

Graduación de la culpabilidad en la determinación de la pena del delito económico

*The measuring of culpability in the context of punishment
determination of an economic crime*

Luis Rodríguez Collao 

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Andrea Pinto Bustos 

Universidad Andrés Bello, Chile

RESUMEN

El objetivo principal de este artículo es examinar el régimen de adaptación y concreción de las penas privativas de la libertad vigentes en la Ley de Delitos Económicos, particularmente en lo que respecta a los efectos asociados a la graduación de la culpabilidad. El método empleado es el dogmático, a través del cual se analizan y sistematizan disposiciones que regulan un catálogo específico y exclusivo de circunstancias modificatorias para el delito económico, junto con la ponderación de sus efectos en la determinación del marco penal, la fijación de la cuantía exacta de la pena y la procedencia de penas sustitutivas. El resultado principal de este estudio es la constatación de que el actual régimen vigente para el delito económico es especial y más gravoso para el imputado que aquel previsto en el Código Penal chileno, y que la graduación de la culpabilidad prevista en la ley trae aparejados problemas de diversa naturaleza.

PALABRAS CLAVE

Ley de Delitos Económicos • sistema especial de determinación de la pena • culpabilidad • circunstancias modificatorias.

ABSTRACT

The primary objective of this article is to examine the specialized system for determining custodial sentences under the current Economic Crimes Act, particularly regarding the effects associated with the measuring of culpability. The method employed is a dogmatic analysis, through which the provisions governing a specific and exclusive catalog of modifying circumstances for economic crimes are scrutinized and systematized, along with an evaluation of

their impact on the determination of the penal framework, the precise quantification of the sentence, and the applicability of alternative sanctions. The principal finding of this study is that the current regime for economic crimes is distinct and more burdensome for the defendant compared to that established in the Chilean Penal Code, and that the measuring of culpability provided for in the Economic Crimes Act introduces challenges of various kinds.

KEYWORDS

Economic Crimes Act • special system for determining punishment • culpability • modifying circumstances.

I. EL RÉGIMEN DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD APLICABLES AL DELITO ECONÓMICO

1. Descripción del nuevo régimen

La Ley de Delitos Económicos (LDE)¹ establece un régimen especial de individualización de las penas privativas de libertad aplicable a las personas responsables de delitos económicos. De conformidad con el artículo 12 de dicho cuerpo normativo, en esta operación «*no se considerará lo dispuesto por los artículos 65 a 69 del Código Penal, ni serán aplicables las atenuantes y agravantes previstas en los artículos 11 a 13 del Código Penal. En su lugar, se aplicarán las reglas dispuestas en los artículos siguientes*». En consecuencia, en virtud de tal cláusula, se produce una sustitución prácticamente total del régimen de determinación legal y judicial de la penalidad vigente en la parte general para la delincuencia común por un régimen de carácter especial², que estatuye reglas diferenciadas en diversos momentos del proceso de individualización de la pena privativa de libertad, como se explicará a continuación.

Primeramente, se incorpora un nuevo catálogo de circunstancias modificatorias específicamente aplicables al delito económico, cuyo fundamento se hace decantar en la ajenidad de las circunstancias modificatorias previstas en los artículos 11, 12 y 13 del Código Penal a las peculiaridades de la delincuencia económica³. Además, se adopta una sistemática foránea a la tradición penal instaurada en el Código Penal de 1874, pues el catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes está orientado en torno a dos

¹ Ley 21.595, publicada en el *Diario Oficial* del 17 de agosto de 2023. Todas las disposiciones que no estén específicamente referenciadas pertenecen a esta ley.

² MAÑALICH (2018), pp. 216-218. Por esta razón, HERNÁNDEZ (2023) correctamente ha argüido que la LDE no es una ley que se refiere a la parte especial de la delincuencia económica, sino a su parte general.

³ Historia de la Ley 21.595. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Moción del 21 de enero de 2020. Sesión 145. Legislatura 367, Boletín 13205-07, p. 10.

criterios, por un lado, la culpabilidad del condenado y, por el otro, el perjuicio irrogado (o incluso, el beneficio obtenido)⁴. La apreciación práctica de tales circunstancias exige verificar la concurrencia de ciertos criterios que han sido taxativamente dispuestos por el legislador como componente fáctico de cada una de ellas.

En segundo lugar, se instituye un nuevo régimen de ponderación de las circunstancias modificatorias concurrentes, distinguiendo para este propósito entre *circunstancias modificatorias muy calificadas*, que principalmente alteran el marco penal aplicable y, por lo tanto, proyectan sus efectos en la determinación legal de la penalidad; y *circunstancias modificatorias comunes* que solo producen sus efectos en la cuantificación exacta de la pena, es decir, en la determinación judicial. Las primeras, entonces, constituyen verdaderos factores de adaptación de la pena abstracta, ya que su efecto jurídico se materializa en «extender o reducir los márgenes de la penalidad prevista para el maleficio de que se trate, o bien de trocirla por una pena de especie diversa»⁵. Las segundas, en cambio, operan en la siguiente etapa del proceso de conmensuración como factores de concreción «cuando apremia fijar la magnitud precisa dentro de las posibilidades que ofrezca la penalidad ya definida»⁶.

En específico, las circunstancias agravantes muy calificadas se refieren a la culpabilidad muy elevada del condenado y a que el hecho haya ocasionado un perjuicio muy elevado (artículo 16). Por su parte, las circunstancias atenuantes muy calificadas conciernen a la culpabilidad muy disminuida del condenado y al perjuicio de bagatela (artículo 14), a lo que cabe añadir la cooperación eficaz que podría operar con un efecto atenuatorio incluso más intenso (de conformidad con los artículos 228 bis A, 228 ter y 228 quáter del Código Procesal Penal⁷). Seguido, las circuns-

⁴ A juicio de los redactores del proyecto de ley esta forma de proceder permite distinguir entre grandes y pequeños casos de delincuencia económica (perjuicio) y, asimismo, posibilita la valoración de la intervención del condenado y su posición en la organización empresarial (culpabilidad). Véase, Historia de la Ley 21.595, p. 10.

⁵ GUZMÁN (2013), p. 323. No son los únicos factores de adaptación de la penalidad en la LDE, pues, además de tales circunstancias (artículos 14 y 16, en relación con artículo 17) deben incluirse las disposiciones del §3 sobre penas sustitutivas (sobre las que tienen incidencia justamente las modificatorias muy calificadas).

⁶ GUZMÁN (2013), p. 325. Los factores de concreción no están contenidos solamente en las disposiciones que regulan tales circunstancias (artículos 13 y 15), sino también en el artículo 18.

⁷ Recientemente introducidos por la Ley 21.694, que modifica los cuerpos legales que indica para mejorar la persecución penal en materia de reincidencia y delitos de mayor connotación social, publicada en el *Diario Oficial* el 4 de septiembre de 2024. Este cuerpo

tancias agravantes comunes son la culpabilidad elevada y que el hecho haya ocasionado un perjuicio o reportado un beneficio relevante (artículo 15). Finalmente, las circunstancias atenuantes comunes son la culpabilidad disminuida y el perjuicio limitado (artículo 13), a las que debe sumarse la cooperación eficaz en la hipótesis prevista en el artículo 228 septies del Código Procesal Penal.

En la medida en que los efectos de las circunstancias modificatorias han sido taxativamente establecidos por el legislador, cabe preguntarse si es procedente la aplicación y ponderación de atenuantes y agravantes establecidas allende la LDE (y fuera de los artículos 11, 12 y 13 del Código Penal), máxime cuando estas cuentan con una eficacia extraordinaria (por ejemplo, aquellas reconocidas en los artículos 72 y 73 del Código Penal). La cuestión resulta especialmente interesante de examinar si se tiene a la vista que la LDE se hace cargo de los efectos de una atenuante de eficacia extraordinaria, a saber, la ya mencionada cooperación eficaz. Sobre este punto volveremos más adelante.

Adicionalmente, la especialidad se manifiesta en la fijación de la cuantía exacta de la pena, pues, en reemplazo del artículo 69 del Código Penal, el artículo 18 consagra una nueva regla de determinación judicial de la pena. No hay diferencias en lo que respecta a la técnica legislativa empleada por la nueva disposición; en efecto, se procede a la adopción de un marco exhaustivo de criterios que permiten modelar la pena, al igual que en el artículo 69. Sin embargo, en lugar del número o entidad de circunstancias modificatorias concurrentes, la mayor o menor extensión del mal causado por el delito o la calidad de la víctima, al juez le es imperativo sopesar la concurrencia de las circunstancias modificatorias previstas en los artículos 13 a 15, la mayor o menor intensidad de la culpabilidad del condenado y la mayor o menor extensión del mal que importe el delito económico.

En cuanto a la valoración de la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes reguladas en los artículos 13 y 15, esto es, circunstancias comunes, es imperioso apuntar que este es el único momento en que ellas serán estimadas, dado que no producen consecuencias en la determinación del marco penal aplicable. Por otro lado, el legislador expresamente excluye de este momento la ponderación de atenuantes y agravantes muy calificadas, solucionando por esta vía una eventual afectación al principio *ne bis in idem* que se verificaría al considerar en más de una oportunidad —determinación legal y, luego, judicial— las circunstancias portadoras

normativo hizo suyo el cometido del aún vigente artículo 63, que menciona la necesidad de aprobación de un cuerpo normativo que regulara «*exhaustivamente la cooperación eficaz respecto de delitos económicos y de organizaciones criminales*».

de este efecto más intenso. Con ello se limita la proyección de los efectos de las circunstancias muy calificadas a la determinación del marco penal aplicable (determinación legal), no así a la fijación de la cuantía exacta de la pena (determinación judicial), lo que constituye una verdadera novedad en nuestro derecho, en el que suele asignarse a las circunstancias modificatorias efectos en ambos momentos (artículos 65 a 69 del Código Penal), o bien, solo en la determinación judicial (alternativa propia de los «marcos rígidos de penalidad»⁸ como, por ejemplo, del estatuido en el artículo 449 del Código Penal)⁹.

El legislador de la LDE obliga a dimensionar la mayor o menor intensidad de la culpabilidad del responsable, cuestión que constituye otra innovación en nuestra regulación. Como es bien conocido, el artículo 69 del Código Penal, en cambio, no contiene una mención explícita a la graduación de la culpabilidad, sino que solo una referencia general a la mayor o menor extensión del mal causado por el delito. En este criterio, en los hechos, la jurisprudencia ha incluido consideraciones relativas a la culpabilidad¹⁰.

Por último, se menciona «*la mayor o menor extensión del mal que importe el delito*», expresión con la que se alteran los términos empleados por el artículo 69 pasando de «*mal producido por el delito*» a «*mal que importe el delito*»¹¹. En cualquier caso, creemos que este cambio no impide que se aprecie, al igual que en el artículo 69, el resultado del hecho delictivo, así como también otras consecuencias dañosas que no forman parte del tipo en cuestión¹².

