53p.

<sup>298</sup> POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ Op Cit 253p.

cometido”. Sin mediar un hecho delictivo descrito en la ley por parte del inculpado no habrá determinación alguna respecto de su culpabilidad.

Es claro que el principio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege*, favorece más el desarrollo de un Derecho penal del hecho que el de un Derecho penal de autor, y ello porque se describen acciones y penas que ese hecho conlleva (recordemos el aforismo *lex stricta, certa, scripta y praevia*), no describe preceptos penales que atiendan a un elemento caracterológico en la persona del autor o su posible esencia criminal, ni menos existen disposiciones que midan a partir de ese parámetro la clase y cuantía de la sanción, parámetro, por lo demás, muy difícil de determinar de modo certero en abstracto en una generalidad de personas. No se sanciona, por tanto, modos de ser, personalidad o temibilidad, solo el acto mismo constitutivo de delito descrito en la ley *“la culpabilidad, así estructurada, es reproche por el acto cometido. Se reprueba el haber incurrido en un homicidio, hurto, violación o delito tributario, pero no se emite juicio alguno sobre la personalidad del autor. A nadie debe castigarse por ser perverso o degenerado o irreflexivo o disidente, sino tan solo por los actos concretos que ha ejecutado. La personalidad únicamente se toma en consideración, como tal, para establecer si está conformada de manera que la habilite para servir de base al juicio de reproche (imputabilidad), y puede también ser tomada en cuenta, como una más entre las circunstancias concurrentes para graduar el reproche por el acto. Un derecho penal de actos, se funda en una culpabilidad por el acto”*<sup>299</sup>.

Como principio de certeza jurídica *“la distinción entre Derecho Penal de acto y Derecho Penal de autor no es sólo una cuestión sistemática, sino también, y fundamentalmente, política e ideológica. Sólo el Derecho Penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente. El Derecho Penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo”*<sup>300</sup>. El principio de culpabilidad excluye de manera categórica la posibilidad de determinar la pena sólo, o fundamentalmente, por la peligrosidad del autor o por las necesidades de defensa social, esto por el respeto que el Estado de Derecho debe a la dignidad humana.

---

<sup>299</sup> CURY Op Cit 403p.

<sup>300</sup> MUÑOZ CONDE, “Teoría general del delito”, pág. 10 citado en KUNSEMULLER Op Cit 221p.

En segundo lugar, como fundamento y medida de la pena y sin perder relación con lo anteriormente dicho, el principio de culpabilidad incide en su individualización estableciendo que la gravedad de la culpabilidad determina el máximo de la gravedad posible de la pena aplicable. Del valor Justicia se deduce tanto que la pena sea proporcionada a la gravedad del hecho, como que ésta dependa de la reprochabilidad del autor y no se extienda más allá que esta *“el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los presupuestos de la pena y, además, en el marco de la individualización de la pena, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad”*<sup>301</sup>.

Este límite, otorgado por la culpabilidad, se relaciona íntimamente al principio de proporcionalidad explicado en el número anterior, y el elemento a comparar para conocer si una sanción es o no proporcional será justamente si esta se ajusta a la culpabilidad del hecho *“este principio postula la proporcionalidad de la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole de bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de la culpabilidad del hecho”*<sup>302</sup>. Una sanción desproporcionada carece de fundamento y sentido, lo que sería un error para el Estado de Derecho Democrático *“no hay pena más efectiva que la pena justa y proporcional: la pena desorbitada puede llegar a ser criminógena”*<sup>303</sup>

Independientemente del tipo de sistema penal o de la motivación que tenga la imposición de una pena en un ordenamiento, no debe aplicarse cierta sanción para que esta obedezca exclusivamente a tales fines esperados por la autoridad que las crea y aplica. Según ha explicado ampliamente BACIGALUPO *“En la práctica significa que las necesidades de la prevención (general o especial) sólo se pueden tener en cuenta legítimamente hasta el límite de la gravedad de la culpabilidad del autor.”*<sup>304</sup>. Incluso *“Se ha sostenido que no puede pretenderse con ella (la pena) ningún otro objetivo (por esa razón estas tendencias se califican como absolutas), y por lo tanto sus consecuencias naturales no ofrecen interés.*

---

<sup>301</sup> ÍDEM

<sup>302</sup> POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ Op Cit 71p.

<sup>303</sup> GARCIA PABLOS citado en GARRIDO MONTT Op Cit 292p.

<sup>304</sup> BACIGALUPO Op Cit 111p.

*La sanción es para hacer justicia en el mundo, no le corresponde provocar efectos sociales posteriores. Su única medida es la culpabilidad del delincuente”.*<sup>305</sup>

Al objeto de evitar que la persona sea utilizada como un medio para la realización de fines que le son ajenos y quebrantar con ello su dignidad humana, el principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma.

a) De una parte, condiciona el **SI** de la pena, pues sólo será legítima la pena que tenga como presupuesto la culpabilidad del autor. Desde este punto de vista, la culpabilidad tiene por objeto la constatación de los elementos que fundamentan la reprochabilidad del autor y se erige como la justificación de la imposición de la pena

b) De otra parte, condiciona el **QUANTUM** de pena, dado que sólo se considerará legítima la pena que resulte adecuada a la culpabilidad del autor. Desde esta perspectiva, la culpabilidad tiende a establecer los criterios de la medición de la gravedad del reproche. Se trata de la relación de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche<sup>306</sup>

Determinará finalmente el **máximo de la sanción** “*Por supuesto el punto de partida en la determinación de la pena lo proporciona la gravedad del injusto. Pero esta a su vez, solo cobra eficacia en tal sentido en cuanto, al ser asumida conscientemente por el autor, se le puede reprochar también a él personalmente como una elección suya. Así pues, la censura que se dirige al agente no se refiere a su actitud subjetiva considerada en abstracto, si no en relación a un ilícito definido que él ha querido ejecutar pudiendo abstenerse de hacerlo*”, entendamos que en cuanto más graves fueron las consecuencias previstas o previsibles del hecho cometido, mas poderosamente debió obrarse conforme a derecho y es ese desobedecimiento el que atribuye mayor culpabilidad y más pena, por el contrario, si esa culpabilidad se encuentra disminuida por alguna causa, la pena por ese hecho no podrá considerarse desconociendo esas causas atribuyendo mayor culpabilidad, puesto que las situaciones son distintas. Asimismo, por ejemplo, no puede tener igual culpabilidad e igual pena una persona que cometió homicidio queriendo hacerlo, a una que lo causa siendo su

---

<sup>305</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 62p.

<sup>306</sup> IDEM

intención causar lesiones menos graves, “*el interés que la comunidad jurídica tiene en que no se viole o amenace un bien jurídico, se traduce en las representaciones de valor de sus componentes, y de este modo, influye en la determinación de la gravedad de la culpabilidad*”<sup>307</sup>.

Se impone sanción para restaurar el equilibrio en el ordenamiento jurídico alterado por la comisión del delito; se trata de compensar la culpabilidad del autor con un mal que la autoridad le causa, se impone pena para hacer justicia.

Conocidas las dos caras del Principio de la culpabilidad, para luego entender mejor el análisis, repasemos esquemáticamente, y a modo de resumen, la esencia de lo expuesto:

1.- No hay pena sin Culpabilidad: La sociedad no puede hacer un reproche a un individuo que solo ha cometido una conducta típica y antijurídica, no puede sancionarlo sin culpabilidad. No obstante, la doctrina se encuentra conteste en que la culpabilidad debe ser aplicada de manera estricta exigiéndose solo para aplicar una pena, no así una medida de seguridad que solo se fundamentará por la presencia de una actuación típica y antijurídica.

2.- La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad: La determinación de la pena depende de diversos factores, tales como la menor o mayor gravedad del injusto, el grado de desarrollo del delito, si la conducta fue dolosa o imprudente, el mayor grado de culpabilidad del autor, etcétera. La culpabilidad es la medida de la pena. Esta parte del principio puede verse alterado por principios de prevención general o especial que pueden imponer una pena por debajo de la culpabilidad (por ejemplo: delitos culposos donde se impondrá una pena menor al daño efectivamente causado)<sup>308</sup>

Expuesto el principio, debemos buscar su consagración constitucional o legal en nuestro ordenamiento jurídico Chileno. Como ya es habitual, no será una misión simple ya que no existe un recogimiento explícito del principio, cuestión ampliamente debatida por nuestra

---

<sup>307</sup> GOLDSCHMIDT, “*La concepción Normativa de la Culpabilidad*”, 43p. en CURY Op Cit 390p.

<sup>308</sup> [Esquema de la función limitadora del principio de culpabilidad en NÁQUIRA Op Cit 17p]

doctrina. Paradójicamente, la culpabilidad si está concebida como un elemento indispensable para que exista responsabilidad penal según el punto Sexto de la Declaración de Principios del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica aprobada en la primera reunión de la Comisión Redactora el año 1963, que declara "*No hay delito sin culpabilidad. Las leyes penales deberán proscribir toda forma de responsabilidad objetiva*".

Para los autores, la forma de consagración constitucional dista mucho de ser satisfactoria desde el momento en que no contempla una norma que directamente haga exigible el elemento de la culpabilidad en todos los delitos, como si acontece por ejemplo, con las garantías de legalidad e irretroactividad. "*Del mismo modo que ocurrió en Alemania y España en su momento, el pensamiento penal chileno contemporáneo se ha ocupado de escudriñar si es posible inferir, a partir del catálogo de normas jurídicas superiores garantistas establecidas en la Carta Fundamental, el reconocimiento y vigencia del principio de culpabilidad, en cuanto garantía informadora de nuestro orden jurídico y específicamente de nuestro sistema penal*".

El profesor KUNSEMULLER describe correctamente cada una de las más relevantes posturas existentes<sup>309</sup>: entre los juristas chilenos, el maestro LUIS COUSIÑO caracteriza al principio de culpabilidad como "*un problema de derecho constitucional y no de pertenencia exclusiva del derecho penal, puesto que se refiere a los derechos fundamentales del hombre, como sujeto de la organización jurídica y política de la nación*". Estima que pese a no haberlo consagrado expresamente la Constitución de 1980, el principio fluye implícitamente de varias de sus disposiciones y del contexto general de su filosofía y estructura. Encontrándose los soportes normativos: en el artículo primero de la Carta que asegura que "*los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*" y que "*el Estado está al servicio de la persona humana*"; en los preceptos que consagran el Estado de Derecho "*de modo indiscutible y permanente*"; en el inciso segundo del artículo 5 conforme al cual, "*el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*"; en el artículo 19 número 3 que asegura a todas las personas un derecho inalienable que "*La ley no podrá presumir de*

---

<sup>309</sup> KUNSEMULLER Op Cit 30p y Ss.



*derecho la responsabilidad penal*". Finalmente, añade la presunción de inocencia consagrada en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos -vinculante para Chile- que estima contenedora del "*nulla poena sine culpa*", ya que al inocente no se le puede condenar a una pena<sup>310</sup>.

