



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD
PENAL INTRODUCIDAS POR LA LEY N.º 21.595 DE DELITOS ECONÓMICOS**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

PEDRO FRANZ URREJOLA

19.639.672-1

PROFESOR GUÍA: MIGUEL SCHÜRMAN OPAZO

SANTIAGO DE CHILE

2024

ÍNDICE

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1: LA LEY DE DELITOS ECONÓMICOS Y LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	8
I. Breve reseña de la Ley.	8
II. Consideraciones generales sobre el régimen de determinación de la pena previsto en la LDE.	13
III. Algunos problemas del sistema de determinación de penas contenido en el Código Penal en su aplicación para hechos de criminalidad económica.	17
IV. Aspectos centrales y fundamentos de las atenuantes y agravantes especiales de la LDE.	25
CAPÍTULO 2: LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.....	32
I. Atenuantes simples.....	32
i) Culpabilidad disminuida	32
a) Motivación ajena al provecho económico	33
b) Intervención omisiva.....	35
ii) Perjuicio limitado	41
II. Atenuantes muy calificadas.....	44
i) Culpabilidad muy disminuida.....	44
a) Perpetración motivada por situaciones de necesidad	45
b) Prevención y mitigación de daños	47
c) Actuación bajo subordinación y presión	50
d) Actuación bajo subordinación y con conocimiento limitado de la ilicitud	53
ii) Hecho bagatelario	56
CAPÍTULO 3: LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.....	58
I. Agravantes simples.....	58
i) Culpabilidad elevada	59
a) Participación activa desde una posición intermedia en la organización	59
b) Ejercicio abusivo de autoridad o poder al perpetrar el hecho.....	63
c) Reincidencia específica por delitos económicos	66
d) Agravantes tributarias.....	70
ii) Perjuicio o beneficio relevante.....	73
II. Agravantes muy calificadas.....	74
i) Culpabilidad muy elevada.....	75
a) Participación activa desde una posición jerárquica superior en la organización	76
b) Ejercicio de presión sobre subordinados para la perpetración del delito	81
ii) Perjuicio muy elevado.....	84
a) Hipótesis cuantitativa	84
b) Afectación del suministro de bienes de primera necesidad o de consumo masivo	85

c) Afectación abusiva de individuos vulnerables.....	88
d) Casos de intervención calificada de empleados públicos y perpetración grupal	89
CONCLUSIONES	96
BIBLIOGRAFÍA.....	99

RESUMEN

La memoria de prueba que se presenta tiene por objetivo general analizar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal especiales introducidas por la Ley N° 21.595 de Delitos Económicos y por objetivos específicos precisar sus fundamentos y alcances, su lógica operativa y dilucidar posibles puntos críticos y dificultades de aplicación en la práctica jurídica. Para ello se acude a un análisis dogmático de doctrina y legislación nacionales y comparadas. El trabajo se estructura en una breve introducción, tres capítulos y un apartado de conclusiones. El primer capítulo expone una reseña de la Ley de Delitos Económicos en general con una introducción al sistema de determinación de la pena, en sentido amplio, que contempla una exposición de algunos problemas que presenta la regulación del Código Penal en la materia, y una mención a aspectos centrales y fundamentos del régimen especial de circunstancias modificatorias previsto en dicha ley para la criminalidad económica. Luego, los capítulos 2 y 3 tratan las circunstancias especiales contenidas en los artículos 13 a 16 de la Ley de Delitos Económicos propiamente tales, siguiendo el orden de la Ley y deteniéndose, con mayor o menor detalle, en los supuestos de hecho que la Ley prevé para cada atenuante y agravante. Por último, se presentan algunas conclusiones, valorando el sistema especial de determinación de penas en términos generales y las circunstancias modificatorias introducidas por la ley en especial.

INTRODUCCIÓN

La preocupación por los delitos económicos y de la criminalidad económica como fenómeno se ha hecho cada vez más presente en la esfera de la discusión pública en Chile. Ciudadanos, legisladores, académicos, periodistas, intelectuales y políticos, tienen todos algo que decir al respecto. El derecho penal económico, así, se encuentra en lo medular de la indignación pública y sensación de impunidad suscitadas a propósito de mediáticos casos de corrupción pública y privada.