Finalmente, otra proyección de la especialidad del proceso de individualización de la pena se halla en materia de penas sustitutivas, cuya procedencia está estrechamente conectada con la concurrencia o ausencia de una circunstancia modificatoria muy calificada. De esta guisa, la apli-

⁸ OLIVER (2022), pp. 209-210.

⁹ Ello no obsta a que, como se explicitará, se puedan considerar los supuestos fácticos que dan lugar a las modificatorias muy calificadas en una graduación global de la intensidad de la culpabilidad que tiene, a su vez, a la vista la mayor o menor extensión del mal que importe el delito, en un símil de lo indicado por la doctrina a propósito del artículo 69 del Código Penal. Véase VAN WEEZEL (1997), pp. 466-467; CURY (2009), p. 770.

¹⁰ DURÁN (2009), p. 276; MATUS Y RAMÍREZ (2021), p. 648; MORALES (2022), pp. 86 y 102-103.

¹¹ Con esto, el legislador penal ha permitido que convivan distintas expresiones relativas al mal del delito que, como nota Guzmán (2017), p. 16, no necesariamente refieren a algo similar: i) mal producido por el delito (artículo 69 y Ley de Armas), ii) mal causado por el delito (artículo 449), y ahora iii) mal que importe el delito (artículo 18 Ley 21.595).

¹² CURY (2009), p. 770.

cación de la remisión condicional está supeditada a la configuración de una atenuante muy calificada y la imposición de la reclusión parcial en domicilio o en establecimiento especial, a la ausencia de una agravante muy calificada (artículos 21, 24 y 26). Por otro lado, se restringe el repertorio de penas sustitutivas a la remisión condicional de la pena, la reclusión parcial en domicilio y la reclusión parcial en establecimiento especial; por consiguiente, la libertad vigilada es inaplicable en materia de delitos económicos¹³. De este modo, la imposición de penas sustitutivas en materia de delincuencia económica se encuentra regulada de forma mucho más precisa que en el régimen general.

2. Compatibilidad del régimen de la Ley de Delitos Económicos con el previsto en el Código Penal chileno

En nuestra opinión, las reglas fijadas en el §2 de la LDE para el proceso de individualización de la pena se oponen a la estructura y sentido de aquellas contempladas dentro del Código Penal en los artículos 11, 12, 13 y 65 a 69¹⁴.

En particular, se establece un catálogo amplio, aunque cerrado, de atenuantes y agravantes *muy calificadas* que alteran el marco penal aplicable. Por añadidura, se incluyen atenuantes y agravantes *comunes*, que solo influyen en la determinación de la cuantía exacta de la pena. Se ha indicado que el nuevo régimen de circunstancias modificatorias deviene necesario en la medida en que las preexistentes no eran compatibles con la singularidad del delito económico y, en consecuencia, traían aparejadas diversas problemáticas, a saber: i) imposibilidad de aplicación práctica, por ejemplo, en el caso de la agravante de veneno (artículo 12 número 3); ii) difícil apreciación en los hechos, como ocurría con la agravante de reincidencia genérica (artículo 12 número 15); y iii) configuración usualmente automática en ciertos supuestos, como en el caso de la atenuante de irreprochable conducta anterior (artículo 11 número 6)¹⁵.

¹³ De acuerdo con lo expresado en el informe del senador Matías Walker y otros parlamentarios, presentado en el control de constitucionalidad del proyecto de ley, la eliminación de la libertad vigilada guarda relación con su falta de idoneidad en el ámbito de la criminalidad económica, en el que carece de significación una intervención del sujeto que ha delinquido en comunidad que le permita «recuperar el nivel educacional formal, la inserción laboral, etcétera» (foja 548). En el mismo sentido, HERNÁNDEZ (2023), haciendo hincapié en que la libertad vigilada no puede ser aplicada a «delincuentes sin problemas de integración social».

¹⁴ Situación que también es predicable del artículo 449 del Código Penal, tal y como lo advierte GUZMÁN (2017), p. 11.

¹⁵ De este modo, la instauración de un régimen de circunstancias modificatorias para

Asimismo, tratándose de situaciones en que concurren conjuntamente atenuantes muy calificadas y agravantes muy calificadas el tribunal deberá compensarlas en consideración a su número. A este respecto es preciso realizar dos observaciones. Por un lado, la compensación numérica solo es procedente respecto de las circunstancias modificatorias muy calificadas; las circunstancias comunes deberán ser consideradas íntegramente en el momento de la determinación judicial. Por otro lado, se observa que transitamos desde el criterio de la compensación racional consagrado en el Código Penal (artículos 66, 67 y 68) al criterio de la compensación numérica, que ofrece un margen de discrecionalidad menor para el juzgador¹⁶, ya que en este caso se procede conforme a una operación netamente aritmética¹⁷.

En concordancia con lo ya mencionado, en el sistema de la LDE se desconoce la regla de valoración asimétrica de las circunstancias atenuantes¹⁸, porque no se atribuye un efecto más intenso a la presencia de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas respecto de dos o más circunstancias agravantes muy calificadas¹⁹. Así, en el primer caso, el artículo 17 ordena rebajar la pena en un grado (si la pena está compuesta de varios grados, la rebaja se realizará desde el grado inferior); en el segundo supuesto, la misma disposición prescribe un aumento de pena en un grado (si la pena está compuesta de varios grados, el aumento se realizará desde el grado superior). Tampoco se reconoce tal clase de diferencia en la ponderación tratándose de las circunstancias atenuantes y agravantes cuyo examen se produce en la determinación de la cuantía exacta de la pena. Más aún, es perfectamente posible que se le otorgue un efecto más intenso

un sector concreto aparecería justificado por razones de especificidad de la delincuencia patrimonial económica, a diferencia de lo que ocurre en otros sectores del ordenamiento jurídico donde este proceder no se encuentra razonablemente fundado. Sobre el tema, RODRÍGUEZ (2024), p. 201; también, ALDUNATE Y BARRIENTOS (2024), pp. 343-344, quienes añaden que el sistema de determinación de penas del Código Penal de 1874 estaba principalmente sustentado en los delitos contra la vida y la propiedad.

¹⁶ VAN WEEZEL (1997), p. 472, quien indica que la compensación racional constituye un ejemplo de uno de los aspectos en que «la ley confiere facultades más amplias a los juzgadores».

¹⁷ VAN WEEZEL (1997), p. 479.

¹⁸ MAÑALICH (2018), p. 228; VAN WEEZEL (1997), pp. 481 y siguientes; CURY (2009), p. 765.

¹⁹ En el contexto de la compensación racional, también se ha indicado que uno de los principios rectores es el mayor peso que cabe otorgar a las atenuantes en desmedro de las agravantes. Véase VAN WEEZEL (1997), p. 481 y MATUS Y RAMÍREZ (2021), p. 646.

a una circunstancia agravante común que a una circunstancia atenuante común, sin contravención al principio de legalidad.

Cabe destacar que esta *valoración simétrica* también se proyecta en los fundamentos de las circunstancias, esto es, en la apreciación de la intensidad de la culpabilidad del condenado y la cuantificación del perjuicio irrogado. Dicho de otro modo, al considerar los basamentos de las modificatorias muy calificadas, es posible atestiguar que no se atribuye mayor peso a un fundamento respecto de otro, a diferencia de lo que ocurre en legislaciones foráneas. Así, en los *Sentencing Guidelines* vigentes para Inglaterra y Gales —que sirvieron de inspiración al modelo de determinación de la pena previsto en la LDE²⁰—, se otorga mayor importancia al criterio del perjuicio irrogado en desmedro de la culpabilidad manifestada. Ello se comprueba si comparamos la pena que debería imponerse a quien se encuentra en la categoría más alta o grave de culpabilidad, habiendo causado un daño de bagatela, en contraposición con la pena que cabría atribuir a quien ha incurrido en la más alta categoría de perjuicio, pero respecto de quien se puede esgrimir el grado menos intenso de culpabilidad manifestada. En este último supuesto la pena a imponer es considerablemente superior al primero²¹.

En este punto es conveniente señalar que las *Sentencing Guidelines* se caracterizan por establecer «una matriz de graduación del injusto» basada en la culpabilidad y el daño que, luego de la calificación jurídica, es el que tiene mayor efecto en la graduación de la pena²². De esta manera, la consideración del daño producido y la culpabilidad atribuida se transforman en una manifestación de la proporcionalidad; el riesgo, como es obvio, radica en soslayar otros aspectos que podrían ser relevantes²³. Una revisión de la matriz aplicable a ciertos delitos económicos permite constatar que efectivamente la graduación de la culpabilidad y el perjuicio permiten establecer cuál es el marco penal aplicable. Respecto de la culpabilidad, los lineamientos consideran tres estadios (alta, media, baja). En el caso del daño, en cambio, se distinguen cinco categorías distintas, elaboradas de

²⁰ Conforme a lo indicado en el informe del senador Walker y otros: «El sistema inglés de graduación de la pena en delitos económicos funciona a partir de dos pilares. El primer pilar es la generación de una metodología clara y fácilmente comprensible de las razones por las que cada atenuante y agravante aumenta o disminuye la gravedad de la pena. La referencia diferenciada a la graduación de la culpabilidad y a la graduación del perjuicio en la PLDE tiene su origen allí» (foja 541).

²¹ Nos referimos específicamente a la establecida para el delito de fraude. Véase SENTENCING COUNCIL GUIDELINES (2014).

²² BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), pp. 169-170.

²³ ROBERTS (2021), p. 244.

acuerdo con los perjuicios efectivamente causados, o bien, pretendidos. El diálogo entre ambos criterios permite arribar a un marco penal acorde al principio de proporcionalidad²⁴.

De ahí que pueda sostenerse que en nuestro sistema el parecido de familia se proyecta en la etapa de adaptación de la penalidad, dado que el artículo 17 establece una especie de matriz de graduación de las atenuantes y agravantes muy calificadas con efectos más o menos precisos. Sin embargo, la analogía se detiene en la fase de concreción de la penalidad, pues allí el juez cuenta con un margen más amplio de discrecionalidad que, en todo caso, es distinto de aquel previsto en el artículo 69 del Código Penal.