El profesor Alfredo ETCHEBERRY aborda el tema a partir de la declaración conforme al cual "*la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*". Estima que esta proclama representa un progreso sobre la Carta anterior (1925), que no la contemplaba, pero deja constancia de su objeción al intento de quienes quieren ver aquí la consagración jurídica del principio "*no hay pena sin culpabilidad*", sobre la base de que al no poder presumírsela de derecho, estaría eliminada la responsabilidad objetiva. "*Desearíamos que así fuera -señala- pero en realidad, si bien se mira, la disposición constitucional prohíbe presumir de derecho la culpabilidad en los casos en que ésta es exigible según la ley, pero no excluye la posibilidad de una ley que establezca casos de responsabilidad objetiva, es decir, en que la culpabilidad no se presume, sino que simplemente se prescinde de ella y se castiga un hecho haya o no culpabilidad*". No hay una regla constitucional expresa que exija que siempre deba haber culpabilidad para que pueda imponerse una pena (*nulla poena sine culpa*)<sup>311</sup>. Al contrario, GARRIDO MONTT no le asigna expresa ni implícitamente rango constitucional al principio de culpabilidad, pero lo que lo encuentra manifestado o traducido en la presunción de inocencia.

JAIME NÁQUIRA RIVEROS, en su Parte General sostiene que la disposición constitucional (Artículo 19 número tercero inciso 6) contempla de manera indirecta y parcial el principio de culpabilidad. De manera indirecta, porque no se refiere a él de modo expreso, sino que lo presupone como un elemento previo a la responsabilidad penal; y de manera parcial, en cuanto deja abierta la posibilidad que el legislador pueda establecer presunciones simplemente legales de culpabilidad. En definitiva, estima que de *lege lata*, relacionando el principio constitucional con el Artículo 11 número primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos y con las normas del Código de

---

<sup>310</sup> COUSIÑO MAC IVER Luis, "*Derecho Penal chileno*", Santiago, Tomo tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992, 5p y ss.

<sup>311</sup> ETCHEBERRY Alfredo, "*Derecho Penal*", Santiago, Tomo primero, Editorial Jurídica de Chile, 1998, 71-72p.

Procedimiento Penal Artículos 42, 109 y 456 bis el dogma tiene acogida en nuestro sistema penal<sup>312</sup>.

POLITOFF sostiene que no obstante, provee nuestro ordenamiento de bases legales para no actuar fuera del principio de culpabilidad: los artículos 456 bis Código Procesal Penal (1906) y 340 (2000) que exigen la convicción del juez sobre la culpabilidad del hechor para poder condenar, y el artículo primero del Código Penal, que define el delito como "*toda acción u omisión voluntaria penada por la ley*".<sup>313</sup>

KUNSEMULLER, por su parte, sostiene una interpretación teleológica y contextual, sustentada en el principio racional de que las leyes deben interpretarse conforme a los fines constitucionales (bases constitucionales del Derecho Penal), a partir de los postulados superiores de que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que el Estado está al servicio de la persona humana (artículo primero, incisos primero y cuarto de la Carta de 1980), en directa vinculación con la prohibición constitucional de la presunción iure et de iure de la responsabilidad penal (y con ello, de la culpabilidad penal) y con la presunción de inocencia asegurada en los pactos internacionales sobre derechos humanos (vinculantes en Chile). Permite sustentar, de manera precaria e imperfecta, y por tanto, insatisfactoria, el reconocimiento del principio de culpabilidad en nuestro orden jurídico-penal. No podemos ocultar, al mismo y propio tiempo, tristes y reprochables excepciones al postulado, como son los delitos calificados por el resultado, sobre cuya inconstitucionalidad hay sólidas opiniones.

Más allá de la discusión esgrimida, es evidente que existen tres puntos de apoyo indudables en la Constitución que fundamentan el rango constitucional del principio de culpabilidad: en primer lugar, la *Justicia*, considerada como valor superior del orden jurídico; en segundo lugar, la *dignidad* de la persona, considerada como fundamento del orden político; y en tercer lugar, el *libre desarrollo de la personalidad*, considerado también como fundamento del orden político. Además de estos valores considerados superiores, tomando la opinión precedente de los autores, podemos encontrar otros preceptos legales y constitucionales que recogen este principio, por nombrar solo algunas:

---

<sup>312</sup> NÁQUIRA Jaime, "*Teoría del Delito*", Santiago, Editorial McGraw Hill, 1998, 323p y Ss.

<sup>313</sup> POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ Op cit 72p.

- Artículo 19 número tercero inciso sexto de la Constitución Política de la Republica que asegura a todas las personas que *“La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”*.
- Artículo primero de la Constitución que reconoce la igualdad de las personas *“las personas nacen libres en dignidad y derechos”*. Libertad que será base fundamental del reproche de la culpabilidad.
- Artículo 11 números primero de la declaración Universal de Derechos Humanos ratificado por Chile que indica que *“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*
- Artículo primero del Código Penal que consagra de modo general una presunción de culpabilidad *“Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.”*.
- Artículo 10 número octavo del Código Penal que contiene la exención de responsabilidad por caso fortuito, exigiendo dolo o culpa.
- Artículo 64 del Código Penal que señala las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal objetivas o subjetivas, se atenúa o agrava la responsabilidad únicamente de quienes tuvieron conocimiento de ellas. Incorporado en la conciencia del autor, aumenta la intensidad del reproche.
- Artículo 58 del Código Procesal Penal que consagra el carácter personal de la culpabilidad *“la acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse si no contra los personalmente responsables del delito”*
- Artículo 340 y 456 Bis del Código Procesal Penal que exigen convicción al juez sobre la culpabilidad del imputado para sancionarlo.

Vemos que el medio jurídico se encuentra dividido en su opinión, pero se adhiera a una u otra postura, es cierto que el texto constitucional reconoce y garantiza el principio de culpabilidad de manera indirecta, o al menos, desde sus líneas esenciales más primitivas.

*“Aun cuando no se contiene en el Código Penal Nacional un compromiso explícito con el principio aludido, ni su contenido-la culpabilidad penal- se halla taxativamente recogida en norma alguna de contenido declarativo-garantista (a menos que se le entienda imbricada en la expresión “voluntaria” de la definición de delito del artículo primero del Código Penal), los autores si están contestes en que el “Nullum Crimen nulla poena sine culpa” es un corolario y complemento del principio de legalidad o reserva, que este último no pasa de ser un postulado vano sin aquel. Entre los distintos principios limitativos del ius Puniendi estatal, el principio de culpabilidad es, junto al principio de legalidad e inmediatamente después de este, el único que tiene su puesto asegurado y cuenta con un amplio y generalizado reconocimiento”*<sup>314</sup>

Ahora sí, luego de comprendido cabalmente el principio en cuestión y tal como en los casos anteriores, corresponde determinar como la Agravante de la Reincidencia transgrede o vulnera a este. Indudablemente, quienes estiman que esta agravante es abiertamente inconstitucional se basan, casi en su mayoría, en la afectación del principio de culpabilidad. Encontramos justamente aquí, los mayores fundamentos o los que se han considerado de más peso, en contra de la Reincidencia, fundamentos que expondremos a continuación.

El primer argumento se construye sobre la base de la Culpabilidad como fundamento y medida de la pena. Advertimos que la imposición de toda pena debe regirse a los límites dispuestos por la culpabilidad de quien será el destinatario de esta sanción, culpabilidad que proviene de un reproche eminentemente personal dirigido hacia la persona de quien cometió delito en atención de su comprensión y autodeterminación respecto del hecho ilícito que está cometiendo *“Culpabilidad es la reprochabilidad del hecho antijurídico individual (o de la parte de la conducta de vida antijurídica); lo que se reprocha es la resolución de voluntad antijurídica en relación con el hecho individual, presupuesto existencial de la reprochabilidad es la capacidad de autodeterminación libre, es decir, conforme a lo sentido por el autor: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad”*<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup> SOTO PIÑEIRO Miguel, *“Una jurisprudencia histórica hacia el reconocimiento del principio de Culpabilidad en el Derecho Penal Chileno”* en Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, III, Santiago, 1999, 233p.

<sup>315</sup> WELZEL citado en GOLDSCHMIDT James, *“La concepción normativa de la culpabilidad”*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, 179p.

La pena debe ser aplicada según la medida de la culpabilidad, y no podrá interponerse más allá de este límite (ni aun por razones de prevención) bajo consecuencia de carecer de fundamento y equidad. En este sentido, se sostiene que la Reincidencia como agravante provoca la imposición de una pena por mucho superior al límite impuesto por la culpabilidad de quien comete el hecho. Recordemos que en el principio del Non Bis In Ídem ya habíamos planteado esta problemática del aumento de la culpabilidad por haber acaecido un hecho anterior ya condenado, cuya culpabilidad se entendía extinguida. Lo mismo se comentó en el Principio de Proporcionalidad según la cual toda pena fuera de los parámetros de la culpabilidad debía ser entendida como desproporcional e inconstitucional. ¿Es acaso el Reincidente más culpable respecto del hecho delictivo actual solo por existir un hecho ilícito pasado que fundamenta esta agravación? Según todo lo que se ha expuesto sobre el principio de culpabilidad, no pareciera ser así. Recordemos que el reproche realizado consiste en la posibilidad que este tenía de determinarse conforme a derecho escogiendo lo lícito en vez de lo ilícito conociendo los efectos de su actuar, no debería considerarse más culpable puesto que el delito cometido anteriormente en nada se relaciona con la autodeterminación exigida para la culpabilidad del nuevo delito y nada dice sobre eventuales causas que puedan disminuir esta capacidad de libertad “ *en el momento de la aplicación o determinación judicial de la pena, el juez debe someterse a una limitación: la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad del autor. De lo contrario se caería en la objeción Kantiana que ROXIN hace a la prevención general: el autor será utilizado como medio para lograr efectos sobre otros, por cuyos comportamientos no es responsable. La objeción anterior se evita cuando el autor es castigado con arreglo a su culpabilidad, porque entonces la pena se le impone solo según la medida de su persona*”<sup>316</sup>. El hechor debe ser considerado culpable y ser sancionado solo respecto del hecho que cometió y por el cual se le pretende sancionar sin consideración de otros elementos de política criminal.

Coherente con este parecer, existen otros que aseguran incluso la culpabilidad disminuida para los Reincidentes y por consecuencia, el merecimiento de una menor pena. Se violenta el principio en el hecho de que se sanciona más gravemente a quien es menos culpable.

---

<sup>316</sup> JEAN VALLEJO Manuel, “*Cuestiones básicas del Derecho Penal*”, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, 1999, 89p.

Esta tesis se basa en que la constante recaída en el delito es demostración de una menor capacidad de su autor para conducirse conforme a las exigencias que le formula el derecho, si el reproche se hace a la persona que comprendió la criminalidad de sus actos, y pudo haberse conducido de otra manera, no se entiende por qué se agrava la pena de quien demuestra lo contrario con los hechos. *“El principio de culpabilidad impide que se imponga un castigo al autor por el solo hecho de causar un resultado injusto; para merecer el castigo debe cumplir con las condiciones requeridas para ser objeto jurídicamente de reproche por ese acto, y lo será cuando lo es atribuible. De consiguiente, el Estado tiene restricciones para ejercer la facultad de imponer penas: solo puede hacerlo tratándose de personas culpables, o sea, que en su calidad de imputados tienen capacidad de comprensión de la realidad que actúan y conciencia de la significación jurídica de sus actos”*<sup>317</sup>.