Estas sensaciones de molestia y hastío de la sociedad chilena se han hecho cada vez más presentes en el debate público, tanto así que llevaron a que el ex presidente de la Excelentísima Corte Suprema, Milton Juica Arancibia, declarara que “[h]ay una sensación de la gente, bien fundada, que hay dos justicias y que aquella persona que tiene más recursos y que tiene más posibilidades de defensa, tiene mayor seguridad de que la sanción no le va a llegar de la manera en que está prevista por la ley.”¹ Lo “bien fundada” de esta indignación ha sido refrendado en la dogmática penal nacional. En palabras del profesor Jaime Winter: “Las organizaciones y, por tanto, quienes actúan a través de ellas, tienen un tratamiento privilegiado por parte de nuestro sistema penal –desde la legislación hasta la aplicación del Derecho– (...)”²

La respuesta legislativa a este fenómeno, como lo exponen Bascuñán y Wilenmann³, se había traducido, principalmente, en la dictación de las leyes N° 20.393, N° 20.945 y N° 21.121. La Ley que ahora tratamos, N° 21.595⁴, constituye así el más reciente -y probablemente más ambicioso- esfuerzo por enfrentar la criminalidad económica de manera decidida, y acorde a las expectativas de la ciudadanía.

El estudio de la Ley de Delitos Económicos, y las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que esta introduce -como elemento fundamental del sistema de determinación de pena en términos amplios- reviste gran interés, entonces, en los tiempos que corren. Su estudio y análisis, además, se hace necesario para comprenderla a cabalidad y procurar su adecuada aplicación en la práctica jurídica.

¹ La Tercera. (30 de diciembre de 2018). Milton Juica, expresidente de la Corte Suprema: "Hay una sensación de la gente, bien fundada, de que hay dos justicias".

² Winter E., J. (2013). DERECHO PENAL E IMPUNIDAD EMPRESARIAL EN CHILE. Revista de Estudios de la Justicia (19), 91-125.

³ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. pp. 34 y ss.

⁴ A lo largo del trabajo nos referimos a Ley N.º 21.595 como “Ley de Delitos Económicos” o “LDE”, indistintamente.

Si bien, como veremos, la Ley de Delitos Económicos no sustituye todas las operaciones de determinación de la pena en sentido amplio, sí lo hace respecto de algunas y otras se ven afectadas de manera relevante por sus disposiciones. Las circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad penal se encuentran dentro del primer grupo. Es decir, conforman una etapa en el ejercicio de determinación de la pena cuyas normas generales previstas en el Código Penal son sustituidas en su completitud por el cuerpo normativo que comentamos. Así, el artículo 12 de la Ley contempla que no serán aplicables a los delitos económicos las atenuantes y agravantes previstas en los artículos 11 a 13 del Código Penal y, en su lugar, mandata la aplicación de los artículos 13 a 16 de la Ley. Estos artículos, justamente, contienen las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal a las que nos abocaremos en este trabajo.

Como vemos, el objeto principal de nuestro estudio está constituido por solo 4 artículos, de una legislación de 68. Los alcances de este trabajo, así como la complejidad y novedad de la Ley, nos impiden referirnos en detalle a otros temas fundamentales que ella contempla. Así, no constituyen objeto de análisis de este trabajo las categorías de delitos económicos, el sistema de días-multa, el comiso, la regulación sobre penas sustitutivas, la trascendental reforma al estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas ni los nuevos tipos penales que se introducen por ella, entre otros asuntos.

Tampoco nos referiremos, pese a su evidente relevancia para el estudio de las circunstancias modificatorias, a las normas contenidas en los artículos 63 y 64 de la Ley, que regulan los efectos de las reglas de cooperación contenidas en leyes especiales (art. 63) y una atenuante especial de cooperación eficaz para los delitos económicos (art. 64). Esto se debe a tres razones: la ubicación sistemática de estos artículos dentro de la Ley (i); su vigencia transitoria, en tanto la Ley prevé su aplicación solo mientras no se dicten otras leyes más exhaustivas respecto de la atenuante-eximente de cooperación (ii); y la incertidumbre acerca del contenido del artículo 64, que fue introducido en la Ley en un trámite legislativo posterior (iii).⁵

⁵ Específicamente, las indicaciones que introdujeron lo que son los actuales artículos 63 y 64 de la LDE fueron presentadas por los Senadores señores Araya, De Urresti, Walker y Galilea, en segundo trámite constitucional. La razón para su no inclusión en el anteproyecto fue explicada por el profesor Wilenmann: “(...) *tal es la importancia de esta colaboración para la investigación de estos delitos, que estiman que debe estar contenida en un estatuto especial donde la Fiscalía tenga mayor libertad para negociación.*” Historia de la Ley N.º 21.595 de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. p. 96

A pesar de las limitaciones expresadas, el objeto de nuestro estudio no puede ser comprendido adecuadamente sin una mención, por breve que sea, de la génesis y contenido general de la Ley de Delitos Económicos, del sistema de determinación de pena (en sentido amplio) que contempla y de algunos problemas que presenta el sistema de determinación de penas general previsto en el Código Penal en su aplicación a los delitos económicos. Por ello, parte del capítulo 1 se dirige a estos temas, en un intento de poner en contexto nuestro objeto de estudio. El capítulo 1 se cierra con la exposición de los aspectos centrales y fundamentos de aplicación de atenuantes y agravantes especiales a los hechos de criminalidad económica, aspecto que fue objeto de críticas desde algunos sectores, al punto que fue controvertido constitucionalmente por la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC) en las postrimerías de la tramitación del proyecto de ley, sin éxito.⁶