A su vez, al adoptar el sistema de las *Sentencing Guidelines* el legislador empleó una técnica legislativa ajena a nuestra tradición, en la que se establece la circunstancia modificatoria en vinculación con su aparente fundamento, ya sea la culpabilidad del condenado (desvalor de acción) o el perjuicio irrogado (desvalor de resultado), que luego se asocia a un *numerus clausus* de supuestos únicos o alternativos que ordenarán su imposición. Así, por ejemplo, cuando los artículos 13 y 16 estatuyen circunstancias modificatorias relacionadas con la culpabilidad se establecen especificaciones que operan como condiciones alternativas de procedencia de la circunstancia en cuestión. La presencia de más de una condición no da lugar a la configuración de más de una circunstancia modificatoria, como podría ocurrir si el condenado actúa en interés de personas necesitadas o por necesidad personal apremiante (artículo 14, circunstancia 1a, literal a) y, además, toma oportuna y voluntariamente medidas orientadas a prevenir o mitigar sustancialmente la generación de daños a la víctima o a un tercero (artículo 14, circunstancia 1a, literal b). Por consiguiente, en tal hipótesis solo se configura una atenuante muy calificada de culpabilidad muy disminuida. Esta especie de *tipicidad reforzada* solo podría proyectar sus efectos a nivel de determinación judicial de la pena, en la apreciación de «*la mayor o menor intensidad de la culpabilidad del responsable*» (artículo 18). Más adelante regresaremos a este punto.

Sin perjuicio de lo ya indicado, puede afirmarse que la LDE conserva una similitud con el régimen general previsto en el Código Penal chileno²⁵, a saber, no hay una mención expresa y directa a los fines de la pena ni

²⁴ ROBERTS (2021), pp. 229-231, aunque no sin dificultades. Primero, porque hay controversia cuando se intentan delimitar los supuestos fácticos que darán lugar a la graduación de la culpabilidad y el perjuicio. Por otro lado, en vista de que se discute la conveniencia de proscribir la ponderación de otros elementos, independientes de ambos elementos.

²⁵ VAN WEEZEL (1997), p. 467. Solo cabe incardinar la referencia a tales fines en alguno de los criterios mencionados por el artículo 18.

en el proceso de determinación legal ni en el judicial. Esta cuestión parece criticable, habida cuenta de que, como se expondrá en seguida, la singularidad del delito económico parece estar fundada precisamente en una cuestión vinculada con los fines que cabe atribuir a la pena en este ámbito.

3. Aplicabilidad de otras circunstancias modificatorias

Es posible inquirir sobre si tienen cabida dentro del sistema de conmensuración de la pena del delito económico circunstancias modificatorias que no se encuentren reguladas en los artículos 13 a 16. Como ya hemos indicado, el artículo 12 estatuye la vigencia de un régimen especial, conforme al cual no resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 65 a 69, y II a 13 del Código Penal, pero es pertinente cuestionar si otras disposiciones relativas a circunstancias modificatorias en el contexto de dicho Código podrían ser aplicables al delito económico. El artículo 9 inciso final establece una regla explícita a este respecto: «*En subsidio serán aplicables las reglas generales de determinación y ejecución de las penas, en tanto no sean incompatibles con la presente ley*». El examen de compatibilidad exige, pues, tener a la vista al sistema en su conjunto, cuestión que ha permitido afirmar que las circunstancias modificatorias especiales que gozan de eficacia extraordinaria en el contexto del Código Penal no son procedentes tratándose de los delitos económicos.

En efecto, a diferencia de lo que sucede con el artículo 449 del Código Penal, que establece un marco rígido de penalidad para ciertos delitos contra la propiedad y en el que se ha argumentado a favor de la aplicación de circunstancias modificatorias de eficacia extraordinaria en razón de que la literalidad del precepto únicamente excluye la aplicación de los artículos 65 a 69²⁶, en esta materia hay buenas razones para sostener lo contrario en virtud de que el sistema de la LDE deja traslucir una decisión a este respecto. Primero, porque el establecimiento de un cuerpo de circunstancias modificatorias específicamente aplicables parece excluir la aplicación de otra clase de modificatorias genéricas (aunque la ley solo haga expresa referencia a los artículos II, 12 y 13)²⁷. Segundo, porque la ley distingue dos clases de circunstancias modificatorias (muy calificadas y comunes) y no reconoce dentro de las primeras a las de eficacia extraordinaria previstas

²⁶ OLIVER (2022), p. 219.

²⁷ Será de importancia establecer la naturaleza genuina de la circunstancia modificatoria para proceder en el sentido ya indicado, lo que no sucedería, por ejemplo, en el caso de la media prescripción y el efecto contenido en el artículo 103 del Código Penal, el que sería aplicable a la LDE. Sobre el particular, OLIVER (2022), pp. 220-221.

en el Código Penal o leyes especiales²⁸. Así, si quisiera concederse algún efecto a las circunstancias modificatorias de eficacia extraordinaria solo podría consistir en el efecto común. Por último, porque existe una regla especial en materia de cooperación eficaz que refrenda esta postura, ya que se trata de una circunstancia que opera con eficacia extraordinaria en virtud de lo prescrito por el artículo 63, y el párrafo 4 bis del libro 2 del Código Procesal Penal²⁹.

4. *La pretendida singularidad del delito económico*

La diferencia de tratamiento en materia penal se justifica en las razones que inspiraron la incorporación de la LDE en el ordenamiento jurídico chileno. Una revisión de la historia fidedigna de su establecimiento revela la intención de instaurar una nueva lógica de valoración delictiva, que sopesa las peculiaridades del delito económico como una categoría distinguible del delito común³⁰. Tal pretensión se traduce en la implementación de un nuevo régimen de individualización de la pena, respetuoso del principio de proporcionalidad, que se acompaña con el objetivo de aumentar las penas privativas de libertad efectivas aplicables a esta clase de delitos, por la vía de evitar rebajas de los marcos penales y restringir el empleo de penas sustitutivas³¹.

²⁸ A diferencia del régimen estatuido en el artículo 449 del Código Penal, la LDE ha dispuesto sobre el efecto ordinario y extraordinario de las circunstancias modificatoria, por lo que puede concluirse que propendió a regular toda clase de efectos. Sobre el punto y tratándose del artículo 449, OLIVER (2022), p. 218 señala: «Es voluntad de la ley impedir las alteraciones del marco penal debidas a la concurrencia de circunstancias modificatorias comunes o de efecto ordinario, no las que obedecen a la presencia de circunstancias modificatorias de eficacia extraordinaria».

²⁹ Dicho cuerpo normativo se hace cargo de las reglas contempladas en la Ley 21.595 para las circunstancias modificatorias, salvo en los artículos 228 quáter y 228 quinquies. Especialmente en la primera de estas disposiciones, de tal omisión resultará el problema interpretativo relativo a qué efecto otorgar a la cooperación eficaz en esta hipótesis.

³⁰ Historia de la Ley 21.595. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Primer Informe de Comisión de Constitución, del 15 de junio de 2021. Sesión 48. Legislatura 369, Boletines 13205-07 y 13204-07, p. 95.

³¹ En contra, BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), pp. 194-195, quienes expresamente justifican la especialidad absoluta de las reglas en la existencia de diferencias estructurales con el sistema del Código Penal. Con ello, sin embargo, soslayan cuál es la función que subyace a tales diferencias estructurales que no es distinta de la establecida en otros órdenes normativos que estatuyen reglas especiales de determinación de la pena, a saber, limitar el efecto de las circunstancias modificatorias, y proteger los marcos penales frente a la disminución propiciada por la concurrencia de dos o más circunstancias morigerantes de efectos comunes o generales.

En otros términos, la LDE busca abordar los nudos problemáticos del sistema de conmensuración de la pena vigente en el libro I del Código Penal chileno que, en general, ha sido criticado por ser en extremo igualitario, plano y carente de capacidad comunicativa, características que «se acentúan tratándose de la determinación de penas respecto de delitos económicos»³². Ya en el año 2005, Hernández aludía a la necesidad de «erigir como meta de política criminal en la materia un aumento relevante de los niveles de la efectividad de la persecución y represión penal de los delitos económicos»³³, no solo en virtud de ciertas manifestaciones y efectos de la delincuencia económica³⁴, sino también con el objeto de dotar de vigencia al principio de igualdad ante la ley³⁵. De hecho, según cifras del Ministerio Público, en el ámbito de los delitos económicos y tributarios se observa una diferencia significativa en lo que respecta a ingresos y condenas anuales³⁶.

En suma, el delito económico se erige en una «especie de delito», concepto que indica que «una serie de sucesos criminosos de la vida se distinga de otros sucesos, criminales o no, en el doble sentido de ser delitos en general y, además, una clase de delito»³⁷. La categoría de especies de delitos es útil, porque en cada especie el tratamiento de los elementos del delito no es idéntico al manejo que se tiene de ellos en el concepto general de delito ni en otras categorías delictivas. Por esta razón, «para la presentación científica de los delitos en particular no es necesario repasar toda la teoría del delito [...]. Basta que el dogmático guíe la atención del lector hacia los caracteres que distinguen a cada especie de las demás»³⁸. De esta manera, es posible aducir la existencia de ciertos elementos que diferencian al delito económico de las restantes categorías delictivas.

³² BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 162.

³³ HERNÁNDEZ (2005), pp. 102-103.

³⁴ Que, conforme a MAYER Y FERNANDES (2013), pp. 191-192, permiten definir la delincuencia económica en términos comprensivos en tanto se atenta contra «la idea de economía como un valor amplio que se encuentra fragmentado en bienes jurídicos más concretos, muchos de los cuales forman parte de la criminalidad tradicional, como ocurre con los intereses de índole patrimonial».

³⁵ HERNÁNDEZ (2005), p. 120. Para ejemplificar el punto, puede tenerse a la vista la aplicación prácticamente automática del artículo 11 número 6 del Código Penal, en vista del prestigio y posición social que suele caracterizar al sujeto activo del delito económico. Sobre el particular MAYER Y FERNANDES (2013), pp. 195-196.

³⁶ SERRA (2023), pp. 81 y siguientes. Según la autora, la conclusión a la que permite arribar esta clase de análisis es especialmente decisiva cuando se atiende a exámenes comparativos entre especies de delitos (p. 83).

³⁷ GUZMÁN (2023), p. 46.

³⁸ GUZMÁN (2023), pp. 46-47. En igual sentido, haciendo eco del carácter sistemático de la dogmática, ROBLES (2015), p. 11.

A este aspecto lo hemos denominado la pretendida singularidad del delito económico y su proyección en el ámbito de la conmensuración de la pena privativa de libertad. Cabe preguntarse si esta pretendida singularidad es efectiva y si justifica la imposición de un régimen especial³⁹, máxime cuando el respeto del principio de proporcionalidad (manifestado en la estructura de la graduación de la responsabilidad penal mediante las categorías de culpabilidad y perjuicio⁴⁰) y la búsqueda de una mayor rigurosidad en la imposición de las penas —so pretexto de finalidades disuasivas—, no parecen ser aspectos de los que pueda predicarse coherencia. La consideración del desvalor asociado a la culpabilidad y del desvalor vinculado con el perjuicio irrogado es perfectamente acorde a un entendimiento de la pena, conforme al cual esta es expresión o comunicación de censura —reproche institucionalizado— por la infracción de una norma de comportamiento, que adopta la forma de frustración o entorpecimiento de algún interés en el bienestar del sujeto.