La Reincidencia, como una forma de reiteración de delitos o de habitualidad criminal, pone de manifiesto un menor grado de libertad del autor, lo que estrecharía su margen de elección de conducta. Reflexiona sobre las causas de la delincuencia, atribuyéndola a elementos culturales, educaciones y familiares. Una persona que cae constantemente en el delito es una persona que no posee control de impulsos o difícilmente considera la gravedad de los actos que comete, mucho menos se representa que esta actuación suya es una seria amenaza al orden social *“La repetición del comportamiento delictivo tiene un significado de sintomatología caracterológica. Es indicativa de la tendencia del autor y, por lo tanto, de su peligrosidad. Como lo subraya HAFFKE, “la investigación profunda y sutil de la personalidad del autor conducirá, según todos los conocimientos disponibles sobre el autor reincidente, previsiblemente a afirmar que su culpabilidad por el hecho debe ser, por regla, atenuada”*<sup>318</sup>.

Más aún, si el cumplimiento de penas restrictivas de libertad en recintos penitenciarios de forma frecuente no es suficiente motivo para luego abstenerse de repetir una conducta fuera de la ley, esto significa que el delincuente no es una persona motivable mediante normas y que ese paso en una penitenciaría solo agudizó una profesionalidad delictual y el descontrol. *“Esta idea de culpabilidad, como relación, como juicio de valor, se encuentra*

---

<sup>317</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 79P.

<sup>318</sup> HAFFKE, “Grundfragen des modernen Strafrechtssystem”, citado por BACIGALUPO Op Cit 267p.

*en FINGER cuando afirmaba que la culpabilidad es un querer en relación al deber ser, al que el propio BEILING se refería cuando hablaba del reproche a la actitud interna del autor desde el punto de vista del orden jurídico y que, por ende, el delincuente es visto como alguien que ha desilusionado las expectativas. El autor pudo haberse representado el atentado al orden jurídico, y por ese motivo el orden jurídico, que esperaba otra cosa de él, le hace ese reproche*<sup>319</sup>.

Este delincuente no se ve como parte de un orden jurídico, menos entiende que hay ciertas normas que debe cumplir, sin esa representación, su imputabilidad disminuye y así también su culpabilidad. *“La motivabilidad, la capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas, es, según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras, permite la atribución de una acción a un sujeto y en, consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por el cometida*<sup>320</sup>, sin esa motivabilidad, difícilmente se logrará un acatamiento a la ley.

Lo que se propone para este tipo de casos, situación más acorde con el principio de culpabilidad, es un tratamiento diferencial al reincidente, no en relación a la pena sufrida, si no que más bien a la interposición de ciertas medidas de seguridad las que serían más aptas para él y lo que la sociedad requiere para controlarlos *“frente al inculpable, la pena tampoco sería necesaria por razones de prevención especial, ya que de concurrir peligrosidad en el sujeto cabe acudir a medidas de seguridad más apropiadas que la pena (así el tratamiento psiquiátrico para los enajenados o medidas educativas para el menor)*<sup>321</sup>. Si la pena no puede ni debe sobrepasar la medida de la culpabilidad o establecer una distinta a la determinada por ella, lo correcto no será aplicar mayor o menor pena, solo aplicar la que corresponde luego de hecho el reproche por el hecho presente acaecido y aplicar a ese delincuente una medida de seguridad que ponga freno al impulso delictivo y procure controlar la peligrosidad del sujeto reincidente *“La diferencia entre la medida de seguridad y la pena es evidente. Esta última se fundamenta en la culpabilidad; la medida, en la peligrosidad del sujeto y se gradúa de acuerdo al principio de proporcionalidad, según a la gravedad del peligro de la comisión de otro delito. La medida*

---

<sup>319</sup> GOLDSCHMIDT Op Cit 17p.

<sup>320</sup> MUÑOZ CONDE, *“Teoría General del delito”*, Bogotá, Editorial Temis, 1984, 128p.

<sup>321</sup> MIR PUIG Op Cit 96p.

*de seguridad es de naturaleza preventiva especial y por lo tanto personalizada; se refiere precisamente al sujeto peligroso y su objetivo es que no incurra nuevamente en conductas delictivas. Estas medidas carecen de objetivos preventivos generales*<sup>322</sup>.

Es la opinión dominante en la doctrina que las medidas de seguridad son aquellas idóneas y establecidas por cierta característica personal o peligrosidad del sujeto, no el aumento o disminución de la culpabilidad en atención a estos criterios. Según ROXIN *“como las medidas de seguridad no requieren culpabilidad, existe un amplio retroceso del hecho concreto como fundamento de la responsabilidad, y aunque es cierto que se han introducido garantías propias del Estado de Derecho en el sistema de medidas, en comparación con la pena se han invertido los signos: la personalidad del autor está en el primer plano y el hecho sólo sirve para dar lugar a la sanción y para impedir excesos desproporcionados en su aplicación*”<sup>323</sup>

Por lo demás, aunque se tome en cuenta una u otra finalidad de la pena para la creación de normas penales, esta deja de tener sentido desde el momento de que deja de ser efectiva para el mal que pretende combatir *“Por consiguiente, podemos decir, concretando, lo siguiente: por el "sentido" de la pena exigimos que ésta alcance solamente a aquél cuya conducta personal demuestra como justificada la imposición del mal penal, y que sólo lo alcance en este caso. Hablaremos, entonces, de "culpabilidad punible", en contraposición con la simple seguridad*”<sup>324</sup>

El segundo argumento, de mayor acogida en la doctrina, se apoya en base a la Culpabilidad como reproche dirigido al autor por el hecho cometido o, más particularmente, a su característica del Derecho Penal de Acto reconocida por la constitución y las leyes. Explicamos anteriormente, que este reproche se basa en los hechos ilícitos descritos en la ley penal y jamás debe fundarse en la persona del delincuente o características personales. Como contraposición a este Derecho Penal de Actos, existe el criticado Derecho Penal del Autor que ha sido descrito como *“la culpabilidad del autor es una reprochabilidad jurídico penal que, con motivo de una conducta delictiva determinada, se dirige a la persona de*

---

<sup>322</sup> ROXIN Claus, *“Problemas básicos del Derecho Penal”* citado en GARRIDO MONTT Op Cit 80p.

<sup>323</sup> ROXIN en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 250p.

<sup>324</sup> MEZGER Op Cit 193p.



*autor por ser quien es (por su forma de vida o peligrosidad). Mientras que la culpabilidad por el hecho reprocha al autor el haber ejecutado determinada conducta delictiva, la culpabilidad de autor, en cambio, le reprocha su forma de ser, su persona, lo que él es y la conducta delictiva realizada no es sino la razón o motivo que permita aquel reproche”<sup>325</sup>. Asimismo se sostiene que “Hablamos de un Derecho penal de autor, cuando la pena se vincula con la personalidad del reo y es su asocialidad y el grado de la misma lo que decide sobre la sanción. De este modo lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho sino que sólo el que el autor sea tal se convierte en objeto de la censura legal (...) allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el sí y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en el que la pena se dirige al autor como tal”<sup>326</sup>.*

La reflexión es entonces que, si la agravante de la Reincidencia se funda en razones político criminales que atienden hacia la peligrosidad del sujeto del Reincidente y que por tal razón merece mayor penalidad, la configuración de esta tiene como fundamento de existencia, o más bien se enmarca, dentro de un Derecho Penal de Autor y no un Derecho Penal de Actos que ha sido reconocido por la Constitución y las leyes, no solamente Chilena, sino que también Española<sup>327</sup>, Alemana y, en general, por todos los ordenamientos modernos. Lo cierto es que dentro de una Sociedad Democrática y pluralista que se rija bajo un Estado de Derecho no puede sostener la agravación de una conducta en determinada condición moral del individuo.

Como bien ha demostrado el profesor Manuel DE RIVACOB A Y RIVACOB A, el texto Chileno está informado por el principio de culpabilidad “*teniendo éste una naturaleza valorativa que se funda en la posibilidad por parte del sujeto activo del delito de obrar distintamente de como lo ha hecho y conforme a Derecho. Precisa el autor, que la culpabilidad, en nuestro Código, es culpabilidad por el acto, no por la conformación de la*

---

<sup>325</sup> NÁQUIRA Op Cit 176p.

<sup>326</sup> BOCKELMANN citado por ROXIN en AGUDO FERNANDEZ 241P.

<sup>327</sup> [Tribunal Constitucional Español en la sentencia 150, de 4 de julio de 1991: "La Constitución española consagra, sin duda, el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho Penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos"]

*personalidad ni por la conducción de su vida. No obstante, el reconocimiento del principio está sometido a lamentables excepciones, referidas, las unas, a la culpabilidad en su carácter de elemento del delito y consiguiente presupuesto de la pena, las otras, a su función de medida de ésta. Demanda la urgente eliminación de tales anomalías para alcanzar en plenitud el principio de culpabilidad*<sup>328</sup>, una de estas excepciones se refiere a la Agravante de la Reincidencia.

Quienes justifican la agravante postulan teorías a favor de este mismo Derecho Penal del Autor mediante una *“Culpabilidad por la conducción de la vida”*. Así, ERIK WOLF caracteriza al autor como a *“un miembro personal de la comunidad jurídica con una actitud interna corrompida, y describe esa corrupción o depravación de la actitud interna mediante los denominados tipos de autoría, que suponen la peligrosidad, la hostilidad o la dañosidad para la sociedad”*<sup>329</sup>. Posteriormente, *“BOCKELMANN afirma que “la esencia de la culpabilidad del autor no consiste en una conducción incorrecta de la vida, pero sí en una decisión incorrecta sobre su vida”. En esta misma línea ENGISCH, invocando a SCHOPENHAUER y a SIMMEL, “mantiene la responsabilidad del individuo incluso por los rasgos no reprochables de sus ser, ya que si un sujeto con ciertas acciones ha puesto de manifiesto un carácter malvado, tiene que responder y expiar por ese carácter”*<sup>330</sup>.

Estas teorías de antigua data ya han sido desechadas por la doctrina, llegándose a un consenso de que *“el principio de culpabilidad requiere que la pena sea proporcionada a la culpabilidad del autor en el hecho concretamente cometido. Con la culpabilidad por el hecho no es compatible la llamada “culpabilidad de carácter” o la “culpabilidad por la conducta de la vida”, que tratan de responsabilizar al autor de un delito, no sólo por la culpabilidad del hecho cometido, sino también por su conducta anterior, es decir, por su forma de ser peligrosa para la sociedad”*<sup>331</sup>. En este sentido *“la distinción entre Derecho Penal de acto y Derecho Penal del Autor no es solo una cuestión sistemática, sino que*

---

<sup>328</sup> RIVACOBAS Y RIVACOBAS citado en KUNSEMULLER Op Cit 45p.

<sup>329</sup> AGUDO FERNANDEZ Op Cit 180p.

<sup>330</sup> Autores citados por ROXIN citado en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 181p.

<sup>331</sup> BACIGALUPO, Derecho Penal Parte General, 290p

*también, y fundamentalmente ideológica y política. Solo el Derecho Penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente*”<sup>332</sup>.