A continuación, en los capítulos 2 y 3 nos abocaremos a tratar las atenuantes y agravantes especiales en su contenido sustantivo, descansando en los dos factores que permean a todas ellas: la culpabilidad y el perjuicio. Para su análisis, seguiremos el orden del articulado de la ley, distinguiendo entre circunstancias simples y muy calificadas; refiriéndonos a las hipótesis de aplicación contempladas para cada factor modificador de responsabilidad; observando los puntos críticos que puedan existir y las interrogantes acerca de su aplicación práctica. No trataremos con mayor detalle, empero, por exceder los alcances de esta tesis, la incidencia y efectos que la concurrencia de las atenuantes y agravantes tienen sobre el marco penal y la determinación de la pena concreta a aplicar en cada caso, cuestión que recibe un tratamiento especial en los artículos 17 y 18 de la ley. Finalizamos con una serie de conclusiones que, en términos generales, expresan una valoración positiva tanto del cuerpo legal en su completitud, como del sistema de atenuantes y agravantes que nos abocamos a estudiar.⁷

⁶ En efecto, en el control preventivo de constitucionalidad de aquellas normas del proyecto que inciden en materias de Ley Orgánica Constitucional ventilado ante el Tribunal Constitucional, la CPC presentó un escrito *sui generis* de “tégase presente”, en el que cuestionó la constitucionalidad de diversas normas de la LDE, incluyendo el régimen especial de atenuantes y agravantes para los delitos económicos. Finalmente, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de las normas objeto de su control. Véase, al respecto, causa Rol N.º 14.455-23-CPR.

⁷ Como fuentes bibliográficas nos apoyamos, de manera importante, en el primer tomo del manual de “Derecho Penal Económico chileno” de los profesores Antonio Bascuñán y Javier Wilenmann. Esta escasez de bibliografía nacional se debe a la novedad de la Ley (a la fecha de redacción la norma tiene aproximadamente 4 meses de existencia) y a las propias fuentes materiales de la misma: principalmente doctrina estadounidense y británica. Por lo anterior, recurrimos frecuentemente a bibliografía anglosajona y a las Sentencing Guidelines de Estados Unidos y de Inglaterra y Gales. Como es predecible, la bibliografía extranjera está en su mayoría en inglés, resultando citas de traducción propia.

CAPÍTULO 1: LA LEY DE DELITOS ECONÓMICOS Y LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

I. Breve reseña de la Ley.

El cuerpo normativo que nos convoca, y como fue mencionado en la introducción de este trabajo, tiene un origen evidentemente político (criminal), pero íntimamente relacionado con aspectos técnico-jurídicos. Esto es, el descontento e indignación sociales derivados de los grandes escándalos de corrupción pública y privada, cuyo tratamiento judicial es calificado como insatisfactorio, tiene su origen en deficiencias a nivel de vacíos legislativos, inadecuaciones del sistema de determinación de pena, tipos penales inadecuados, bajas penas, deficiencias de diseño procesal, etc.⁸ Ello da cuenta de la expresión del ex ministro Milton Juica en cuanto la sensación social está “bien fundada”⁹ y no es un mero relato o capricho de algunos sectores.

Conceptos como *impunidad, justicia para pobres y justicia para ricos, privilegios de clase*, entre varios otros, son todas expresiones de un elemento: la (des)igualdad ante la ley. En el informe del año 2020 de la ONG *Latinobarómetro*, el 89% de los encuestados respondió que “no hay (poco y nada)” igualdad ante la ley, mientras que solo un 18% respondió afirmativamente a la frase “el sistema judicial castiga a los culpables sin importar quiénes son”, cayendo de un 40% que respondían afirmativamente en el año 2011.¹⁰

Es por ello que se ha afirmado que el origen político inmediato de la Ley de Delitos Económicos “se encuentra en la percepción de privilegios e impunidad a nivel popular, manifestada por varios años en las encuestas de opinión realizadas con posterioridad a los escándalos de corrupción Penta-SQM, así como en el estallido social ocurrido en octubre del año 2019.”¹¹

⁸ Hernández Basualto, H. (2005). PERSPECTIVAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN CHILE. *Persona y Sociedad*, XIX(1), 101-134. El autor identifica como factores determinantes en la inadecuación del ordenamiento jurídico a la criminalidad económica, algunos aspectos de técnica legislativa, que llama *vacíos permanentes, normas temibles sin aplicación y normas temibles poco aplicables*. Si bien el progreso en la materia ha sido notorio, algunos aspectos que destaca el diagnóstico del autor, a nuestro juicio, mantienen vigencia.