No obstante, un examen armónico de la LDE, especialmente en lo que respecta al proceso de individualización de la pena, da cuenta de que este cuerpo normativo también está inspirado por propósitos preventivos que buscan el aumento de la severidad general del sistema. Por un lado, el entendimiento de la pena como expresión o comunicación de reproche presupone la asunción de una posición no objetivante respecto del sujeto activo, de otro, la comprensión de la pena como una medida que apunta al tratamiento especialmente riguroso del sujeto que ha delinquirido en el ámbito económico precisamente provoca su instrumentalización.

Ahora bien, el examen de la racionalidad del régimen no permite construir una alegación tendiente a sustentar una afectación al principio de igualdad en virtud de su vigencia. Así, el argumento contenido en el Informe de la Confederación de la Producción y del Comercio en el control preventivo de constitucionalidad, en el sentido de haber una vulneración a la igualdad ante la ley simplemente por la existencia de un régimen paralelo y distinto al general dispuesto en el Código Penal, respecto de circunstancias modificatorias y penas sustitutivas, es injustificado. Si la

³⁹ Como ha notado SERRA (2023), p. 88, la atribución de la categoría «delito económico» carece de «un efecto puramente definitorio o conceptual», al contrario, conlleva la aplicación de un «estatuto reforzado de respuesta penal».

⁴⁰ Es relevante mencionar aquí que el régimen de atenuantes y agravantes ya no se encuentra fundamentado en el desvalor de acción, de resultado o en consideraciones político-criminales, como en el régimen general. Sobre el punto, RODRÍGUEZ (2011), pp. 412-413.

sola existencia de un régimen particular diera lugar a una alegación de esa naturaleza, entonces lo mismo cabría predicar respecto de otros regímenes especiales de fijación de la penalidad⁴¹.

Por último, no puede perderse de vista que la singularidad explica una diferencia en el sistema de adaptación de la penalidad, pero no en la atribución de responsabilidad penal⁴². En otros términos, la LDE no contribuye a la creación de una autonomía regulativa en el ámbito de la delincuencia económica, es decir, esta continúa siendo parte del derecho penal general, y rigen a su respecto las categorías dogmáticas y normativas que permiten realizar el juicio de imputación o atribución de responsabilidad penal⁴³.

5. *¿Es el nuevo régimen más gravoso?*

Uno de los aspectos que ha sido objeto de arduo debate radica en la dilucidación de la interrogante relativa al carácter necesariamente más gravoso del régimen (en abstracto). La cuestión se resuelve, a nuestro juicio, de manera tajantemente afirmativa en la medida en que, como ha quedado de manifiesto, una diferencia fundamental de la LDE es que no hay una consideración asimétrica de las atenuantes respecto de las agravantes⁴⁴. En abstracto, en consecuencia, el sistema siempre será más gravoso para

⁴¹ En igual sentido, SERRA (2023), p. 98, citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional que refiere a la ausencia de una afectación al principio de igualdad (y proporcionalidad) en esta materia.

⁴² Tajante a este respecto HERNÁNDEZ (2023): «Nadie que bajo las exigencias del derecho vigente no tendría responsabilidad por un delito económico va a tenerla en virtud de esta nueva Ley». En contra, VARELA Y ZALIASNIK (2023), p. 143, quienes arguyen que, en la segunda, tercera y cuarta categorías «se agregan elementos de atribución de responsabilidad penal para la determinación del respectivo agente», cuestión que puede ser criticada, cuando justamente tales disposiciones parten de la base de la imputación o atribución de responsabilidad penal conforme al delito respectivo y a las categorías de la parte general que resulten aplicables. Sin embargo, no es esta la oportunidad para ahondar en este punto.

⁴³ GARCÍA CAVERO (2024), p. 674. En una revisión del proyecto de ley que dio origen a la LDE, el autor lo identificaba como una manifestación de la nueva comprensión del derecho penal económico, caracterizado como parte del sistema penal, pero al mismo tiempo dotado de ciertas particularidades que ameritan un tratamiento jurídico específico (p. 663), de ahí la necesidad de «proponer la promulgación de una ley penal especial que los sistematice y vincule legalmente a iguales criterios regulativos» (p. 664).

⁴⁴ Cuestión que, como ya hemos reseñado antes, se proyecta también en el sistema del Código Penal en la regla de compensación racional de las circunstancias modificatorias, que con toda coherencia ya no está vigente en la LDE.

el imputado por delito económico⁴⁵, pues a las atenuantes no se les asigna un efecto más intenso que a las agravantes.

En realidad, es evidente que la nueva regulación pretende subsanar un déficit de sentido o significado convencional del que adolecía hasta el momento la regulación penal en este ámbito, en lo que respecta a la necesaria subordinación de la dimensión afflictiva a la expresión o comunicación de reproche en el ámbito de la criminalidad económica. Tal déficit es especialmente gravoso para el derecho penal, pues distorsiona su carácter, función y finalidad, en tanto régimen sancionatorio más intenso del que dispone el ordenamiento jurídico⁴⁶. Así, el cambio introducido por la LDE parece contribuir a la armonía valorativa que debe existir entre el derecho penal económico y la restante regulación penal, de tal manera de contribuir «a que esta subrama abandone una segunda velocidad nunca oficialmente declarada, pero a pesar de ello, durante largo tiempo vigente»⁴⁷.

6. La consolidación de una tendencia asentada

A modo de conclusión, es posible señalar que con la LDE se consolida una tendencia legislativa frecuente en nuestro derecho consistente en el establecimiento de un «procedimiento inédito de adaptación de la penalidad, que destruye la estructura y el sentido de la conmensuración de la pena al interior del Código Penal»⁴⁸. Se trata de una tendencia que se fundamenta en la necesidad de que la pena concreta no sea «profundamente menor o distinta a la pena abstracta establecida por el legislador democrático», dado que ello ha desembocado en una profunda «crisis de confianza y legitimidad del sistema»⁴⁹. Por consiguiente, el legislador ha estatuido marcos penales rígidos directos e indirectos que dan cuenta de «un cierto ímpetu por limitar a ultranza la ya reducida discrecionalidad judicial» en materia de circunstancias modificatorias⁵⁰.

⁴⁵ En contra, HERNÁNDEZ (2023), quien sostiene que en concreto podría ser más gravoso, aunque no se trata de una característica necesariamente (en abstracto) atribuible al sistema.

⁴⁶ WILENMANN (2020), p. 50.

⁴⁷ SERRA (2023), p. 105.

⁴⁸ La expresión es empleada por GUZMÁN (2017), p. 11 para referirse al entonces innovador procedimiento fijado en el artículo 449 del Código Penal en materia de delitos de apropiación por medios materiales por la Ley 20.931.

⁴⁹ NAVAS (2023), p. 673.

⁵⁰ ALVARADO Y PINTO (2024), p. 126. Mientras que en los marcos penales rígidos directos se limita la potestad judicial de ir por debajo del mínimo del marco penal aplicable respecto de ciertas especies de delitos, en los marcos penales rígidos indirectos se proscribe la configuración y reconocimiento de circunstancias modificatorias atenuantes de

Aunque, claro está, más allá del régimen especial estatuido para esta clase de delitos, el legislador ha contemplado aquí algunas peculiaridades que no caracterizan a los marcos penales rígidos que conviven en el Código Penal y en leyes penales especiales. En realidad, no se ha producido aquí una decisión tendiente solamente a «liberar al juez de las exigencias legalistas»⁵¹, porque las circunstancias modificatorias no son irrelevantes al momento de determinar la penalidad⁵². Antes bien, las atenuantes y agravantes muy calificadas producen un efecto de alteración del marco penal precisamente establecido, por lo que el juez conserva la posibilidad de ir por sobre o por debajo de aquel asignado al delito⁵³. No sucede lo mismo con las circunstancias modificatorias de efecto común, en las que se produce «la cancelación del poder modelador de las circunstancias»⁵⁴ que prevén los artículos 65 y siguientes del Código Penal chileno.

II. LA GRADUACIÓN DE LA CULPABILIDAD COMO CRITERIO EXPLÍCITO DE CONMENSURACIÓN DE LA PENALIDAD EN LA LEY DE DELITOS ECONÓMICOS

1. La valoración de la culpabilidad en el proceso de individualización de la pena

Una de las principales novedades de la LDE en el proceso de individualización de la pena radica en la incorporación de una referencia expresa a la valoración de la mayor o menor intensidad de la culpabilidad del responsable dentro de la determinación legal y judicial de la pena. Esta referencia al componente cuantitativo de la culpabilidad guarda relación con la posibilidad de graduar el juicio de reproche que le sirve de basamento. En específico, se ha afirmado que esto puede estar relacionado con:

Los motivos del agente, su actitud interna en cuanto se manifiesta en el hecho, el grado de su libertad, los estímulos internos y externos, las circunstancias concomitantes al hecho, la medida de la infracción al deber, etcétera. En todo caso se trata de un análisis referido al hecho concreto,

responsabilidad penal en relación con determinadas especies delictivas. En este sentido, se observa una regresión en nuestra legislación, pues el objeto de la codificación dieciochesca fue precisamente la configuración de un «sistema de penas elásticas y divisibles». Sobre el punto, RIVACOBA Y RIVACOBA (2012), p. 213.

⁵¹ GUZMÁN (2017), p. 16.

⁵² MATUS Y RAMÍREZ (2021), p. 653.

⁵³ Por ende, no es posible reconocer un «marco rígido» en el artículo 17 de la LDE, aunque sí en el artículo 18. En contra, SERRA (2023), pp. 97-98.

⁵⁴ GUZMÁN (2017), p. 16.

tanto en la formación de la voluntad como en la ejecución del delito, y no se extiende al carácter o personalidad del autor, sino en cuanto se refiere a este delito en particular⁵⁵.

Con todo, cabe relevar que la apreciación de una dimensión cuantitativa de la culpabilidad ha sido objeto de un arduo debate. Para algunos su concepción normativa es incompatible con una graduación en función de su intensidad, pues ello disminuye la eficacia operativa de la culpabilidad como límite material al *ius puniendi*, esto es, como garantía para el ciudadano⁵⁶. En tal sentido, se afirma que la categoría de la culpabilidad satisface un rol en la distribución de las penas, como el límite, ya que no puede justificarse la imposición de una pena que supere en gravedad a la culpabilidad⁵⁷. Por el contrario, para otros es posible atribuir algún efecto a la culpabilidad en términos cuantitativos⁵⁸, tanto en lo que respecta a la determinación legal de la penalidad (en la fijación de la penalidad abstracta y su proceso de adaptación) como en su determinación judicial. Dicho de otro modo, la culpabilidad es, a su vez, un concepto clasificatorio y ordenador: por un lado, existe o no, y por otro lado, cuando existe puede ser mayor o menor⁵⁹. En el caso de la LDE justamente se procede de esta manera, pues la valoración cuantitativa de la culpabilidad —efecto ordenador— opera en diversos momentos.