En efecto se preguntan ¿Cómo es posible distinguir la pena establecida en atención a la personalidad?, es imposible determinarla certeramente y de manera equitativa, es una garantía que no se le puede entregar a la ciudadanía, por lo que el Derecho Penal de Autor no debe existir, al igual que ninguna de sus representaciones como consideran es la Reincidencia. *“No es el "modo de ser", ni la "manera concreta de vivir", ni "el carácter de un individuo, lo que interesa al Derecho Penal, sino sólo el hecho por él cometido. BAUMANN es muy claro al respecto: el súbdito del Derecho puede dirigir su vida tan mal como le parezca, lo que incumbe al orden penal son los hechos amenazados con una pena. POLITOFF apunta que también es correcta la hipótesis contraria: puede el sujeto haber llevado la mejor de las maneras de vivir en el pasado, sin que ello obste a la existencia del hecho delictivo y de la culpabilidad por el hecho cometido. La doctrina de la culpabilidad por la conducción de la vida significa –a juicio del autor nacional- "trasladar el reproche a una época anterior al hecho constitutivo de delito (es decir, la época en que en vez de ir a la escuela se prefería faltar a clases, se comenzó a beber, a llevar una vida desordenada, etc.) Conducir el reproche a esos hechos pasados que no son materia de prohibición amenazada con pena representa una evidente violación al principio nullum crimen nulla poena sine lege*”<sup>333</sup>

La Reincidencia se estima Inconstitucional porque agrava la pena por una concepción peligrosista de quien es reincidente. Para BACIGALUPO *“concretamente, el juicio de culpabilidad relevante para la individualización de la pena debe excluir como objeto del mismo las referencias a la conducta anterior al hecho (sobre todo las penas sufridas), a la peligrosidad, al carácter del autor, así como a la conducta posterior al hecho (que sólo puede compensar la culpabilidad del momento de la ejecución del delito*”<sup>334</sup>. Agrega *“así por ejemplo, la agravante de reincidencia sigue siendo considerada como una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de obligada apreciación y con incidencia directa sobre la medida de la pena. Ello a pesar de que la reincidencia es una*

---

<sup>332</sup> MUÑOZ CONDE en KUNSEMULLER Op Cit 10p.

<sup>333</sup> BAUMANN Y POLITOFF citados en KUNSEMULLER Op Cit 205-206p.

<sup>334</sup> BACIGALUPO en AGUDO FERNANDEZ Op Cit 179p.

*circunstancia agravante que no resulta explicable por una mayor culpabilidad por el hecho cometido, como las restantes contempladas*<sup>335</sup> .Y concluye “*nos mostramos por tanto, partidarios de un Derecho Penal orientado al hecho concreto y no a la conducción de la vida, el carácter, o la total personalidad del autor. En favor de una tal decisión, cabe argumentar el mayor grado controlabilidad judicial que brinda el criterio de la culpabilidad por el hecho, lo que redundará en una mayor garantía para el ciudadano, pues dada la gran complejidad e inabarcable número de factores que entrarían en consideración para determinar una culpabilidad por la conducción de la vida, podría llegar a disolverse en la práctica forense el efecto limitador propio del principio de culpabilidad. Por esta y otras razones expuestas con anterioridad, afirmamos que la esencia de la culpabilidad no reside en el carácter del autor, ni en la conducta de su vida, sino en la responsabilidad de éste en la comisión del hecho objeto de enjuiciamiento*”<sup>336</sup> .

La importancia dada a la personalidad del autor la convierte en un instrumento que excede del Derecho Penal de Culpabilidad, porque se debe responder por lo que es y no por lo que se hizo. Por lo demás, y en lo referente al argumento anterior, una mayor pena y en concreto, un mayor tiempo privado de libertad en centros penitenciarios, tampoco ha dado prueba de ser la opción más óptima y eficiente para reducir los niveles de criminalidad para los reincidentes “*pero de todos modos importan trasladar al tratamiento de los habituales el tipo de pena que VON LISZT preveía para los "requeridos de mejoramiento", es decir una seria y continuada reclusión. La idea de que esto producirá un mejoramiento, que permitirá "salvar" al delincuente, no cuenta hoy en día con una comprobación empírica. Por el contrario, proponer prolongadas estadías en establecimientos carcelarios deficientes y, en general, orientados por técnicas incapaces de recuperar o resocializar al sujeto pasivo de la ejecución, como es el caso de muchos de nuestros países, parece ser, ante todo inhumano. La comprobación de que las penas cortas privativas de la libertad carecen de aptitud mejoradora y deben dejarse de lado, no permite concluir que las largas, por el solo hecho de ser largas, la tendrán. Es evidente, entonces, que la resocialización - como lo dice WELZEL "no es suficiente para aclarar el sentido de la pena, como un mal*

---

<sup>335</sup> IDEM

<sup>336</sup> IDEM

*merecido por la violación culpable del derecho, cuando la ejecución del mal hace al condenado peor de lo que era”<sup>337</sup>.*

En consecuencia, tal cual la primera tesis expuesta, se aboga por una Reincidencia como fundamento de medidas de seguridad, y no un aumento de penas por desconocer el principio de culpabilidad “*en lo que atañe a las medidas de seguridad existe un amplio consenso doctrinal en torno a la idea de que las medidas de seguridad son el fruto de un Derecho Penal de autor. Toda medida de seguridad persigue en exclusiva un fin preventivo especial orientado a la personalidad del autor, hallándose su fundamento en la peligrosidad criminal del sujeto. La peligrosidad es en este sentido considerada como una cualidad del sujeto en el que se aprecia la probabilidad de cometer nuevos delitos en el futuro. A diferencia de las penas, las medidas de seguridad y corrección son fruto del pensamiento del Derecho penal de autor y se orientan por principio a su personalidad*”.

La misma posición ha mantenido en Chile el profesor GARRIDO MONTT “*las medidas de seguridad son empleadas por el Estado para prevenir la comisión de delitos; no responden al principio de culpabilidad, sino al de peligrosidad. Se aplican al sujeto que se considera peligroso para la sociedad, atendidas sus circunstancias personales, como una manera de prevenir la realización de hechos ilícitos; no sucede otro tanto con la pena, que es la sanción impuesta a un sujeto por ser culpable de la comisión de un delito. La pena tiene como antecedente la ejecución de un hecho; la medida de seguridad encuentra su antecedente en el estado de peligrosidad de un sujeto, estado que es muy complejo de tipificar*”<sup>338</sup>. Por tanto, la Reincidencia, entendida como medida de política criminal de defensa en contra de los delincuentes peligrosos (de los cuales se espera sigan cometiendo delitos), se muestra como una medida sin justificación dogmática ni político criminal suficiente. Por una parte, no dogmática porque vulnera principios fundamentales del Derecho Penal y Constitucional, y por otro ni Político-Criminal porque la existencia de más reincidentes es la prueba de que la pena no surtió efectos en el sujeto ya que no lo motivó a no volver a delinquir.

---

<sup>337</sup> VON LISZT Y WELZEL citado por BACIGALUPO Op Cit 240p.

<sup>338</sup> GARRIDO MONTT Op Cit 79p

La ciudadanía entiende y exige que la autoridad tome medidas para la disminución de la delincuencia, pero se debe tener en extremo cuidado y consideración en no vulnerar en su creación y aplicación estos principios que se han construido en años de historia y evolución legislativa. *“El Ius Puniendi debe precisamente circular entre esos dos polos; junto con afectar a los derechos humanos, estos últimos constituyen su límite, límite que no puede sobrepasar sin deslegitimar su accionar punitivo. A saber, le corresponde calificar de delictivos exclusivamente aquellos comportamientos que están en la posibilidad cierta de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos trascendentes socialmente (no otros) y que una ley - en forma previa- ha descrito como prohibidos; tampoco puede imponer una pena desproporcionada a la lesividad del hecho y a la culpabilidad de su autor, ni diferente a aquella que con anterioridad una ley ha señalado al efecto”*<sup>339</sup>

### **III.- SITUACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.**

#### **ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

Luego de exponer las controversias que han suscitado estos principios en cuanto a la reincidencia, y siguiendo los lineamientos de lo que sido el desarrollo de esta obra, es pertinente considerar que sucede en el caso concreto de nuestro país, en atención al tratamiento de la agravante en nuestra legislación según lo ya indicado por el Capítulo primero de este estudio.

Si bien, como ya se demostró en los capítulos anteriores, la doctrina mayoritaria sostiene fundamentos dogmáticos de peso que van en contra la agravante de la Reincidencia, lo cierto es que esta discusión no ha sobrepasado los meros argumentos doctrinarios hacia el asentamiento de una nueva jurisprudencia al respecto. Los tribunales llamados a conocer y aplicar la agravante, solo se ocupan de la existencia de los presupuestos materiales que

---

<sup>339</sup> IDEM

configuran y prueban, pero nada dicen sobre su razón de ser o pertinencia respecto a su uso en el caso en concreto. Por esta razón, y como demostración de aquello, tomaremos como objeto de estudio un pronunciamiento de la Corte Suprema que desestima todos los argumentos por este estudio entregados<sup>340</sup>.

El fallo en cuestión, rol número 6618 del año 2007<sup>341</sup> resuelve acogiendo un Recurso de Nulidad Penal en contra de una sentencia dictada por la primera sala del Tribunal en lo Penal de la comuna de Puerto Montt. En resumen, la sentencia recurrida desconoce la agravante de la reincidencia, no aplicándola al imputado, fundándose en razones doctrinarias y dogmáticas (muchas ya analizadas en capítulos anteriores. Según lo que dice este fallo del Tribunal Oral en lo penal *“su concurrencia (la de la agravante) deberá ser determinada teniendo en consideración para ello, tanto las razones legales como las doctrinales que se pronuncian respecto a dicha circunstancia modificatoria de responsabilidad en todo el ordenamiento jurídico en su conjunto”*, esto en relación a los requisitos de la sentencia definitiva exigidos por el Artículo 342 letra d del Código Procesal Penal que ordena que *“la sentencia definitiva debe contendrá: letra d) Las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo”*.

Desde esta perspectiva, dice el fallo *“se debe concordar, sin perjuicio del principio de legalidad que opera como límite a favor del acusado, que para los demás efectos, tanto el persecutor, como su defensa, deberán expresar unos u otras razones indistintamente. Que tan relevante han resultado para el legislador las razones doctrinales como fundamento del fallo, que incluso usó la voz disyuntiva “o”, a efectos de separarla de los fundamentos o razones legales, que entendemos en esta parte vinculados al principio de legalidad a propósito de limitar el ejercicio del ius puniendi estatal, y que obviamente opera a favor del condenado y nunca en su perjuicio. Lo dicho obliga a concluir que las razones*

---

<sup>340</sup> [La misma sentencia de la Corte Suprema fue extractada en el capítulo segundo respecto a los fundamentos de la reincidencia. Retomamos el estudio de esta más extensamente durante este capítulo, por ser la inconstitucionalidad la materia que nos interesa.

<sup>341</sup> Fallo de la Corte Suprema Rol 6618/2006 conociendo un Recurso de Nulidad en contra de Sentencia de la Primera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, Caratulado Ministerio Publico con José David Soto Soto, dictado el mes de Marzo del año 2007 por los siguientes Ministros: Alberto Chaigneau del Campo; Hugo Dolmestch Urra; Jaime Rodríguez Espoz; Nivaldo Segura Peña; Rubén Ballesteros Cárcamo.

*doctrinales, poseen en esta parte, el mismo rango o jerarquía que las razones legales, pues el legislador nada distinguió al respecto*". En efecto, para intentar justificar su exclusión, utiliza en su mayoría argumentos más doctrinarios que legales, argumentos los cuales usa a su favor otorgándoles un mayor valor al que se estima tienen comúnmente.