⁹ Véase nota al pie n°1.

¹⁰ “Informe Chile 2020” de Corporación Latinobarómetro, Santiago, Chile.

¹¹ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). *Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I)*. Santiago: ediciones DER. p. 38

Ante la constatación de esta realidad, en el mes de enero del año 2020 se ingresaron dos mociones parlamentarias a la cámara de diputadas y diputados, dando origen a los boletines respectivos: N.º 13.204-07 y N.º 13.205-07. La primera de ellas, de autoría del diputado Marcelo Schilling, consistía en una serie de modificaciones a Ley N.º 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y en “regular” el ejercicio de la acción penal en materia de libre competencia, tributaria y aduanera.¹²

Por su parte, la moción que dio origen al boletín N.º 13.205-07, presentada por un grupo diverso de diputadas y diputados¹³, buscaba -según lo indicaba su denominación- sistematizar los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modificar diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico y adecuar las penas aplicables a todos ellos. El objetivo perseguido era “abordar la conmoción y rechazo social que generan los delitos de naturaleza económica y de su impacto en el orden público económico (...)” y entregar “justicia legislativa en cuanto a los delitos que nuestro ordenamiento jurídico condena, empleando criterios que se adecúen a su vez al sujeto activo que comete estos ilícitos, quienes en su mayoría cuentan con mejor preparación y posición social que quienes cometen delitos comunes.”¹⁴

El anteproyecto que dio origen al boletín 13.205-7 fue elaborado por un grupo de profesores de derecho penal compuesto por Antonio Bascuñán, Javier Wilenmann, Héctor Hernández, Soledad Krause, Fernando Londoño, Gonzalo Medina, María Magdalena Ossandón, Verónica Rosenblut, Carla Sepúlveda y José Pedro Silva. Cabe destacar que la comisión de profesores identificó factores orgánicos y procesales como los problemas de “mayor envergadura” en la persecución de delitos complejos (incluyendo por cierto a los delitos económicos): “[e]l sistema penal tenía [tiene] dificultades procedimentales en producir evidencia de modo racional en ámbitos económicos, el Ministerio Público (MP) había mostrado problemas en poder desarrollar una agenda consistente de selección de casos a impulsar, el sistema tampoco parecía generar incentivos a la colaboración en la persecución de estos delitos, y era evidente la existencia de problemas orgánicos en el manejo de información y en la coordinación entre el MP y las agencias administrativas sectoriales”, aunque advirtiendo que reformas de ese tipo “requerían la impulsión de un proyecto generado desde o con el Ejecutivo.”¹⁵

¹² En efecto, el proyecto buscaba modificar o derechamente eliminar las normas que exigen una denuncia/querrela de la agencia administrativa respectiva para proceder penalmente.

¹³ La moción fue presentada por los diputados Natalia Castillo, Luciano Cruz-Coke, Marcelo Díaz, Gonzalo Fuenzalida, Paulina Núñez, Marcelo Schilling, Gabriel Silber, Leonardo Soto, Pablo Vidal y Matías Walker; militantes del Frente Amplio hasta Renovación Nacional.

¹⁴ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 11

¹⁵ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 39

No obstante lo anterior, la comisión de profesores también reconoció problemas en el derecho penal sustantivo y un “problema sancionatorio real en materia de delitos económicos a causa de la interacción entre el sistema de penas y las particularidades de esta clase de delitos.”¹⁶ Es esta parte del diagnóstico a partir de la cual nació la Ley de Delitos Económicos, quedando pendiente un proyecto que se haga cargo de las problemáticas procesales y orgánicas identificadas por los profesores.

Para lograr sus objetivos, el proyecto propuso cuatro vías de acción distintas: “(a) la generación de un sistema de determinación de penas privativas de libertad adecuado al tipo de criminalidad de que se trata; (b) reforma general al sistema de consecuencias pecuniarias y de inhabilitación vinculadas a la criminalidad económica; (c) perfeccionamiento del régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas; (d) perfeccionamiento y complementación del derecho penal económico sustantivo.”¹⁷

El uso de estas herramientas o vías de acción (especialmente las dos primeras) permite enmarcar a la Ley N.º 21.595 dentro del fenómeno del “pragmatismo sancionatorio” o “instrumentalismo” que “asume que el derecho penal es, ante todo, una práctica de imposición de sanciones con pretensiones divergentes y que se enfrenta a distintas formas de resistencia que se van revelando con el tiempo. Las reformas penales se producen con el objeto de modificar la práctica sancionatoria y aumentar, con objetivos específicos, su eficacia.”¹⁸ La pretensión de aumentar la eficacia sancionatoria significa que “[e]n concreto, se busca incidir de forma que (si bien no necesariamente) su castigo [de los delincuentes económicos] puede resultar más (o mucho más) severo”¹⁹, cuestión que la ley busca alcanzar, fundamentalmente, a través de un particular sistema de determinación de penas.