En la etapa de adaptación de la penalidad, por medio de la previsión legal de una atenuante y una agravante basadas en la culpabilidad, la LDE les otorga un efecto atenuatorio o agravatorio más intenso al considerarlas «muy calificadas» (artículo 17). Tal efecto se proyecta en la determinación del marco penal aplicable. Tratándose de las atenuantes muy calificadas asociadas a una culpabilidad muy disminuida resulta dificultoso establecer en qué momento transitamos desde una culpabilidad graduable (y, por lo tanto, considerada como muy disminuida) hacia una culpabilidad ausente, que habilita a la configuración de una eximente de responsabilidad penal. Por ejemplo, ello sucede con la situación de necesidad reconocida en el artículo 14, circunstancia 1a, literal a.

En la etapa de concreción de la penalidad, al establecer una atenuante y una agravante basadas en la culpabilidad, la LDE les otorga un efecto común (artículo 18), que se proyecta en la determinación judicial de la

⁵⁵ VAN WEEZEL (1997), p. 476.

⁵⁶ BESIO (2011), pp. 221-222.

⁵⁷ BESIO (2011), p. 246.

⁵⁸ RODRÍGUEZ Y DE LA FUENTE (1989-1990), p. 126.

⁵⁹ GUZMÁN (2013), p. 331.

pena. En ciertos casos puede apreciarse una progresión entre culpabilidad disminuida y muy disminuida, y culpabilidad elevada y muy elevada, pero en otras ocasiones no es clara la razón por la cual el legislador le atribuyó un efecto más intenso a ciertas hipótesis. Por ejemplo, ello sucede con la ausencia de la motivación de lucro contenida en el artículo 13, circunstancia 1a, literal a.

En la existencia de una cláusula genérica, se refiere a la mayor o menor intensidad de la culpabilidad del responsable que es distinguible de los casos de concurrencia de una modificatoria común (artículo 18). Por esta vía se podría acudir a la consideración de supuestos de culpabilidad aumentada o disminuida *innominados*, o bien, a circunstancias basadas en la culpabilidad que no se encuentran especialmente previstas para el delito económico, pero sí de manera general. Adicionalmente, podrían considerarse hipótesis de tipicidad reforzada de atenuantes o agravantes muy calificadas basadas en la culpabilidad, esto es, supuestos en los cuales se ha cumplido con más de uno de los requisitos para su procedencia, para otorgarles algún efecto.

2. Las circunstancias modificatorias como manifestación de una cuantificación de la culpabilidad

El legislador ha establecido expresamente los casos de culpabilidad disminuida y muy disminuida, aumentada y muy aumentada, fundados en una valoración de la intensidad de la culpabilidad. Un adecuado respeto de la proporcionalidad penal exige que pueda observarse una progresión en términos de reprochabilidad en lo que respecta a las circunstancias de culpabilidad muy disminuida, culpabilidad disminuida, culpabilidad no afecta a rebajas o aumentos, culpabilidad aumentada y culpabilidad muy aumentada. Tal progresión está vinculada a ciertas reglas que se pueden deducir de los artículos 13 a 16, que pasaremos a reseñar a continuación.

a) Valoración muy favorable de la situación de subordinación del condenado

El legislador ha regulado la situación de subordinación del condenado como una de las exigencias copulativas de dos supuestos de procedencia de la atenuante muy calificada de culpabilidad muy disminuida, a saber: «c) *El condenado actuó bajo presión y en una situación de subordinación al interior de una organización*» y «d) *El condenado actuó en una situación de subordinación y con conocimiento limitado de la ilicitud de su actuar*» (artículo 14, circunstancia 1a).

Cierta doctrina ha examinado la situación de subordinación en oposición al concepto de posición intermedia o superior en la organización al que hacen referencia otros supuestos de atenuación o agravación⁶⁰, sin embargo, según nuestra opinión se ha considerado correctamente que la existencia de una posición intermedia o superior no obsta a encontrarse en una situación de subordinación⁶¹, cuestión que el propio artículo 16 reconoce al delimitar el concepto de posición jerárquica superior e incluir supuestos de subordinación. Esto último únicamente guarda relación con la existencia de un superior jerárquico, en cambio, lo primero a la ubicación del sujeto activo en el organigrama jerárquico de la organización. De esta manera, la posición de subordinación puede verificarse respecto de quien se encuentra en una posición superior, intermedia o inferior en la organización⁶².

Además, la hipótesis de atenuación calificada se configura con dos exigencias alternativas adicionales que permiten dotar de fundamento a la rebaja de pena en atención a la culpabilidad. En una de las hipótesis (artículo 14, circunstancia 1a, literal c) se exige la actuación bajo presión. Aun cuando no lo señala expresamente la disposición normativa, «la presión que lleva a la actuación debe provenir del o los superiores» y puede consistir en «amenazas de despidos o sanciones»⁶³. Se trata, por lo tanto, de una situación especialmente regulada de exigibilidad disminuida.

Por otra parte, en el artículo 14, circunstancia 1a, literal d), se alude al conocimiento limitado de la licitud de su actuar. Se trata de la consagración de un error de prohibición vencible, al que la ley le atribuye efecto en la intensidad de la pena. Es interesante que en estos supuestos podrán apreciarse casos de error de prohibición invencible, que darán lugar a la configuración de una eximente de responsabilidad penal por aplicación de las reglas generales.

⁶⁰ SERRA (2023), p. 92. Particularmente, los artículos 13 circunstancia 1a, literal b) (culpabilidad disminuida), artículo 15 circunstancia 1a, literal a) (culpabilidad elevada), y 16 circunstancia 1a, literal a) (culpabilidad muy elevada).

⁶¹ BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 221.

⁶² Aquí parecen incurrir en una contradicción BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 224, puesto que entienden que la exigencia se relaciona con el «reconocimiento de una carga de averiguación del contenido del derecho que tiene una entidad menor en el caso de individuos que se encuentren en estadios organizacionales más bajos», con lo que parecen equiparar situación de subordinación con estadio organizacional inferior, en circunstancias de que habían sostenido que tal relación era errada.

⁶³ BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), pp. 221-222.

b) Valoración muy favorable de la actuación en una hipótesis de necesidad personal o de terceros

En el artículo 14, circunstancia 1a, literal a, se prevé como supuesto de procedencia de la atenuante muy calificada de culpabilidad muy disminuida que el «condenado haya actuado en interés de personas necesitadas o por necesidad personal apremiante». Para la doctrina, esta situación supone una forma imperfecta de configuración de un estado de necesidad justificante, o bien, exculpante⁶⁴. Es preciso mencionar que este aspecto es también requisito fáctico del estado de necesidad como eximente de responsabilidad, de ahí que sea pertinente preguntarse si la incorporación de atenuantes con un efecto más intenso puede provocar consecuencias en la interpretación otorgada a las eximentes de responsabilidad penal tratándose del delito económico⁶⁵.

c) Valoración muy favorable de la actuación posterior a la ejecución del delito

En la LDE uno de los supuestos de procedencia de la atenuante muy calificada de culpabilidad muy disminuida implica que el condenado haya adoptado «oportuna y voluntariamente medidas orientadas a prevenir o mitigar sustancialmente la generación de daños a la víctima o a terceros» (artículo 14, circunstancia 1a, literal b)⁶⁶. Conforme a lo indicado por la doctrina, esta atenuante reemplaza aquella contenida en el artículo 11 número 7 del Código Penal y apunta a «incentivar la toma de decisiones que pueden significar disminución de los efectos negativos del delito»⁶⁷.

En cuanto a su fundamento, el comportamiento desplegado por el sujeto activo es manifestación de una actitud de adhesión al derecho, *ergo*, es adecuado que el juicio de reproche se modele conforme a dicha manifestación. En realidad, la conducta prevista por la hipótesis de atenuación calificada en nada altera el desvalor de acción o de resultado, pues «el quebrantamiento del derecho ya se ha verificado», en cambio, sí contiene una significación jurídica que expresa una actitud de adhesión al derecho que va más allá de aquello que exige el ordenamiento jurídico a la persona que ha delinquirido y, por ello, resulta necesaria la disminución de la pena-

⁶⁴ BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 212.

⁶⁵ ASHWORTH (2010), p. 19 reconoce que este es un efecto que han producido las *Sentencing Guidelines* en el derecho inglés y galés.

⁶⁶ Exigencia que en similares términos establece el legislador en el artículo 11 número 7, conforme a MATUS Y RAMÍREZ (2021), p. 620.

⁶⁷ BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 215.

lidad aplicable⁶⁸. Este significado tiene una especial particularidad —que no está presente en el artículo II número 7—, porque la actividad de prevención o mitigación puede ser realizada respecto de la víctima o terceros, con lo cual el legislador se hace cargo del carácter supraindividual de los intereses penalmente protegidos en esta clase de criminalidad.

Es al menos interesante que en materia de criminalidad económica se conceda efectos morigerantes intensificados a una hipótesis de pretensión de reparación, cuando en la sistemática del Código Penal relativa a la criminalidad patrimonial tradicional se tiende a limitar o, incluso, a vetar los efectos de tal circunstancia.

d) Valoración favorable de los móviles con los que ha actuado el agente

El legislador ha estatuido como un supuesto fáctico que configura la atenuante de culpabilidad disminuida que el condenado *«no buscó obtener provecho económico de la perpetración del hecho para sí o para un tercero»* (artículo 13, circunstancia 1a, literal a).

De esta manera, el supuesto fáctico que configura la circunstancia modificatoria de eficacia común no exige la ausencia de un provecho económico, sino simplemente que este no se haya pretendido⁶⁹, es decir, que no haya sido una razón que haya impulsado al sujeto a delinquir. El legislador ha establecido esta hipótesis como un supuesto de hecho que da lugar a una atenuante en razón de la excepcionalidad de esta clase de motivación negativa en el ámbito de la criminalidad económica⁷⁰. Podría cuestionarse

⁶⁸ Lo que MAÑALICH (2018), p. 267, denomina el «ejercicio supererogatorio de fidelidad al derecho por parte de quien resulta responsable de un quebrantamiento del derecho». Puede ser calificado de «supererogatorio» porque, en palabras de PAWLK (2010), p. 103, ante y tras la comisión de un delito únicamente es jurídicamente exigible al sujeto activo el cumplimiento de una pena, por ende, a la ejecución de conductas adicionales deberá atribuírsele efectos comunicativos de la misma índole que a la pena. Véase ALVARADO Y PINTO (2024), pp. 143 y siguientes, sobre idéntico fundamento en el caso del artículo II número 7. También véase GARCÍA CAVERO (2023), p. 1092, por su parte, quien aduce la misma idea tratándose de la renuncia a la acción en los delitos aduaneros por un pago posterior al fisco: «La asunción de la culpabilidad por lo acontecido como primera expresión comunicativa de la regularización tributaria, la posterior reparación efectiva del perjuicio causado a los intereses recaudatorios del Estado por medio de la cancelación de la deuda aduanera y el padecimiento que asume el infractor con el pago de las multas administrativas, producirían un efecto de restabilización que torna en innecesaria la imposición de la sanción penal».