En primer lugar, toma aquellos argumentos esgrimidos dentro del Principio de Culpabilidad, analizándolos en unión al Derecho Penal del Autor que significa la agravación por Reincidencia *"No pueden resultar más ilustrativas y elocuentes, para desnudar el deseo de intensificar la sanción penal probable, las iluminadas palabras del académico Juan Bustos Ramírez, quien dando cuenta del rezo de la norma: "Ser reincidente en delito, afirma que la nota de permanencia que implica necesariamente la reincidencia, lleva a tipos de autor, o bien a un Derecho Penal por el carácter. Tal rasgo, no puede fundamentar por tanto, una agravación, a lo más podría servir para determinar la forma de ejecución de la pena, salvo para una concepción peligrosista radical, ajena a un Derecho Penal de un Estado de Derecho"* (Juan Bustos Ramírez, *Obras completas, Tomo I, Derecho Penal, Parte General, Ara Editores 2005, pág. 1209 y siguientes*).  
Agrega que *"Infligir un mayor castigo a un individuo, por ser contumaz en su comportamiento delictivo, importa sancionarlo por desobedecer al Estado, en cuanto éste obliga a ajustar el comportamiento a las normas por él establecidas, pero ello no resulta posible si se considera, que dicha desobediencia ya es considerada para la penalización especial de cada figura"*. El derecho Penal de autor va en contra del Estado de Derecho Democrático garantizado en la Constitución, y se debe procurar la inexistencia de cualquiera de sus manifestaciones (recordemos por ejemplo la derogación de la ley que sancionaba estados de Mendicidad y Vagancia años atrás, por considerarse que seguía esta concepción de culpabilidad en base a la personalidad o modo de ser)

En segundo lugar, esta agravante vulneraría la prohibición del "Non bis In Ídem" dando ejecución a una doble sanción por un hecho anterior ya condenado *"Que la circunstancia que un individuo que ha cometido un delito, por el que fue juzgado y posteriormente condenado, al cometer un segundo delito, en razón al primero que cometió se le aplique una pena agravada, explícita con nitidez los presupuestos vulneratorios del principio non*



*bis in ídem, es decir, existe identidad de personas y de hechos, no obstante ello, se hace valer la condena anterior, y se le vuelve a sancionar, en definitiva, por el hecho pretérito. Esta doble sanción, este aumento de pena, viola el principio en su corriente sustantiva, y con ello, uno de los ejes sobre los que descansa el derecho penal”. Luego, toma a BUSTOS para afirmar su posición “Que, conforme a lo que se ha venido sosteniendo se puede precisar que el principio de legalidad, es un límite al ius puniendi que está en relación con todo el sistema penal, así cada momento de la dinámica penal, ya sea de la creación de la norma, ya de la aplicación y ejecución de la misma está formalizado por medio de la ley. El estado no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley. (Bustos Ramírez, Juan, op. cit. pág. 565)”*

En tercer lugar, y respecto a la función y medida de la pena asignada por razones de culpabilidad “*si consideramos que existe una función político criminal en el concepto de culpabilidad, por su conexión con la pena, se puede decir que la culpabilidad opera como límite intra-sistémico de contención del poder penal, como ya se ha expresado. En este sentido deben ser entendidas las palabras de ZAFFARONÍ: “un derecho que reconozca, pero que también respete la autonomía moral de la persona, jamás puede castigar el “ser , sino su “hacer , desde que el derecho es un regulador de conducta humana. Que, en este estado de cosas, considerar las condenas anteriores del infractor, por la única razón de ser reincidente, sin que se observe que vinculación objetiva tiene el acto que cometió años atrás con el que hoy se persigue, importa legitimar en esta sede, la ineficacia preventiva del derecho penal, en desmedro de la seguridad jurídica. Que finalmente sólo valga consignar, que todas las agravantes aumentan la gravedad del injusto o la culpabilidad, y deben en consecuencia ser cubiertas por el dolo del autor, alternativa que claramente se encuentra ausente en el caso de la reincidencia, que sólo constituye una condición del agente, vinculada a una acción anterior, provocando una palmaria ultra actividad de las consecuencias del delito”*

Y en cuarto lugar, envolviendo las tres anteriores por supuesto, esta agravante no tendría justificación legal, puesto que supone una clara transgresión a todos aquellos principios y presupuestos dados por la Constitución “*se puede sostener que el numeral 16 del artículo*

*12 del Código Penal, que agrava la responsabilidad penal de un individuo, no por las acciones que ejecuta en el caso concreto, sino por la que desarrolló en otro ilícito, por el que ya fue sancionado, colisiona diversas garantías fundamentales de rango constitucional, como las de proporcionalidad de las penas, igualdad ante la ley, y las de culpabilidad ya mencionadas. Suma después las palabras del profesor NOVOA “Que sin perjuicio de lo expresado en los numerales que preceden, el constituyente en el inciso final del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, reconoce a todo imputado, el derecho esencial de determinación normativa de la responsabilidad penal, según el cual, corresponde a la fuente del Derecho que lo contempla, precisar los elementos necesarios para recibir del Estado una sanción penal. Que entre las garantías que se anuncian, más allá de los principios de reserva o legalidad, tipicidad, irretroactividad, reglamentación objetiva de la sanción e inocencia, se debe respetar el principio de culpabilidad y el de determinación normativa que se viene indicando, principios en los que se contiene, por cierto, los de graduación y proporcionalidad de la pena. Adecuando lo anterior, a las palabras del Novoa, se expresaría: “Que la pena tenga por fundamento restablecer el equilibrio de un ordenamiento jurídico armonioso, alterado gravemente por la perpetración de un delito, se sigue que delito y pena son factores estrechamente relacionados entre sí y que deben guardar entre ellos una proporción que tienda a su equivalencia. (Eduardo Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II, pág. 329, segunda edición 1985.)”. Y, además de vulnerar la Constitución, agrega también los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile en materia de derechos humanos y ciudadanos “ pero sin lugar a dudas constituye una conculcación absoluta e injustificada a la garantía establecida en el artículo 14 del decreto N° 778, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, numeral 7 que dispone: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”*

*Finalmente, y luego de todo este razonamiento concluye que “tan palmaria inconsistencia, tan evidente quebrantamiento de las garantías constitucionales de proporcionalidad de las penas, culpabilidad, non bis in ídem, e igualdad ante la ley, entre otras, afectan la esencia de dichos principios, pérdida de eficacia normativa, que no pretende ser amparada por*

*estos juzgadores, y de acuerdo a los fundamentos que se han expuesto, no se dará aplicación a la agravante pretendida, regulándose la sanción corporal que se establezca sin su asistencia”.* Como expresan claramente, encontrándose a favor de los argumentos que la doctrina mayoritaria ha indicado como elementales para la determinación de su inconstitucionalidad, ellos abogan por la no aplicación de la agravante por ser contraria a estos principios, a pesar de existir ley expresa que nada dice respecto a las cuestiones de fondo que suscita esta agravante.

Los recurrentes de la Sentencia – Ministerio Público- argumentaron que la Nulidad se funda en la causal de la letra b del Artículo 373 del Código Procesal penal, esta es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, lo que en los hechos significó que *“el tribunal recurrido prescindiera en la etapa de determinación de la pena, de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de la reincidencia en delito de la misma especie, circunstancia debidamente probada en la causa a través de los antecedentes del proceso Rol N° 60.606 del Primer Juzgado del Crimen de Puerto Montt, en que consta la condena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo impuesta al imputado como autor del delito de robo con intimidación, cuya sanción fue cumplida el 23 de Agosto de 2005, antes de la comisión de los nuevos delitos de la misma especie cometidos por el imputado, incorporándose al juicio el extracto de filiación y antecedentes con la anotación correspondiente”.*

La Corte Suprema, luego de conocer el asunto controvertido, acoge la Nulidad y ordena la agravación de la pena por Reincidencia basada, finalmente, en argumentos sobre la constitucionalidad de la agravante y la pertinencia de la aplicación de ciertas medidas de Política Criminal por parte del Estado en referencia con determinada funcionalidad de la pena atribuida a nuestro sistema persecutorio Penal. Así, primero, se hace cargo de aquellos argumentos según los cuales esta agravante sanciona al delincuente por lo que es y no por lo que hizo, en consideración al derecho Penal de actos vigente *“Que, la institución recurrente, basada en la doctrina imperante sobre la materia, manifiesta en relación con los fundamentos pertinentes de la sentencia, relacionados en el considerando que precede,*

*que la aplicación de la agravante en cuestión no significa vulneración de los principios de culpabilidad, legalidad y non bis in ídem, puesto que no se castiga la manera de ser del autor sino que se sanciona un hecho nuevo que es volver a cometer delitos similares a aquel por el cual ya había sido condenado y había cumplido pena. El fundamento de la agravación está en un hacer, esto es, en la comisión del delito reiterado de ilícitos similares”.*

Segundo, responde la supuesta contravención al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “*el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo tenor literal es el siguiente: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento Penal de cada país”, basta tener presente su redacción para entender claramente que se refiere a un nuevo juzgamiento y sanción por un delito por el cual el sujeto activo, ya había sido condenado o absuelto. Aquí se trata de un juzgamiento, por un nuevo delito, en que para la determinación de la pena se considerará el delito anterior como lo que es, una circunstancia modificatoria de la responsabilidad, que significará una agravación del castigo corporal y no otra pena agregada a la que sanciona el nuevo delito”*

Luego añade que “*el razonamiento del sentenciador trae aparejada como necesaria consecuencia, la eliminación de la atenuante del artículo 11 Numero 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior, pues se estaría considerando también la manera de ser del autor, sin embargo no hay constancia que así se haya procedido anteriormente por el tribunal”.* Toma en consideración que, siguiendo el mismo razonamiento de este tribunal, tampoco debería aplicarse la atenuante de irreprochable conducta anterior, que ha sido entendida por la doctrina como la contraposición a la agravante de la Reincidencia. Desconocimiento de la atenuante que en los hechos, no ha sido practicado por el tribunal.

Argumenta a continuación “*que la circunstancia agravante está referida o sustentada en una cuestión de política criminal, por lo que debe analizarse la norma que la contempla*

*desde esa perspectiva, y no desde un punto de vista dogmático*". Lo anterior, dice, ha sido ratificado en reciente fallo del tribunal Constitucional en el que se indicó lo siguiente: *"Que, en lo que respecta al artículo 12 número 16 del Código Penal, también invocado como inconstitucional, este establece una agravante de responsabilidad Penal tratándose de reincidencia, lo que también constituye parte de una política criminal establecida soberanamente por el legislador en ejercicio de sus potestades constitucionales, que por tanto no vulnera el principio de culpabilidad invocado por la requirente, desde el momento que para aplicarse dicha agravante se requerirá siempre de la comisión de un nuevo hecho delictivo, el cual se sanciona con una pena mayor por razones de interés social"* (Considerando Décimo de la sentencia dictada el 21 de Noviembre del año 2006, causa Rol 648-2006).