Debido a su ingreso casi simultáneo y por su afinidad temática, los boletines N.ºs 13.204-07 y 13.205-07 fueron refundidos por la Cámara de Diputadas y Diputados, siendo tramitados consecuentemente como un solo proyecto. Tras aproximadamente 3 años y medio de tramitación legislativa el proyecto fue aprobado con amplias mayorías²⁰, lo que no deja de llamar la atención en el

¹⁶ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 40

¹⁷ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 13

¹⁸ Wilenmann, Javier. ¿Qué hay detrás de la “cabalgata punitiva”? Desde la política de la significación penal al pragmatismo sancionatorio. Disponible en: <https://www.icpenales.cl/entrada/que-hay-detras-de-la-cabalgata-punitiva-desde-la-politica-de-la-significacion-penal-al-pragmatismo-sancionatorio/>

¹⁹ Hernández, Héctor. Ley de delitos económicos: desmalezando el debate. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2023/08/02/ley-de-delitos-economicos-desmalezando-el-debate/>

²⁰ En efecto, en primer trámite constitucional el proyecto fue votado a favor por un mínimo de 112 diputadas y diputados (considerando las votaciones separadas de algunos artículos), en segundo trámite la mayor parte del

contexto de polarización política que atraviesa Chile. En las discusiones en sala se resaltó la importancia del proyecto, expresándose que el mismo busca “dar respuesta y enfrentar la débil regulación que actualmente contiene nuestro ordenamiento jurídico, que impide sancionar de forma efectiva a quienes cometen o participan en ilícitos penales económicos”²¹; añadiéndose que el proyecto pone a Chile “a la altura de países desarrollados”²², que es un “avance importantísimo”²³, “uno de los grandes avances y reformas en el derecho penal chileno [...] desde el año 1874”²⁴ y que “se está cambiando un paradigma sustancial en materia de persecución criminal.”²⁵

Así, con fecha 17 de agosto del año 2023 (tras un veto presidencial sustitutivo sobre aspectos formales y el control preventivo del Tribunal Constitucional) se publicó en el Diario Oficial la Ley N.º 21.595, “Ley de Delitos Económicos” (LDE). La Ley contiene 68 artículos estructurados en 4 títulos y un título final. El título primero, artículos 1 a 7, contiene las categorías de delitos económicos, reglas de inaplicabilidad referidas al principio *ne bis in idem* y a micro y pequeñas empresas, y una regla especial de concursos; el título segundo, artículos 8 a 39 (ordenados en cinco párrafos), se refiere al sistema de determinación de penas y de consecuencias adicionales a la pena; el título tercero, artículos 40 a 47, regula el comiso de ganancias; el título cuarto, artículos 48 a 59, dispone las modificaciones que la LDE introduce en diversas leyes (incluyendo las sustanciales modificaciones a la Ley N.º 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas), y el título final, artículos 60 a 68, contiene normas de diversa índole, incluyendo reglas de aplicación temporal y las ya referidas normas sobre cooperación eficaz.

Los tres primeros títulos de la ley constituyen, junto a los artículos 66 a 68, lo que se ha denominado el “estatuto autónomo”²⁶ o permanente de la LDE, en contraposición al título cuarto (y los artículos 60 a 62 del título final) que constituye el llamado “estatuto de reforma” o “estatuto derivado”. La distinción radica en su contenido y en su objetivo: el estatuto autónomo “atiende casi exclusivamente al interés en la generación de adecuaciones *sancionatorias* en materia penal-económica”²⁷, mientras que

articulado fue votado favorablemente por 44 Senadores y, finalmente, en tercer trámite la mayor parte del articulado fue votado con 132 votos a favor de las diputadas y diputados.

²¹ Palabras del Diputado informante Sr. Leonardo Soto. En Historia de la Ley N.º 21.595, p. 302

²² Diputado Sr. Marcos Ilabaca. En Historia de la Ley N.º 21.595, p. 309

²³ Diputada Sra. Alejandra Sepúlveda. En Historia de la Ley N.º 21.595, p. 314

²⁴ Senador Sr. Francisco Huenchumilla. En Historia de la Ley N.º 21.595, p. 518

²⁵ Palabras del Ministro de Justicia y Derechos Humanos Sr. Luis Cordero. En Historia de la Ley N.º 21.595, p. 815

²⁶ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 49

²⁷ Ob. Cit. pp. 49 y 50

el estatuto de reforma, naturalmente, se refiere a diversas otras leyes en donde introduce tipos penales nuevos o modifica los existentes (incluyendo, por cierto, el Código Penal).