⁶⁹ SERRA (2023), p. 90.

⁷⁰ BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 201, lo que además permite a los autores comprender los fundamentos de la atenuación en la ausencia de una necesidad preventiva, o bien, en la retribución de una eventual motivación altruista.

que su fundamento esté genuinamente vinculado con una valoración de la intensidad de la culpabilidad, pero si se acepta que esta incluye un examen centrado en el carácter o actitud interna del sujeto⁷¹, no habrá problema para esgrimir la relación.

e) Valoración bivalente de la naturaleza de la intervención del condenado y su posición en la organización

El legislador ha considerado la naturaleza de la intervención del sujeto activo, así como su posición en la organización como un criterio que permite cuantificar su culpabilidad, transitando desde la culpabilidad disminuida hasta la culpabilidad muy elevada.

Respecto del supuesto de culpabilidad disminuida, en el artículo 13, circunstancia 1a, literal b), se atenúa la responsabilidad penal al condenado que *«estando en una posición intermedia o superior al interior de la organización, se limitó a omitir la realización de alguna acción que habría impedido la perpetración del delito sin favorecerla inmediatamente»*. De esta manera, se prevé como hipótesis de atenuación la intervención puramente omisiva de un sujeto que ostenta una posición intermedia o superior en la organización y que, además, es titular de una posición de garante respecto de los bienes jurídicos afectados⁷², siempre y cuando no haya favorecido directamente su comisión. Sobre el punto, es interesante destacar que el legislador haya otorgado una pena más beneficiosa a quien omite la realización de una acción, cuya ocurrencia habría obstado a la perpetración del delito, incluso cuando ocupa una posición superior en la organización.

Luego, tratándose de la hipótesis de culpabilidad elevada, el legislador ha previsto la situación del condenado que *«participó activamente en una posición intermedia en la organización en que se perpetró el delito»* (artículo 15, circunstancia 1a, literal a). La propia disposición se encarga de definir la posición intermedia:

En el caso de organizaciones privadas o de empresas o universidades del Estado, se entenderá que el condenado se encuentra en una posición intermedia cuando ejerce un poder relevante de mando sobre otros en la organización, sin estar en una posición jerárquica superior. Este supuesto no será aplicable tratándose de medianas empresas conforme al artículo segundo de la Ley 20.416. Tratándose de órganos del Estado, se entenderá que el condenado se encuentra en una posición intermedia cuando ejerce un poder relevante de mando sobre otros en la organización, sin estar en alguna de las situaciones previstas en el

⁷¹ SILVA (2007), p. 9.

⁷² BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 203.

número 1 del artículo 251 quinquies del Código Penal, aunque no haya sido condenado por alguno de los delitos allí mencionados.

Por supuesto, no solo basta con detentar una posición jerárquica intermedia, además se exige la participación por acción en la perpetración del hecho, lo que permite excluir supuestos de omisión impropia⁷³. Se trata de una de las disposiciones que mayor debate generó en términos constitucionales⁷⁴.

Finalmente, es preciso relevar los casos de culpabilidad muy agravada en los que se aumenta la pena al condenado que *«participó activamente en una posición jerárquica superior en la organización en la que se perpetró el delito»* (artículo 16, circunstancia 1a, literal a). La propia disposición se encarga de conceptualizar la «posición jerárquica superior». Tratándose de organizaciones privadas o de empresas o universidades del Estado, el condenado se encontrará en una posición jerárquica superior *«cuando ejerza como gerente general o miembro del órgano superior de administración, o como jefe de unidad o división, solo subordinado al órgano superior de administración, así como cuando ejerza como director, socio administrador o accionista o socio con poder de influir en la administración»*.

En cuanto a organizaciones públicas, la posición jerárquica superior queda definida por referencia al artículo 251 quinquies número 1 del Código Penal:

Cuando hayan sido cometidos por un empleado público que desempeñe un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de estos, de alta dirección pública del primer nivel jerárquico o por un fiscal del Ministerio Público o por cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción; por los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea, o por el General Director de Carabineros o el Director General de la Policía de Investigaciones.

⁷³ SERRA (2023), p. 94; BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 238.

⁷⁴ En efecto, en el control preventivo de constitucionalidad en voto de minoría de los ministros Letelier y Vásquez se declaró inconstitucional este precepto, en la medida en que constituiría una presunción de derecho de la responsabilidad y, por consiguiente, sería contrario al artículo 19 número 3. El argumento radica en que las expresiones empleadas por el precepto en análisis «consagran hechos que al sujeto condenado le dificultan su refutación» (véase Sentencia del Tribunal Constitucional, 1 de agosto de 2023, rol 14.455-23, voto de minoría de los ministros Letelier y Vásquez, considerando sexto). Justamente el punto es que se soslaya la exigencia de participación activa en la perpetración del delito, de ello da cuenta el informe de la Confederación de la Producción y del Comercio que se presentó con ocasión del control de constitucionalidad.

El fundamento de la agravación radica en que, en términos de distribución de responsabilidad, la mayor responsabilidad radica en los órganos superiores de la organización, por lo que ello implica que pueda predicarse una mayor reprochabilidad por el comportamiento desplegado⁷⁵.

f) Valoración desfavorable del ejercicio abusivo de autoridad o poder al perpetrar el hecho

En virtud del artículo 15, circunstancia 1a, literal b), la culpabilidad elevada del condenado se determina en aquellos casos en que este ejerce abusivamente autoridad o poder al perpetrar el hecho delictivo. Esto implica ejercer indebidamente cualquier clase de poder o autoridad extraorganizacional⁷⁶. No basta, por supuesto, con la detentación de tal poder o autoridad, sino que, además, se requiere que estos hayan sido utilizados directamente en la perpetración del hecho.

g) Valoración desfavorable de la reincidencia

Conforme al artículo 15 es supuesto fáctico de la circunstancia agravante de culpabilidad elevada del condenado haber sido sancionado anteriormente por perpetrar un delito económico (circunstancia 1a, literal c). En este caso el legislador ha establecido una hipótesis *especial* de reincidencia *específica*. Por un lado, es exclusivamente aplicable al delito económico y respecto de quien haya sido condenado —en términos penales— por delito de la misma especie, esto es, al menos un delito económico en los términos de las categorías estatuidas por la LDE⁷⁷. Desde la entrada en vigencia de esta ley la expresión *delito económico* debe ser entendida como un concepto normativo jurídico cuyo sentido y alcance es necesariamente determinado conforme a lo preceptuado en el título I de la LDE, y cuya aplicación retroactiva, además, no es procedente en virtud de la regla de irretroactividad desfavorable estatuida en el artículo 19 número 3 de la Constitución Política.

Es evidente que no hay relación alguna entre este literal y una supuesta culpabilidad elevada, antes bien, la agravante en comento se basa en consideraciones exclusivamente preventivas⁷⁸, relacionadas con la peligrosidad

⁷⁵ BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 254.

⁷⁶ BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), pp. 240-242. En virtud de las características del supuesto fáctico que ordena la imposición de la agravante común es posible apreciar supuestos de vulneración al *ne bis in idem*.

⁷⁷ En igual sentido, BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), pp. 243-244.

⁷⁸ ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p. 269.

que exhibe el sujeto⁷⁹. De ahí que la supuesta vinculación con una culpabilidad intensificada es errada, y más aún contraria al juicio que da lugar a la culpabilidad⁸⁰.

Por otro lado, la LDE no establece una regla de prescripción de la reincidencia similar a la contenida en el artículo 104 del Código Penal chileno. A este respecto, cabe preguntarse si ello significa que la reincidencia en materia de delincuencia económica está excluida de la regla de prescripción, o bien, si debe procederse conforme a la regla de supletoriedad del artículo 9, máxime cuando hemos indicado que la reincidencia aquí regulada no es sino un caso especial de reincidencia específica.

h) Valoración desfavorable de las situaciones señaladas en los incisos segundo y tercero del artículo III del Código Tributario para delitos económicos constitutivos de infracción tributaria

De acuerdo con la legislación tributaria:

Constituirá circunstancia agravante de responsabilidad penal que el delincuente haya utilizado, para la comisión del hecho punible, asesoría tributaria, documentación falsa, fraudulenta o adulterada, o se haya concertado con otros para realizarlo. Igualmente constituirá circunstancia agravante de responsabilidad penal que el delincuente teniendo la calidad de productor, no haya emitido facturas, facilitando de este modo la evasión tributaria de otros contribuyentes.

Muy tenue parece ser la relación entre las agravantes previstas en la disposición y un mayor grado del juicio de reprochabilidad que sirve de sostén a la culpabilidad. En otras palabras, no resulta claro de qué manera estos aspectos materiales, que más bien guardan relación con la potencialidad lesiva de la conducta para el bien jurídico, puedan estar vinculados con la culpabilidad.

⁷⁹ ALDUNATE Y BARRIENTOS (2024), pp. 315-316. En otros ordenamientos jurídicos, esta clase de apreciaciones se incluye en el examen de «las circunstancias personales del agente». Al respecto, véase MORALES (2022), p. 103. En contra, NAVAS (2023), pp. 678 y 686, quien sostiene que «existen circunstancias modificatorias que se fundamentan en la culpabilidad del sujeto, siendo el caso por ejemplo de la agravante de reincidencia que encuentra su razón de ser en una mayor culpabilidad del autor», cuestión que se explica porque «la reincidencia objetiviza una permanente actitud de desprecio por parte del delincuente hacia el Derecho externalizada a través de la comisión de delitos anteriores».