Se exhibe, por tanto, la misma opinión tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional respecto a la Reincidencia, a diferencia de las otras situaciones agravantes, esta no representará una mayor culpabilidad del imputado, sino más bien solo una medida de política criminal impuesta por la autoridad de turno en el ejercicio de sus facultades, a miras de minimizar los niveles de criminalidad y delincuencia como protección a la seguridad social. Más aún, no rebate los argumentos de constitucionalidad, puesto que de hacerlo, provocaría una declaración de inconstitucionalidad y una derogación tácita de la agravante, función jurisdiccional que no le pertenece, expresa que *"la vía idónea para plantear la solución del conflicto es el recurso de inaplicabilidad por inconstitucional, del que conoce en forma exclusiva el Tribunal Constitucional, por lo que el tribunal recurrido carecía de las facultades necesarias para establecer una especie de derogación tácita de la agravante"*

Como medida de Política Criminal, su fundamento es entonces *"la peligrosidad que se manifiesta en el sujeto, que no obstante haber satisfecho una condena, vuelve a cometer otro delito, demostrando que la pena impuesta no ha sido suficiente para impedir que cometa nuevos ilícitos, por ello, la sanción Penal del actual delito se ve agravada para evitar la habitualidad y profesionalidad que imperan en el campo delictual"*. Y, a pesar de toda la discusión, tanto en este como en otros países, *"en nuestro Derecho, su existencia se*

*sustenta en la ley, no hay motivo para dejar de aplicarla, la constitucionalidad de la norma, Artículo 12 Numero 16 del Código del ramo, ha sido ratificada”, se aplica porque existe norma expresa, esa será la ratificación de la norma, si existe en la legislación, así debe aplicarse. En el mismo sentido, aún está redactado el Código Procesal Penal “Lo dispuesto en los artículos 341 inciso 2º, 343 y 351 del Código Procesal Penal, dan cuenta de la obligación que tienen los jueces de la Reforma, de considerar en sus sentencias, en la fase de determinación de la sanción a aplicar, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal”, por lo que de no hacerlo, se configura la errónea aplicación del derecho.*

*Por tanto concluye la Corte que “la pretendida inobservancia, dado lo argumentado en las consideraciones anteriores, se cometió en forma manifiesta por los sentenciadores del Tribunal Oral en lo Penal de la ciudad de Puerto Montt, que no efectuaron una correcta aplicación del derecho en su sentencia, desde que no se consideró y tuvieron en cuenta las normas vigentes aludidas”*

Teniendo a la vista ambos criterios, se puede apreciar que sea cual sea el que se acoja, ambos tienen relevantes efectos en el Ordenamiento Jurídico Penal Chileno. De afirmarse la tesis del Tribunal Inferior que omitió la aplicación de la agravante por reincidencia, se comenzaría el camino hacia una paulatina derogación de ella, hecho que no provocaría un gran contento social ya que, por el contrario, la sociedad permanentemente está exigiendo mayor sanción a los reincidentes por ser considerados peligrosos. Por el contrario, de seguirse el criterio de la Corte Suprema, se sienta un precedente importantísimo en materia Penal, no solo en cuanto a la efectividad de la Reincidencia como freno al impulso delictivo, si no que a su utilización sin mayores cuestionamientos respecto a la justificación de su existencia, estando esta perfectamente legitimada por estar escrita en la ley. Con este supuesto, damos además continuidad a todos aquellos mecanismos idóneos para detener la delincuencia de manera efectiva, pero nos arriesgamos como sociedad a la aplicación de medidas de política criminal que son, a todas luces, inconstitucionales. Medidas que vulnerarán nuestros derechos más elementales y sin que pueda mediar en cuanto a ellas una vía jurisdiccional para su reclamo y declaración de impertinencia.

Como se aprecia, cada una da origen a nuevas interrogantes: *¿Qué hacer con los delincuentes peligrosos?, ¿Es útil agravarles la pena para impedir que vuelvan a delinquir?, ¿Si ya no se exige el cumplimiento efectivo de la condena anterior, como podemos decir que la pena anterior no ha sido suficiente para frenarlo?, ¿La Reincidencia en concreto, vulnera garantías constitucionales?, de ser así, ¿Es correcto vulnerar derechos Constitucionales en pro de contener un mal mayor?.*

## CONCLUSIONES

Al inicio de esta investigación, comenzamos planteándonos la siguiente pregunta *¿tiene fundamento la agravante de la reincidencia en nuestro sistema jurídico penal?* Para intentar responderla, abarcamos el estudio de la reincidencia desde cuatro distintos puntos de vista: en cuanto a su regulación nacional en el Código Penal y, en especial, en su calidad de agravante; en cuanto a su fundamentación doctrinaria y la justificación de su existencia y aplicación; en cuanto a su aptitud de aumentar la pena en relación a las funciones de la pena de nuestro sistema punitivo; y finalmente en cuanto a su coherencia con los principios constitucionales en materia penal.

Ahora bien, luego de haber recorrido cada uno de estos episodios, parecen haber más dudas que certezas, por lo que a la primera conclusión que podemos arribar es que la pregunta antes planteada no tiene, o a lo menos no parece tener luego de este estudio, una respuesta única o absoluta, continuando así con la que ha sido la tónica de todo este trabajo y la siempre oscilante opinión de los autores *“más delicado es el problema de la punición de la reincidencia. El eje de la dificultad radica en que, por haber estado presente de antiguo en los Códigos punitivos, la recidiva parece formar parte de la tradición liberal. La repetición de actos que ya fueron objeto de sanción, era hasta poco tiempo atrás un motivo constante de agravación de la responsabilidad criminal en el panorama extranjero. Pero también de antiguo ha merecido un arsenal de cuestionamientos en la doctrina penalista. Y es que la búsqueda por hallarle una explicación científica ha resultado infructuosa”*<sup>342</sup>

Así, en resumen, unos han dicho que la agravación de la pena por reincidencia se basa en una mayor culpabilidad, otros, han desestimado la culpabilidad y le han atribuido una mayor alarma social, otros la han justificado en la mayor peligrosidad del reincidente, pero estos mismos niegan que sea una mayor culpabilidad porque esto sería atentar contra los

---

<sup>342</sup> GUZMÁN DÁLBORA JOSÉ LUIS, *“Reincidencia y defensas privilegiadas en la denominada agenda corta gubernamental contra la criminalidad”* en Gaceta Jurídica, 317, Revista Procesal Penal, 2004, Santiago, 4p.



principios de la culpabilidad por el acto, sancionando a una persona por quién es y no por quien hizo, otros, se basan en el delito cometido anteriormente, otros, en el nuevo delito cometido que da razón a la reincidencia, pero estos mismos, expresan que esto atenta contra la prohibición del bis in ídem, algunos la estiman necesaria como herramienta de política criminal, pero otros, la desechan por mantenerse a favor de un sistema retributivo en que la pena no exceda a la justa medida del hecho cometido, los de tiempos más modernos abogan por la resocialización del delincuente, pero el sistema penal en concreto muestra mano dura con los delincuentes modificando incluso la legislación penal para aplicar penas más drásticas. Así, a modo ilustrativo todo esto es entonces, un caos doctrinario y un verdadero obstáculo a la hora de clarificar el verdadero sentido de su existencia. En este sentido, *“la revisión atenta de la discusión producida a lo largo de dos siglos, demuestra, entre otros resultados, la imposibilidad de asignar un fundamento sólido, claro y generalmente compartido a esta agravante, lo que a su vez, explica la variedad de respuestas sobre el particular, las variaciones detectadas en su regulación por los textos legales, así como la paulatina disminución de su radio de acción”*<sup>343</sup>

Es esta imposibilidad de asignarle un fundamento sólido a la agravación de la pena por reincidencia la que ha generado multitud de adherentes a las llamadas teorías Abolicionistas, las cuales abogan por la completa derogación de esta agravante *“la tarea de la Dogmática jurídica coincide en esto con el deber de un Estado respetuoso del deslinde entre los foros interno, propio del juicio moral, y externo, propio del juicio jurídico: acabar con la reincidencia de la faz de las leyes”*<sup>344</sup>. En nuestro país, la doctrina mayoritaria encabezada por los autores Carlos Kunsemuller y Enrique Cury han sido fervientes detractores de esta institución acogiendo la idea de que *“si el propio sistema penal no ha sido eficaz para lograr la enmienda y resocialización del penado y ha, por ende, fracasado en sus esfuerzos preventivo-especiales, contenidos en la primera pena aplicada, parece inconducente que el ordenamiento jurídico reaccione, a su vez, “reincidiendo” en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención precisamente a través de la misma sanción que fracasó anteriormente, pero ahora*

---

<sup>343</sup> KUNSEMULLER Op Cit 32p.

<sup>344</sup> GUZMÁN DÁLBORA Op Cit 5p.

*agravada*”<sup>345</sup>, por lo que exigen la modificación de nuestro Código Penal y la derogación de esta agravante.

Nos parece que las razones y demás argumentos que existen y se han esgrimido para fundamentar la desaparición de la agravante de la reincidencia se han señalado detallada y ampliamente en este trabajo, por lo que en este momento, no pretendemos retomarlas ni mostrarnos como seguidores de dichas teorías abolicionistas y concluir que la reincidencia deba derogarse o dejar de aplicarse porque, en nuestra opinión, sencillo sería seguir ese camino. En la práctica, creemos y sabemos que el fenómeno del delito y del reincidente no acabará con eso y entendemos que en nuestro país la pena, y la agravación de ella, trae aparejada importantes funciones preventivas, *“el continuo debate que ha mantenido a la reincidencia en el sitio de los graves problemas del Derecho Penal, tiene, sin duda, claros ribetes político-criminales y sitúa a la discusión en este específico ámbito político-jurídico. La reincidencia está vinculada a la política criminal general de un Estado y representa un poderoso índice- aunque no el único- de la eficacia de un sistema penal. Por ello no es extraño que un importante sector de la doctrina penal reconozca un nexo estrecho entre el fenómeno de la reincidencia y la problemática general de ius puniendi y el sentido de la pena. Ha sido precisamente el fracaso de la legislación penal tradicional frente al fenómeno de la reincidencia uno de los principales incentivos para, a través de la observación de la necesidad de un cambio en la configuración y el sentido de la reacción penal ante los reincidentes, someter a revisión, con perspectiva político-criminal, la totalidad del sistema punitivo clásico imperante en el S.XIX*<sup>346</sup>”.

En nuestra opinión, siendo así las cosas, ante la imposibilidad de atribuirle un fundamento doctrinario concluyente a la aplicación de la reincidencia y a su efecto de agravar la pena, esta podrá justificarse solo en cuanto medida de política-criminal con efecto de producir el fin esperado de disminuir la criminalidad y conseguir que quien comete delito, no vuelva a cometerlo *“demostrada la imposibilidad de legitimar la punición de la agravante de reincidencia desde las tradicionales categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad, y defendiendo una teoría de la pena desde la perspectiva de la prevención especial, la única*

---

<sup>345</sup> KUNSEMULLER Carlos, *“Política criminal y reincidencia”*, en Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 5ª Época, año 2005, número 2, 137p.

<sup>346</sup> KUNSEMULLER Op Cit 15p.

*solución viable para fundamentar el castigo de la reincidencia se basa en razones de prevención especial, dado que el sujeto ha demostrado una peligrosa predisposición para el delito*<sup>347</sup> siendo esta idea la que desarrollaremos a fondo en estas conclusiones.