El estatuto autónomo, en su estructura interna, se construye sobre la base de un presupuesto o condición: que los hechos de que se trate puedan ser calificados como delito económico (sean de 1era, 2da, 3era o 4ta categoría) según los artículos 1 a 4 de la LDE. Concurriendo ese presupuesto, la ley establece un sistema de consecuencias que se siguen de la comisión de un delito económico por parte de una persona natural. En respuesta al “téngase presente”²⁸ de la CPC un grupo de congresistas sostuvo que: “[e]l estatuto autónomo del PLDE tiene una estructura sencilla en la que establece una condición – que el delito por el cual se impone una condena cumpla las condiciones para ser considerado un delito económico – y a esa condición le apareja ciertas consecuencias. Se trata así, en lo esencial, de un sistema de determinación de la pena con componentes autónomos derivado de la mecánica de la regulación general del Código Penal (...)”.²⁹

La pretensión sancionatoria de la LDE en general, y de su estatuto autónomo en especial, significa centrar la atención del derecho penal en la pena. La ley pretende que esa pena sea proporcional a la gravedad del hecho concreto, y efectiva cuando ello parezca necesario. Con ello queremos decir que el objetivo no es obtener (necesariamente) penas más altas (de mayor cuantía), sino que permitir graduar su extensión con herramientas adecuadas para el tipo de criminalidad de que se trata, e imponer penas efectivas en casos justificados. Esta preocupación de la LDE busca satisfacer, en parte, la finalidad de realizar “adecuaciones sancionatorias”: “[...] establecer cambios respecto al régimen general de consecuencias del delito o frente a una regulación preexistente.”³⁰

Con tal objetivo es que la LDE regula las consecuencias³¹, de distinta índole, que se siguen de la comisión de un hecho punible calificado como económico. El énfasis en las consecuencias permite caracterizar al estatuto autónomo como lo que *no* es: “(...) no es un estatuto punitivo completo, sino un estatuto accesorio general. No describe hechos punibles y las penas asociadas a esos hechos. Tampoco

²⁸ Véase nota al pie n° 6.

²⁹ Escrito ingresado por Matías Walker, Francisco Huenchumilla, Alfonso De Urresti, Paulina Núñez, Pedro Araya y Ximena Rincón en la causa Rol N.º 14.455-23-CPR del Tribunal Constitucional.

³⁰ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 15

³¹ Originalmente, la LDE contenía también una regulación exhaustiva del comiso de ganancias, optándose finalmente por su regulación en la Ley 21.577 que modifica, entre otros, el Código Penal y el Código Procesal Penal para establecer normativa sustantiva y procesal sobre el comiso de ganancias. No obstante, la LDE sí contiene regulación para el comiso en contexto de delitos económicos, que en su mayor parte hace aplicable la regulación general de dichos códigos.

contiene reglas generales sobre las condiciones de punibilidad por un delito económico, ni modifica el estatuto general del CP a este respecto.”³² Esta distinción es clave por cuanto da relevancia a la *ratio legis* del estatuto autónomo de la Ley 21.595, por lo que debe servir como mecanismo interpretativo del mismo.

El estatuto autónomo regula la aplicación de tres tipos de consecuencias seguidas de la perpetración de un delito económico. Por una parte, se estructura la imposición de multas a través del mecanismo de días-multa y mandatando su imposición en todo delito económico. Además se establece un sistema de inhabilitaciones (de cargos u oficios públicos, cargos gerenciales y prohibición de contratar con el Estado), también obligando a su imposición como consecuencia de la perpetración de un delito económico. Finalmente, la LDE prevé la aplicación de un sistema especial de determinación de pena que se sigue de la condena por un delito económico y que tratamos a continuación.

II. Consideraciones generales sobre el régimen de determinación de la pena previsto en la LDE.

De forma previa es necesario esclarecer a qué nos referimos cuando hablamos de “determinación de la pena en sentido amplio”, especialmente porque “el concepto mismo – `determinación de la pena´ – se ve afectado por ambigüedades cuya solución depende de las pretensiones del estudio que se emprenda.”³³ Decimos que el concepto que utilizamos es *amplio* porque se refiere al “conjunto de actos institucionales que realizados al momento de la sentencia y asumiendo un título de punibilidad anteriormente establecido, determinan la naturaleza y extensión de la pena que en realidad va a soportar el condenado”³⁴, esto es, “el conjunto de operaciones que permiten determinar, una vez calificado típicamente un hecho o un conjunto de hechos, qué pena debe imponerse en los hechos al condenado.”³⁵

³² Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 105

³³ Wilenmann, Javier; Medina, Francisco; Olivares, Esteban y del Fierro, Nicolás. (2019). La determinación de la pena en la práctica judicial Chilena. Política criminal, 14(27), 456-490. p. 4 <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100456>