⁸⁰ ALDUNATE Y BARRIENTOS (2024), p. 315.

i) Valoración muy desfavorable del ejercicio de presión sobre los subordinados

La LDE establece como una agravante muy calificada que el condenado haya ejercido «*presión sobre sus subordinados en la organización para que colaboraran en la perpetración del delito*» (artículo 16, circunstancia 1a, literal b). Esta hipótesis se relaciona con el supuesto que configura la atenuante muy calificada de culpabilidad muy disminuida prevista en el artículo 14, circunstancia 1a, literal c). Así, en una situación específica en que resulten responsables tanto quien ejerció presión como quien fue presionado, en virtud de la relación de subordinación, podemos señalar que habrá una diferencia importante en el marco penal impuesto a uno y otro, así como en la posibilidad de acceder a penas sustitutivas. Como ya se ha precisado, la sola imposición de una agravante muy calificada implica imposibilidad de aplicación de cualquiera de las penas sustitutivas contempladas por el legislador.

Por cierto, es preciso ser especialmente cuidadoso en el respeto al principio *ne bis in idem* y la imposibilidad de aplicación de la agravante en comento cuando ella por sí misma permita imputar o atribuir responsabilidad penal (por ejemplo, a título de autoría mediata).

3. *La cooperación eficaz como una atenuante con regulación autónoma*

La cooperación eficaz, como medio de reconocimiento de un derecho penal premial, se encuentra sistemáticamente regulada en el Código Procesal Penal a partir de la entrada en vigencia de la Ley 21.694. En efecto, en dicho Código ha sido definida como «*el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables, o sirvan para prevenir o impedir la perpetración, la continuidad o la reiteración de otros delitos, o faciliten la práctica de cualquier clase de comiso*» (inciso 1, artículo 228 bis A). En consecuencia, en la primera parte de la disposición se define la cooperación, mientras que en la segunda parte se alude a su eficacia⁸¹.

En el sistema de la LDE la cooperación eficaz puede constituir una atenuante muy calificada que goza de un efecto especial, o bien, una atenuante de culpabilidad disminuida que opera con el efecto común previs-

⁸¹ En realidad, los términos empleados por la actual disposición son bastante similares a los que contemplaba en su origen la Ley 21.595, en el ya derogado artículo 64. La mayor diferencia radica en la importancia que otorga el nuevo concepto de cooperación a que se prevengan o eviten «otros delitos», allende el actualmente investigado.

to en el artículo 13. Lo primero podría verificarse cuando la cooperación eficaz es establecida en virtud de un acuerdo de cooperación con el fiscal (artículo 228 ter del Código Procesal Penal), en el que se haya previsto el otorgamiento de una rebaja de la pena aplicable, consistente en la concesión de una atenuante muy calificada y, además, la disminución adicional de un grado de pena. Por otro lado, el artículo 228 quáter del Código mencionado contempla la posibilidad de adoptar un acuerdo de cooperación eficaz calificada, que consiste en la entrega de cierta información o datos precisos, comprobados o verídicos, que permitan satisfacer ciertos fines.

Sin embargo, en este último caso no se ha previsto en la disposición una referencia explícita a la Ley 21.595 —como ocurre en las restantes disposiciones⁸²—, lo cual vuelve al menos dudosa la facultad del fiscal de acordar con el cooperador el sobreseimiento definitivo o la rebaja de hasta tres grados de la pena (previa autorización del fiscal regional). Según nuestro parecer, en atención a las finalidades de la regulación, no cabe sino considerar que la aplicación del artículo 228 quáter es plausible en los delitos económicos, en la medida en que se acepte que se trata de un efecto *sui generis* asignado a una atenuante muy calificada (en lo que respecta a la rebaja de pena en tres grados).

En segundo lugar, es posible que la cooperación eficaz sea ponderada como una atenuante de culpabilidad disminuida cuando no sea establecida por un acuerdo, pero sea reconocida por parte del juez (artículo 228 septies del Código Procesal Penal).

Desde ya, cabe criticar que el legislador haya otorgado un efecto tan intenso a los acuerdos de cooperación eficaz, y más aún a los acuerdos de cooperación eficaz calificada, máxime cuando se trata de una atribución otorgada al Ministerio Público que, además, es vinculante para el juez en los delitos que admiten tal clase de atenuación⁸³. El punto es de especial

⁸² Como ya se indicó, tampoco se prevé tal referencia en el artículo 228 quinquies del Código Procesal Penal, pero ello puede explicarse en razón del contenido de la disposición, a saber, los efectos de la cooperación eficaz calificada respecto de una persona que ya ha sido condenada, cuestión de difícil ocurrencia, considerando la fecha de entrada en vigencia de la Ley 21.595.

⁸³ Este punto es especialmente álgido, que ya se había discutido tratándose del derogado artículo que establecía una regla de similar naturaleza en el artículo 64 de la LDE. A este respecto cabe destacar que, en voto de minoría, se declaró la inconstitucionalidad de este precepto por incorporar una limitación ilegítima en las facultades jurisdiccionales reconocidas a los tribunales de justicia en el artículo 76 de la Constitución (voto de minoría de los ministros Cristian Letelier, Nelson Pozo, José Ignacio Vásquez y Daniela Marzi en Sentencia Tribunal Constitucional, 2 de agosto de 2023, rol 14.455-23).

relevancia si se tienen a la vista los efectos que producen las atenuantes muy calificadas en la procedencia de las penas sustitutivas.

Por otro lado, la vinculación que realiza la LDE entre cooperación eficaz y graduación de la culpabilidad debe ser cuestionada⁸⁴. En realidad, la cooperación no guarda relación con una hipótesis de culpabilidad disminuida, sino que su efecto atenuatorio está fundamentado en razones político-criminales «asociadas con el efecto facilitador en el esclarecimiento del hecho punible y la participación que provoca la posibilidad de contar con información proveniente del propio imputado, máxime cuando suele normarse respecto de delitos cuya investigación resulta compleja» y, además, porque «se favorece el esclarecimiento de otros hechos de igual o mayor gravedad de aquel que es materia de la investigación, teniendo en cuenta que existen supuestos en que la actividad criminal se verifica en el contexto de redes delictivas que pueden ser desbaratadas a través de la cooperación»⁸⁵. Este punto también podría ser objeto de crítica, habida cuenta de las dudas que se plantean respecto de la cooperación eficaz y su potencial afectación del principio de igualdad, pues «el establecimiento de premios para los cooperadores podría redundar en que solo resulten beneficiados por los incentivos penológicos quienes se encuentren en los niveles superiores de las organizaciones criminales»⁸⁶, en nuestro caso de la organización empresarial. Esto no solo atentaría contra el principio de igualdad en la persecución penal de quienes se encuentran en diversa jerarquía en la organización empresarial, sino que también atentaría contra la lógica del sistema que guía el establecimiento de agravantes y atenuantes, que justamente tiende a agravar (y no a atenuar) la responsabilidad de quienes se encuentran en la cúspide de la organización.

III. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

Sobre el tema de una eventual vulneración al principio *ne bis in idem*, curiosamente la LDE contiene una regla explícita en el artículo 5, que estatuye el efecto que cabe atribuir a la calificación jurídica como delito económico conforme a los criterios previstos en los artículos 2, 3 y 4: «*La concurrencia de cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 2, 3 y 4 producirá el efecto de que se considere el hecho respectivo como delito eco-*

⁸⁴ Esta relación aparece de manifiesto en los artículos 63 de la LDE y 228 septies del Código Procesal Penal.

⁸⁵ VERA (2023), p. 1002. Asimismo, vinculando esta modificatoria a la «delincuencia asociativa», Medina (2022), p. 29.

⁸⁶ VERA (2023), p. 1018.

nómico, aunque la ley que lo prevé la haya expresado al describirlo y penarlo, o aunque sea de tal manera inherente al delito que sin su concurrencia no pueda cometerse». En este punto, pues, el legislador ha procedido en abierta contradicción con lo dispuesto por el artículo 63 del Código Penal⁸⁷, conforme al cual: «*No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse*».

Justamente los términos empleados en el artículo 5 son prácticamente idénticos a los contenidos en la citada disposición, que ha sido comprendida como la «principal fuente positiva de la llamada prohibición de doble valoración que es un corolario del principio *non bis in idem*»⁸⁸. En este caso, sin embargo, el legislador ha dispuesto que la doble valoración de una circunstancia para configurar una hipótesis delictiva, y dar lugar a su calificación como delito económico, no implica una infracción al *ne bis in idem* por parte del juzgador.

Más allá de las dudas que puedan esgrimirse respecto de la constitucionalidad de este criterio, cabe analizar qué sucede si se produce una nueva consideración de tales circunstancias en algunas de las atenuantes o agravantes previstas en la LDE. El punto es de especial relevancia, si se tiene a la vista que sobre este tema no hay regla explícita en la LDE, *a contrario sensu*, podría sostenerse que en esta materia mantiene su vigencia el artículo 63, es por eso por lo que las circunstancias que ya hayan sido consideradas por el legislador en los dos momentos anteriores no podrían ser consideradas en una tercera oportunidad⁸⁹. Tal afirmación, además, aparece refrendada por el artículo 21, el que a propósito de los requisitos de procedencia de la remisión condicional de la pena establece que: «*Para los efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el número 1 se considerará que concurre, en su caso, la atenuante muy calificada de la circunstancia 2a del artículo 14, aun cuando ella no tuviere incidencia en la determinación de la pena por tratarse de una circunstancia inherente al delito*»⁹⁰. Así, además, el legislador da cuenta de que la proyección de la prohibición de doble valoración no solamente se extiende a las circunstan-

⁸⁷ BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 86, quienes aducen la idéntica jerarquía normativa de ambas reglas.

⁸⁸ MATUS Y VAN WEEZEL (2002), p. 350. En igual sentido, COUSO (2011), p. 572.

⁸⁹ En la misma línea, BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 87.

⁹⁰ Cuestión que se replica en los artículos 24 y 26, a propósito de la reclusión parcial en domicilio y en establecimiento especial, respectivamente.

cias que fundan o agravan la penalidad, sino que también a aquellas que la morigeran, lo que va en contra de lo señalado por el artículo 63.

Ahora bien, examinemos problemáticas particulares. En primer lugar, encontramos aquel caso en que se pretende otorgar a una circunstancia calificante el efecto de agravante, así, por ejemplo, en aquel supuesto en que «la cuantía del perjuicio implica la imposición de un marco penal más severo que el tipo básico o privilegiado, la aplicación de las agravantes [...] se encuentra excluida»⁹¹. Como ya se ha indicado, el legislador ha estatuido que tal efecto no se extienda a la apreciación de los requisitos de procedencia de las penas sustitutivas, pues «su efecto en la selección de la pena no es considerado agravatorio»⁹². No nos parece acertada esta decisión, habida cuenta de que la elección entre una pena privativa de libertad y una pena sustitutiva evidentemente manifiesta una connotación de severidad, concretamente por el plus de afflictividad que ostenta la pena efectiva que, a su vez, da cuenta de un plus en el juicio de reproche, esto es, en su significado convencional.