Para el desarrollo de este tema, convengamos que es primordial entender acabadamente que debemos entender por Política-Criminal, en efecto ROXIN aclara que se trata de *“la cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan al individuo o a la comunidad, constituye el objeto principal de la política criminal. La política criminal adopta una singular posición intermedia entre ciencia y configuración social, entre teoría y práctica. Por un lado, se basa como ciencia en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídica; por otro, pretende, como clase de política, llevar a cabo ideas concretos. Como teoría, intenta desarrollar una estrategia de lucha decidida contra el delito, pero, como también ocurre en la política, la realización práctica depende a menudo más de las realidades pre-existentes que de la concepción ideológica. Probablemente esta posición ambigua de la política criminal permita explicar el que todas sus tesis sean extremadamente discutidas y que la orientación dominante cambie con frecuencia*<sup>348</sup>.

Se trata entonces de aquellas medidas que toma un Estado en particular para combatir la delincuencia y defender la paz social, siendo una de estas medidas la utilización de la pena como herramienta de prevención de delitos *“el Estado tiene libertad para decidir si y hasta qué punto quiere recurrir a la pena en sentido jurídico como medio de lucha contra el delito*<sup>349</sup>, agravándola en determinados casos, siendo el que nos incumbe, aumentando la pena del reincidente<sup>350</sup>. Así las cosas, entendiendo la agravación de la pena del reincidente como herramienta de Política-Criminal para el freno de la delincuencia y como indicador para medir la eficacia de las políticas públicas en materia penitenciaria, y dejando de lado su debilidad en cuanto a su fundamentación y justificación doctrinaria, *¿resulta al menos efectiva para cumplir los fines esperado por las políticas públicas?*

---

<sup>347</sup> “Debates Penitenciarios” en Revista Electrónica número 15, Instituto de Asuntos Públicos, Centro de estudios de Seguridad Ciudadana, Universidad de Chile, Santiago, 2011, disponible en [www.ces.uchile.cl](http://www.ces.uchile.cl)

<sup>348</sup> ROXIN Op Cit 293p.

<sup>349</sup> MEZGER Op Cit 380p.

<sup>350</sup> [Este tema, fue desarrollado parcialmente en el Capítulo III sobre las Teorías de la Pena, sin embargo, ahora es retomado a modo de conclusión en relación a su efectividad como herramienta de política-criminal y ante la imposibilidad de atribuirle una justificación distinta a la de prevención de delitos]

En un estudio denominado “*Reincidencia en el sistema penal Chileno*” realizado en conjunto por la Fundación Paz Ciudadana y la Universidad Adolfo Ibáñez durante el año 2011, y gracias a la información proporcionada por Gendarmería de Chile y el Ministerio Público, se logró descifrar que porcentaje de condenados vuelve a delinquir para medir la efectividad de la agravación de la pena por reincidencia y su supuesto efecto inhibitorio en el delincuente primario. Los resultados fueron que al año 2007, el 50,5% de los egresados de un sistema cerrado (cárcel), ingresó nuevamente a esta en calidad de reincidente al año siguiente y, en relación a los ya reincidentes, de un total de 8.537 sujetos, al finalizar el primer año de seguimiento, ya el 61% de estos había reincidido nuevamente, cifra que aumenta al 86% al segundo año de seguimiento. Entonces, según estas cifras y, respondiendo a la pregunta antes planteada, resulta que la agravación de la pena no tiene, ni parece tener, efecto en disminuir el delinquir o, a lo menos, conseguir que el que ya cometió delito y luego de haber sufrido una condena, no vuelva a hacerlo por verse en riesgo de ser condenado con mayor firmeza.

Incluso, el mismo texto de este estudio, además de describir estos antecedentes, se pregunta *¿Cuál es el efecto de la condena?*, respondiendo luego que “*en Chile, existe una elevada utilización de la cárcel. Sin embargo, las cifras muestran la poca efectividad de las penas de encierro en la reducción de la reincidencia*”. Continúa este informe realizando una crítica al cumplimiento efectivo de las penas inferiores a un año, presentando numéricamente que estas condenas representan las mayores tasas de reincidencia asociándolo al efecto resocializador y de contagio criminológico de su cumplimiento en centros penitenciarios, en efecto, mucho sentido tienen las palabras de ROXIN para el que cuando a “*un criminal, al que solo se le hace un mal (aunque incluso sea en una forma más tolerable desde una perspectiva humanitaria), reaccionará al mismo con resistencia e irritación, y abandonará el centro penitenciario con una falta de aptitud social y una peligrosidad mayores que cuando entró en él*”<sup>351</sup>

Así las cosas, estas cifras implican además un reflejo de la eficacia del sistema penal en su conjunto: la pena, su agravación, ni el cumplimiento de ella (como medida de política-criminal) resulta suficiente para detener el fenómeno delictivo o la reincidencia. Por lo que,

---

<sup>351</sup> ROXIN Op Cit 296p.

siendo una realidad la necesidad de intervenir sobre los sujetos reincidentes de forma distinta que sobre el delincuente que nunca ha reincidentado, esta intervención agravando la pena es inadecuada para la resocialización, y deben aplicarse medidas de naturaleza diversa que sean capaces de abarcar el fenómeno en su totalidad y desde su origen más primitivo, como lo ha dicho KUNSEMULLER *“en una perspectiva mixta político-criminal y político-penitenciaria, se reconoce y destaca en la actualidad la directa vinculación entre la crisis de la pena carcelaria y el problema de la reincidencia, postulándose la urgente necesidad de buscar caminos para asegurar el efectivo cumplimiento de la prevención especial, en cuanto función instrumental de la pena”*<sup>352</sup>.

Un Estado democrático como es el nuestro *“ha de apoyar un Derecho Penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que la prevención no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, si no que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de valores de la sociedad”*<sup>353</sup>. El problema es que este mismo Estado, a través de sus políticas criminales y, por ejemplo, según las últimas modificaciones realizadas al instituto de la reincidencia a través de su ley de agenda corta contra la delincuencia el año 2008, lo que hace es destinar demasiada confianza a la aplicación de penas más severas en la defensa de los bienes jurídicos y en la protección de la sociedad, omitiendo todo otro tipo de medida. El que *“las penas más graves disminuyen el número de delitos”, “El reincidente es más peligroso que el primario”, “La pena disuade”, “La intervención punitiva tiene efecto preventivo” todas estas proposiciones acerca de la realidad del comportamiento humano no están sometidas a verificación, pero se las suele dar por verdaderas en el derecho penal sin ese requisito elemental de la relativa certeza científica, no como mero complemento del discurso, si no como el fundamento mismo de este”*<sup>354</sup>.

En nuestra opinión entonces, la reincidencia, como fenómeno delictivo, no puede ser combatida agravando la pena de quienes tienen la calidad de reincidentes, ya que se

---

<sup>352</sup> KUNSEMULLER Op Cit 15p.

<sup>353</sup> MIR PUIG Op Cit 31p.

<sup>354</sup> ZAFFARONI Op Cit 23p.

encuentra demostrado que esta agravación no tiene efecto positivo alguno en el delincuente si no que, de lo contrario, es capaz de aumentar su profesionalismo delictivo y su rechazo al ordenamiento penal y sus mandatos, parece *“poco adecuado como instrumento de la Política Criminal, si tenemos en cuenta que la reincidencia supone un estrepitoso fracaso de los efectos preventivos de la pena. Dada tal frustración, resulta poco operativo que el Derecho penal reaccione, a su vez «reincidiendo» en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención, precisamente a través de la misma sanción que fracasó anteriormente. Por consiguiente, lo más adecuado a tal fin no consiste en aumentar la cantidad de pena, dado el fracaso de la sanción retributiva, sino antes bien recurrir a una consecuencia jurídica de naturaleza distinta”*<sup>355</sup>.

El miedo al delito por parte de la sociedad, se ha prestado para un manejo imprudente del Sistema Penal para conseguir los fines perseguidos por el Estado, sin embargo, este miedo al delito se convierte muchas veces en odio al delincuente, quien se convierte en un enemigo público que ha de combatirse pasando por alto, incluso, sus derechos más esenciales en beneficio de la paz social, olvidando que existen formas más efectivas y humanas de obtener la resocialización como lo son la educación o la prevención temprana.

Por lo tanto, el fenómeno de la reincidencia, desde una perspectiva social no es atacable mediante el derecho penal *“incumben al derecho penal múltiples tareas. Debe promover y asegurar la educación jurídico-moral de todos, debe expurgar los delitos cometidos y velar, en consecuencia, por el derecho y la justicia. Finalmente debe proteger a la colectividad de los delitos que la amenazan. Pero la experiencia ha demostrado que esto no es posible. La pena, solo en sentido estricto, no ha podido evitar, sobre todo, que los delincuentes reincidan”*<sup>356</sup>

Durante mucho tiempo, las diversas escuelas han tratado de justificar la procedencia de un castigo más grave para quien reincide, obteniendo solo espurias teorías que se contradicen unas con otras, poniendo el acento en ciertos aspectos de la personalidad de quien comete delitos. Tratan en vano de justificar la procedencia de la agravación en la gravedad de hechos que no han ocurrido, o de actitudes que se disfrazan en conductas que se analizan a

---

<sup>355</sup> GUZMAN DÁLBORA Op Cit 6p.

<sup>356</sup> MEZGER Op Cit 39p.

posteriori de forma tendenciosas, se intenta acomodar la realidad para efectos de evitar una vulneración de los principios básicos del derecho penal de las sociedades occidentales, siendo que la respuesta más correcta es que el combate de la reincidencia requiere armas distintas al ius Puniendi *“la política social actúa, como medio de combatir el delito, de modo incomparablemente más profundo y más seguro que la pena y que cualquier otra medida emparentada con ella”*<sup>357</sup>.

Recordemos que, como ya se ha señalado, *“el lugar creciente que el derecho penal ha tomado en la sociedad es inquietante. El recurso al sistema penal debe ser la última ratio (ultimo medio), a la que debe preceder el ensayo de otros recursos estatales o sociales. Uno de los peligros mayores de la “inflación penal” constituye la paradoja de terminar por no ser obedecido, por la incapacidad del sistema de perseguir todo lo que prohíbe”*<sup>358</sup>.

Una sociedad que pretenda resolver todos sus conflictos mediante el Derecho Penal, es una sociedad que ha perdido la fe en sus valores y en lo que la educación y el buen ejemplo puede hacer de una persona por el resto de su vida, no se trata de exigir la impunidad, sino que se trata de entender el fenómeno delictivo como una realidad social y cultural que va más allá de una supuesta “maldad humana” de quien la comete *“los importantes avances logrados por la política criminal y por la criminología, su influencia en el derecho penal, cada vez más decisiva, la confirmación por el derecho en general, y en particular, por el derecho penal, de la dignidad del ser humano, están llevando a las legislaciones de casi todos los países del mundo a revisar sus posiciones en relación a la reacción del Estado frente al delito”*<sup>359</sup>.

Nuestro Estado debe revisar la forma en que está reaccionando ante el delito, ya que el aumento de la delincuencia no es sólo una estadística que sirva para implementar políticas que ofrezcan mayor rudeza o mayor castigo al delincuente, si no que estas mismas estadísticas han de servir para el cuestionamiento respecto a la efectividad de dichas políticas y la forma en que se desarrolla nuestro sistema punitivo. Resulta inconcebible que se aumente la pena a los reincidentes y se les haga pasar, por ejemplo, mayor tiempo cumpliendo condena efectiva en las cárceles o centros penitenciarios sabiendo que ese

---

<sup>357</sup> VON LISZT en ROXIN Op Cit 251p.