³⁴ Wilenmann, Javier; Medina, Francisco; Olivares, Esteban y del Fierro, Nicolás. (2019). La determinación de la pena en la práctica judicial Chilena. Política criminal, 14(27), 456-490. p. 6 <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100456>

³⁵ Bascuñán, A., y Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 51

La *amplitud* viene dada por la comparación³⁶ que se debe formular con las reglas de determinación de pena usualmente catalogadas como tales en la dogmática nacional³⁷, con mayor o menor discusión. La diferencia resultante se refiere principalmente a considerar como parte de un sistema de determinación de penas a las atenuantes y agravantes en su contenido sustantivo (el objeto de este trabajo), y a las reglas sobre concesión (o no) de penas sustitutivas a las penas privativas de libertad.

Entendida así, la determinación de la pena (y sus operaciones), que constituyen el sustrato fundamental del estatuto autónomo, se encuadra en el concepto anglosajón de *sentencing*: “[e]l PLDE, como estatuto autónomo, genera una ley de *sentencing* en el ámbito del derecho penal económico”³⁸ y por ello no resulta llamativa la inspiración del estatuto autónomo en prácticas y normativa de Estados Unidos y de Inglaterra y Gales.

En este concepto amplio de determinación de pena, los profesores Wilenmann y Bascañán³⁹ identifican cinco etapas u “operaciones” que se ejecutan de manera sucesiva: (i) el ajuste al marco penal legal (las escalas graduales del artículo 59 del Código Penal) dado por grados de desarrollo del delito e intervención imperfectos; (ii) otro ajuste al marco por el juego de las atenuantes y agravantes (nuestro foco de interés y donde incluimos las atenuantes y agravantes como tales, aparte de las reglas sobre los efectos que su concurrencia tiene en el marco penal); (iii) la individualización exacta dentro del marco; (iv) la aplicación de reglas concursales aplicables en cada caso, y (v) las reglas sobre penas sustitutivas a la penas privativas o restrictivas de libertad, Ley N.º 18.216.

Los efectos que la LDE tiene sobre el sistema de determinación de penas, mediante el sistema especial que ella establece, no se traducen en un reemplazo completo o total de las reglas generales de los Códigos Penal (CP) y Procesal Penal (CPP), sino que solo en un reemplazo *parcial*⁴⁰. Ese reemplazo es parcial porque las etapas (i) y (iv) mencionadas, permanecen inalteradas por la Ley de Delitos Económicos. Eso significa que las reglas de los artículos 51 a 54 del CP se aplican normalmente a los

³⁶ Wilenmann, Javier; Medina, Francisco; Olivares, Esteban y del Fierro, Nicolás. (2019). La determinación de la pena en la práctica judicial Chilena. *Política criminal*, 14(27), 456-490. p. 5 <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100456>.

³⁷ Véase Couso, Jaime, “Comentario previo a los arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el derecho chileno”, en Couso y Hernández (Eds.), *Código Penal Comentado. Parte General*, Santiago: Legal Publishing, 2011, pp. 510-524, pp. 510 y ss.

³⁸ Escrito “téngase presente” ingresado por Matías Walker, Francisco Huenchumilla, Alfonso De Urresti, Paulina Núñez, Pedro Araya y Ximena Rincón en la causa Rol N.º 14.455-23-CPR del Tribunal Constitucional. p. 9

³⁹ Bascañán, A., y Wilenmann, J. (2023). *Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I)*. Santiago: ediciones DER. pp. 150 y 151.

⁴⁰ Bascañán, A., y Wilenmann, J. (2023). *Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I)*. Santiago: ediciones DER. p. 151

hechos constitutivos de delitos económicos, así como sucede con los artículos 74 y 75 del CP y 351 del CPP, relativos a concursos de delitos.

Distinta es la situación de las operaciones (ii), (iii) y (v) que sí son afectadas por la LDE y, en algunos casos, simplemente reemplazadas en su contenido por el régimen especial de la Ley. Así, tenemos que en la operación (ii) se sustituyen las agravantes y atenuantes del Código Penal (artículos 11 a 13) por aquellas de los artículos 13 a 16 de la LDE. Este punto específico es el que tratamos en los capítulos 2 y 3.

Las alteraciones a la segunda operación, sin embargo, no se agotan ahí y alcanzan también a los efectos que la concurrencia de atenuantes y/o agravantes tienen sobre el marco penal. En efecto, los artículos 65 a 68 bis del Código Penal se declaran inaplicables respecto a delitos económicos y su función es reemplazada por el artículo 17 de la LDE. En términos simples, la diferencia radica en que si el estatuto del CP permite (según el caso y como máximo) “subir” un grado o “bajar” tres grados en el marco penal, la LDE solo permite en sus límites “subir” o “bajar” un grado en las escalas.⁴¹ Podemos afirmar que esta limitación de las posibilidades de modificar el marco penal legal por medio del juego de las atenuantes y agravantes obedece, entre otros, al objetivo de la “legitimación comunicacional”⁴² de la ley penal en tanto se disminuye la *distancia* entre la expectativa de la sociedad respecto a la cuantía de la pena (cuestión dada por el marco penal abstracto) y la pena concreta que se impone en cada caso.