En segundo lugar, los autores hacen referencia a un supuesto a su juicio más problemático consistente en la «aplicación de agravantes cuyo contenido coincide con algún elemento del tipo»⁹³. Estos casos se vinculan a supuestos de inherencia formal, es decir, casos en que «el contenido de un elemento del tipo coincide sustancialmente con el elemento de una agravante, sin que pueda apreciarse un contenido que permita graduar el injusto intensivamente como más grave que el caso normal»⁹⁴.

Todavía es posible apreciar un tercer caso de *ne bis in idem*, que guarda relación con la categoría del delito económico y la imposición de circunstancias agravantes. La calificación de un hecho como delito económico relativo, de tercera categoría, exige que en la perpetración del hecho «hubiese intervenido alguien en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa» (en los términos de las intervenciones previstas en los artículos 15 y 16 del Código Penal). Así, si el criterio determinante para la calificación jurídica como delito económico fue intervenir en la perpetración del hecho en una determinada posición, difícilmente podrá apreciarse la concurrencia de una circunstancia agravante —común o muy calificada— por el simple hecho de ostentar dicha posición. La solución al *ne bis in idem* exigiría acreditar un contenido de desvalor adicional en lo que respecta a la circunstancia modificatoria.

⁹¹ BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 88.

⁹² BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 88.

⁹³ BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 88.

⁹⁴ BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), p. 89.

IV. CONCLUSIÓN

La Ley 21.595 instaura un régimen especial para la individualización de las penas privativas de libertad, que difiere del sistema de determinación legal y judicial previsto en el Código Penal para la mayoría de los delitos. Esta diferencia se manifiesta tanto en el contenido y estructura del catálogo de circunstancias modificatorias contempladas como en la forma en que se ponderan sus efectos en la cuantificación de la intensidad de la pena. Dicho régimen excluye la aplicación de circunstancias modificatorias no previstas en la LDE, sea como circunstancias comunes, sea como circunstancias muy calificadas, asociadas a los criterios de perjuicio o culpabilidad.

El presente análisis se centró en el criterio de culpabilidad, identificando problemas en la graduación ordenada por la ley, que discierne entre supuestos de culpabilidad plena, culpabilidad muy elevada, culpabilidad elevada, culpabilidad disminuida, culpabilidad muy disminuida y ausencia de culpabilidad. Asimismo, se constató que varias de las circunstancias nominalmente vinculadas a la culpabilidad, en realidad, presentan una conexión dudosa con dicho criterio. Además, se advirtió que la aplicación de estas modificatorias podría generar eventuales infracciones al principio *ne bis in idem*, que deberían resolverse conforme a las reglas generales, siempre que estas no contravengan las disposiciones especiales de la LDE.

En última instancia, más allá de las críticas que puedan formularse, la racionalidad de este sistema de ponderación de circunstancias modificatorias se justifica por la necesidad de subsanar un déficit de significado convencional del que adolecía la regulación penal económica, el cual generaba una falta de armonía en el sistema penal en su conjunto.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aldunate, Enrique y Barrientos, María Cristina (2024): «Sobre la circunstancia agravante de reincidencia», en: González, Manuel (coordinador), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Penal chileno* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, segunda edición), pp. 309-361.
- Alvarado, Agustina y Pinto, Andrea (2024): «Marcos penales rígidos indirectos: La cuestionable y progresiva inaplicabilidad de la atenuante contenida en el artículo II número 7 a la luz de la pena como acto comunicativo», en: Contesse, Javier y Silva, Guillermo (coordinadores), *Racionalidad y escepticismo en el derecho penal: Estudios en memoria de Miguel Soto Piñeiro* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 125-151.

- Ashworth, Andrew (2010): *Sentencing and criminal justice* (Cambridge, Cambridge University Press, quinta edición).
- Bascuñán, Antonio y Wilenmann, Javier (2023): *Derecho Penal Económico chileno, Tomo I. La Ley de Delitos Económicos* (Santiago, Der).
- Besio, Martín (2011): *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- Couso, Jaime (2011): «Artículo 63», en: Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), *Código Penal comentado: Parte general. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot), pp. 572-579.
- Cury, Enrique (2009): *Derecho penal: Parte general* (Santiago, Ediciones UC, novena edición).
- Durán, Mario (2009): «Justificación y legitimación político-criminal de la pena: Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional», en: *Política Criminal*, Vol. 4, N° 8: pp. 266-291.
- García Cavero, Percy (2023): «El fundamento de la renuncia a la persecución penal por un pago posterior al Fisco en los delitos aduaneros», en: Oliver, Guillermo; Mayer, Laura y Vera, Jaime (editores), *Un derecho penal centrado en la persona: Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Collao*, Tomo 2 (Santiago, Jurídica de Chile), pp. 1085-1095.
- (2024): «Hacia un concepto dogmático del derecho penal económico», en: Contesse, Javier y Silva, Guillermo (coordinadores), *Racionalidad y escepticismo en el derecho penal: Estudios en memoria de Miguel Soto Piñeiro* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 663-691.
- Guzmán, José Luis (2013): «La adaptación de la penalidad y sus factores», en: Van Weezel, Alex (editor), *Humanizar y renovar el derecho penal: Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago, Legal Publishing), pp. 303-357.
- (2017): «La anomalía de la adaptación de la penalidad en los delitos contra la propiedad, según la Ley 20.931», en: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. 45, N°4: pp. 11-18.
- (2023): «De los sistemas visibles y el sistema invisible del delito», en: Oliver, Guillermo, Mayer, Laura y Vera, Jaime (editores), *Un derecho penal centrado en la persona: Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Collao*, Tomo 1 (Valparaíso, Jurídica de Chile), pp. 45-66.
- Hernández, Héctor (2005): «Perspectivas del derecho penal económico en Chile», en: *Persona y Sociedad*, Vol. 19, N° 1: pp. 101-134.
- (2023): «Ley de delitos económicos: Desmalezando el debate», en: *Ciper Chile*. Disponible en: <https://tipg.link/SmoW> [fecha de consulta: 31.7.2024].


- Mañalich, Juan Pablo (2018): *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (Santiago, Thomson Reuters).
- Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia (2021): *Manual de derecho penal chileno: Parte general* (Valencia, Tirant lo Blanch, segunda edición).
- Matus, Jean Pierre y Van Weezel, Alex (2002): «Artículos 50 a 73», en: Politoff, Sergio y Ortiz, Luis (directores), *Texto y comentario del Código Penal chileno: Libro primero. Parte general* (Santiago, Jurídica de Chile), pp. 323-382.
- Mayer, Laura y Fernandes, Inês (2013): «La estafa como delito económico», en: *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Vol. 41: pp. 183-209.
- Medina, Gonzalo (2022): «Programa de clemencia y colaboración del presunto infractor en el mercado de valores chileno», en: *Política Criminal*, Vol. 17, N° 33: pp. 26-57.
- Morales, Leticia (2022): «Análisis jurisprudencial sobre la aplicación de la cláusula ‘mayor o menor extensión del mal producido por el delito’ contenida en el artículo 69 del Código Penal», en: Oliver, Guillermo (director), *Problemas actuales de determinación de la pena en el derecho penal chileno* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 73-124.
- Navas, Iván (2023): «La disociación entre pena abstracta y pena concreta: El rol de las circunstancias atenuantes y agravantes», en: Carnevali, Raúl (director), *Hacia un derecho penal liberal: Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 671-690.
- Oliver, Guillermo (2022): «Sobre la (im)procedencia de aplicar circunstancias modificatorias de responsabilidad penal de efecto extraordinario a los delitos de hurto, robo y receptación», en: Oliver, Guillermo (director), *Problemas actuales de determinación de la pena en el derecho penal chileno* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 209-225.
- Ortiz, Luis y Arévalo, Javier (2013): *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago, Jurídica de Chile).
- Pawlik, Michael (2010): *La libertad institucionalizada: Estudios de Filosofía Jurídica y Derecho Penal* (Madrid, Marcial Pons).
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel de (2012): «La dosimetría en la determinación legal de las penas», en: *Violencia y justicia* (Valparaíso, Universidad de Valparaíso, segunda edición), pp. 211-218.
- Roberts, Julian V. (2021): «Promoting Retributive Proportionality through Sentencing Guidelines», en: Billis, Emmanouil, Nandor, Knust y Rui, Jon Petter (editores), *Proportionality in crime control and criminal justice* (Oxford, Hart Publishing), pp. 227-247.


- Robles, Ricardo (2015): *Estudios de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico* (Buenos Aires, Bdef).
- Rodríguez, Luis (2011): «Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal», en: *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Vol. 36: pp. 397-428.
- (2024): «Abuso de superioridad», en: González, Manuel (coordinador), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Penal chileno* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, segunda edición), pp. 201-217.
- Rodríguez, Luis y De la Fuente, Felipe (1989-1990): «El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980», en: *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), N° 13: pp. 125-153.
- Sentencing Council Guidelines (2014): «Fraud». Disponible en: <https://tipg.link/Sm2I> [fecha de consulta: 31.7.2024].
- Serra, Diva (2023): «¿Instaura la nueva ley de delitos económicos una segunda velocidad en el derecho penal chileno?», en: *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 53: pp. 77-110.
- Silva, Jesús-María (2007): «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo», en: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2: pp. 1-15.
- Van Weezel, Alex (1997): «Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena», en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 3: pp. 459-502.
- Varela, Luis y Zaliasnik, Gabriel (2023): «Ley de Delitos Económicos: Panorama general, génesis normativa y consideraciones críticas de su modelo de atribución de responsabilidad penal», en: *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 53: pp. 131-152.
- Vera, Jaime (2023): «La cooperación eficaz en la nueva ley sobre delitos informáticos», en: Oliver, Guillermo, Mayer, Laura y Vera, Jaime (editores), *Un derecho penal centrado en la persona: Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Collao*, Tomo 2 (Santiago, Jurídica de Chile), pp. 999-1021.
- Wilennmann, Javier (2020): «La imposición constitucional de disciplina en la práctica sancionadora del Estado», en: *Latin American Legal Studies*, N° 6: pp. 45-62.

Jurisprudencia citada

- Tribunal Constitucional, 1 de agosto de 2023, rol 14.455-23, en: Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: <https://n9.cl/mvzkk> [fecha de consulta: 14.1.2025].

SOBRE LOS AUTORES

LUIS RODRÍGUEZ COLLAO es doctor en Derecho de la Universidad de Lérida, España y profesor emérito del Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Su correo electrónico es luis.rodriguez@pucv.cl.  <https://orcid.org/0009-0007-6740-1270>.

ANDREA PINTO BUSTOS es doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile y profesora asistente de Ciencias del Derecho y Derecho Penal en la Universidad Andrés Bello, Chile, sede Viña del Mar. Su correo electrónico es andrea.pinto@unab.cl.  <https://orcid.org/0009-0007-6442-5736>.