<sup>358</sup> POLITOFF Op Cit 67p.

<sup>359</sup> GARRIDO MONTT 82P.

mismo Estado que sanciona, no es capaz de garantizar la seguridad, reinserción o educación alguna de estas personas en estos centros, los cuales como todos sabemos, resultan ser escuelas del delito y nido de antisociales capaces de corroer a quien aún mantiene cierto respeto por las normas jurídicas y los derechos del prójimo “*por ende, se produce –en el caso de la reincidencia- una traslación, un traslado del reproche (que no es el propio de la culpabilidad), desde el concreto individuo infractor de la ley penal, al sistema jurídico-penal en sí mismo, el que ha de enfrentar su propia ineficiencia, su propia incapacidad para realizar exitosamente fines preventivo-especiales*”<sup>360</sup>.

Como ya expresamos anteriormente, nuestra postura no es indiscutidamente abogar por la permanencia o derogación de la aplicación de la agravante por causa de reincidencia. Mucho más allá de aquello, creemos que nuestro Estado presenta graves problemas dogmáticos en relación a cuál debería ser su real postura en relación a la lucha contra la delincuencia y su prevención, lo que se demuestra en una clara indecisión del legislador en orden a realizar una correcta orientación de sus normas y principios hacia un fin común, exento de toda contrariedad y arbitrariedad. El que una institución permanezca inmutable en la ley por años, no significa que deba reformarse o a lo menos analizarse para mantenerse coherente con los modernos principios penales y sociales, y una de estas instituciones es la Reincidencia la que, habiéndose demostrado que carece de una justificación única por parte de la doctrina e, incluso, careciendo también de una justificación práctica de utilidad como herramienta de política criminal, mas parece ser sólo un mecanismo de inocuización permanente del delincuente que solo es capaz de mantenerlo controlado y dar paz y tranquilidad a la sociedad para, en definitiva, nunca encargarse seriamente del verdadero problema.

---

<sup>360</sup> KUNSEMULLER Op Cit 34p.



## **BIBLIOGRAFÍA**

- AGUDO Fernández, Enrique. Principio de Culpabilidad en el Derecho Penal Español. (Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho). España. Universidad de Granada, 2005. 637 p.
- ARTOLA, Luis Juan y LOPEZ Carribero, Hugo. La Reincidencia: Aspecto teórico y práctico del instituto. Argentina: Din Editora, 2000. 256 p.
- BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal y Estado de Derecho. 2ª.ed. Chile: Jurídica de Chile, 2005.370 p.
- BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General. 2ª.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999a. 687 p.
- BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionales del Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 1999b. 24 p.
- BERISTAIN, Antonio. Hoy y mañana de la política criminal protectora y promotora de los valores humanos.. Cuadernos de Derecho Judicial [Escuela Judicial de Madrid], 18: 9-86, 2009.
- BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. España: Trotta, 1997. 261 p.

- BUSTOS, Ramirez Juan. Introducción al Derecho Penal. 3ª.ed. Colombia: Temis, 1994. 248 p.
- CAMACHO, María Cruz. Criterios de Criminalización y Descriminalización. (Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho). España: Universidad Complutense de Madrid, 1992. 346 p.
- CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Volumen 2. 4ª.ed. Buenos Aires: Reus, 2004. 329 p.
- CÓDIGO Penal de la República de Chile. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2013. 83p.
- CONSTITUCIÓN Política De La República De Chile. Santiago: Jurídica de Chile, 2013. 106 p.
- COUSIÑO Mac Iver, Luis. Derecho Penal chileno. Tomo tercero. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1992. 286 p.
- CURY Urzúa, Enrique. Derecho Penal, Parte General. 9ª.ed. Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008. 445 p.
- DECRETO con fuerza de ley 2.128. Reglamento de establecimientos penitenciarios. Chile. Promulgada por el Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz Tagle el día 23 de Junio del año 1998.
- DECRETO Ley 2.859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile. Chile. Promulgada por don Augusto Pinochet Ugarte el día 5 de Enero del año 1995.
- DURÁN, Mario. Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Revista de Política Criminal Chilena. 4(8). 2009. (En línea). Santiago, Chile, <consulta Octubre año 2013> disponible en < [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_04/n\\_08/Vol4N8A1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A1.pdf) >

- ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. 3ª.ed. Tomo primero. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1998. 361 p.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid, España: Trotta, 1995. 989 p.
- FUENZALIDA, Alejandro. Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno. Lima, Perú: Imprenta Comercial, 1883. 484 p.
- FUNDACIÓN Paz Ciudadana y UNIVERSIDAD Adolfo Ibáñez. Reincidencia en el sistema Penal Chileno. (En línea) 2011, Chile. <consulta Diciembre año 2011> disponible en <[http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-03-21\\_reincidencia-en-el-sistema-penitenciario-chileno.pdf](http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-03-21_reincidencia-en-el-sistema-penitenciario-chileno.pdf)>
- GARCÍA González, Hernán. Análisis Jurídico de la Ley 18.21. Revista Chilena de Ciencias Penitenciarias y de Derecho Penal. Unidad de Investigación Criminológica Gendarmería de Chile, 16:131–132, 2000.
- GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2001. 415 p.
- GOLDSCHMIDT, James. La concepción normativa de la culpabilidad. Buenos Aires, Argentina: B de F, 2002. 179 p.
- GUZMÁN Dálbora, José Luis. Reincidencia y defensas privilegiadas en la denominada agenda corta gubernamental contra la criminalidad, en Gaceta Jurídica, Revista Procesal Penal. (317): 9-17, 2004.
- HEGEL Georg, Wilhelm Friedrich. Grundlinien der Philosophie des Rechts. 3ª.ed. Alemania: Stuttgart, 1979. 278 p.

- HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago, Chile: jurídica de Chile, 2003. 639 p.
- HUIDOBRO, Sergio. Algunos comentarios a la ley 20.253 en materia de reincidencia en Revista actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo. 18: 491-498, 2008.
- JAEN Vallejo, Manuel. Reincidencia y Derecho Penal de Culpabilidad [libro Homenaje a la memoria del Profesor Don Juan del Rosal]. España, Revista de Derecho Privado, 1993. 132 p.
- JAEN Vallejo, Manuel. Cuestiones básicas del derecho penal. 3ª.ed. Madrid, España: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1992. 125 p.
- JAKOBS, Gunther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª.ed. Barcelona, España: Marcial Pons Editores, 1991. 549 p.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. (En línea). 2003. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Volumen 45 <consulta Noviembre año 2013> disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>>
- JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. 4ª.ed. Barcelona, España: Editorial Bosch, 2001. 1022 p.
- JIMENEZ Diaz, María José. Seguridad Ciudadana y Derecho Penal. España: Dykinson, 2006. 162 p.
- HISTORIA de la ley. (En línea). Chile. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <consulta Agosto de 2013> disponible en < [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl)>

- INSTITUTO de Asuntos Públicos y CENTRO de Estudios de Seguridad Ciudadana, Debates Penitenciarios. (En línea). Revista Electrónica de la Universidad de Chile. 2011. Número 15 <consulta Diciembre año 2011> disponible en <[http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates\\_penitenciarios\\_15.pdf](http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciarios_15.pdf)>
- KUNSEMULLER, Carlos. La Reincidencia. (Informe en Derecho para la Defensoría Nacional Pública). Santiago, Chile: Departamento de Estudios de Defensoría Nacional, Santiago, 2007. 47 p.
- KUNSEMULLER, Carlos. Culpabilidad y Pena. 3ª.ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2001. 281 p.
- KUNSEMULLER, Carlos. Política criminal y reincidencia. Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2: 121-142, 2005.
- LEY N° 18.216, CHILE. Establece Medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Chile. Promulgada por don Augusto Pinochet Ugarte, el día 20 de Abril de 1983.
- LEY 19.696. CHILE. Establece el Código Procesal Penal de la República de Chile. Santiago, Chile, promulgada por el Presidente de la República don Ricardo Lagos Escobar el 12 de Octubre 2000 [última modificación 27 de Diciembre de 2013]. 141 p.
- LEY 20.253, CHILE. Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza atribuciones preventivas de las policías. Chile. Promulgada por la Presidente de la República doña Michelle Bachelet Jeria el día 11 de Marzo del 2008.
- MAIER, Julio. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento. Buenos Aires, Argentina: de Palma, 2002. 235 p.

- MARTINEZ de Zamora, Antonio. La Reincidencia en el Código Penal. España: Universidad de Murcia, 1971. 341p.
- MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General. 2ª.ed. Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Argentina, 1958. 457p.
- MIR Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. 9ª.ed. Barcelona, España: Bosch, 1998. 814 p.
- MIR Puig, Santiago. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho. 2ª.ed. Barcelona, España: Bosch, 1982. 77 p.
- MUÑOZ Conde, Francisco. Teoría General del delito. 2ª.ed. Bogotá, Colombia: Temis, 1984. 208 p.
- NÁQUIRA Riveros, Jaime. Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno. (Internet). 2008. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Número 10-r2 <consulta Diciembre 2012> disponible en: <[criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf)>
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo I. Santiago, Chile: Librotecnia, 2008. 604 p.
- NOVOA Monreal, Eduardo. Derecho Penal Parte General. Tomo II. 3ª.ed. Santiago, Chile: Jurídica, 2006. 477 p.
- OLIVER Calderón, Guillermo. Análisis Crítico a las últimas modificaciones al Hurto Falta. Valparaíso. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVI: 295-307, 2005.
- ORTIZ, Pablo y RIOS, Rodrigo. Ganancias ilícitas. Una revisión crítica a su tratamiento legal en Chile. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Finis Terrae, 2011. 194 p.

- PACHECO, Joaquín Francisco. Estudios de derecho penal. Tomo I. Madrid, España: Boix, 1853. 100 p.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. 2ª.ed. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2004. 615 p.
- REAL Academia Española. Diccionario de la lengua española (Internet). Madrid, España. <consulta septiembre de 2013> disponible en: <[www.rae.es](http://www.rae.es)>
- RIVACOBBA y Rivacoba, Manuel. El principio de culpabilidad en el Derecho Penal Chileno. Actas de las Jornadas internacionales de Derecho Penal en celebración al centenario del Código Penal Chileno, Santiago, Chile: Jurídica de Chile. 1975. 154 p.
- ROXIN, Claus. Fundamentos político Criminales del Derecho Penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. 347 p.
- ROXIN, Claus. Problemas básicos de Derecho Penal. 8ª.ed. Madrid, España: Reus, 2004. 200 p.
- SCHUNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal Preventivo. Madrid, España: Tecnos, 1991. 254 p.
- SOTO Piñeiro, Miguel. Una jurisprudencia histórica hacia el reconocimiento del principio de Culpabilidad en el Derecho Penal Chileno. Santiago, Chile. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, 3: 233-253, 2006.
- VAELLO Esquerdo, Esperanza. Aspectos problemáticos de la reincidencia. España: Universidad Castilla La Mancha, 2009. 279 p.

- VON LISZT, Franz. La idea de fin en Derecho Penal. Berlín: Monografías Jurídicas, 1882. 120 p.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 11ª.ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2008.292 p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2ª.ed. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2002. 1126 p.