A su vez, la tercera operación en el proceso de determinación de la pena, esto es, la fijación exacta de la cuantía de la pena dentro del marco penal concreto previamente establecido, se regula en la LDE en su artículo 18, que reemplaza al artículo 69 del CP. Si se observa la redacción de cada artículo, se constata de inmediato la similitud existente entre ambas normas. Ambos artículos, además, instruyen al juez a considerar como factores de determinación exacta a las atenuantes y agravantes, y a la extensión del mal causado. Sin embargo, como apuntan Wilenmann y Bascuñán⁴³, existen dos diferencias importantes: el artículo 18 de la LDE considera también la intensidad de la culpabilidad (en concordancia con uno de los factores fundamentales de graduación del injusto, como veremos más adelante) y restringe la consideración de las circunstancias modificatorias a solo las simples (las atenuantes y agravantes muy

⁴¹ Con la excepción del caso de la cooperación eficaz, donde los artículos 63 y 64 de la LDE permiten “rebajar en un grado adicional el marco penal”, abriendo la posibilidad de “bajar” 2 grados.

⁴² Bascuñán, A., y Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 162

⁴³ Bascuñán, A., y Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. pp. 293 y 294.

calificadas no se consideran en el artículo 18 de la LDE para la determinación de la cuantía de la pena, sino solo para influir en el marco).

Por último, la LDE dedica un párrafo completo (§3) dentro de su título segundo a la regulación de las penas sustitutivas de los delitos económicos. De este modo, la operación de la quinta etapa de determinación se ve modificada de manera importante. El artículo 19 de la LDE estipula la regulación de la procedencia de penas sustitutivas conforme a lo que ella misma establece, pero guardando un espacio de aplicación supletoria de la Ley N.º 18.216 en todo lo no regulado por la LDE y en la medida que sea compatible con la misma.

Sin entrar en mayor detalle de las modificaciones hechas en este ámbito, es necesario consignar que la razón de regular las penas sustitutivas dentro de la LDE obedece a la convicción de la relevancia que tienen las formas de cumplimiento alternativo a las penas efectivas de privación de libertad, tanto en su magnitud sancionatoria como en su contribución a las percepciones de impunidad que se producen en materia de criminalidad económica. Para enfrentar su regulación la LDE partió de la base de un diagnóstico: las penas sustitutivas se conceden de manera automática o mecánica cuando concurren dos requisitos⁴⁴. Por una parte, que la cuantía de la pena impuesta no exceda de 5 años de privación de libertad y, por otra, que el condenado no sea reincidente. A partir de la constatación de la realidad de la práctica judicial y de una serie de problemas de adecuación de la regulación actual en el ámbito de los delitos económicos, los cambios más relevantes que introduce la LDE “consisten en la limitación de la remisión condicional, la eliminación de la libertad vigilada, y en la utilización de una graduación interna de la reclusión parcial para cubrir el espacio típicamente cubierto por la libertad vigilada.”⁴⁵

En lo que nos concierne, vale añadir una mención a la relación entre las atenuantes y agravantes y las penas sustitutivas. El artículo 21 número 1 de la LDE establece como un requisito indispensable para la concesión de la remisión condicional la concurrencia efectiva (no compensada, esto es, no privada de sus efectos por la concurrencia simultánea de una agravante muy calificada, de conformidad al inciso

⁴⁴ Wilenmann, Javier; Medina, Francisco; Olivares, Esteban y del Fierro, Nicolás. (2019). La determinación de la pena en la práctica judicial Chilena. *Política criminal*, 14(27), 456-490. p. 470 y ss. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100456>. El estudio de los autores arroja que en el 82% de los casos donde la sustitución de la pena es formalmente procedente, efectivamente ella se concede. A mayor abundamiento, se encontró que en la mayor parte de los casos donde no se concedió, ello se debió simplemente a la falta de necesidad de una pena sustitutiva por haberse cumplido previamente la pena impuesta en virtud de abonos por medidas cautelares decretadas.

⁴⁵ Escrito “téngase presente” ingresado por Matías Walker, Francisco Huenchumilla, Alfonso De Urresti, Paulina Núñez, Pedro Araya y Ximena Rincón en la causa Rol N.º 14.455-23-CPR del Tribunal Constitucional. p. 22

final del artículo 17) de una atenuante muy calificada. También, los artículos 24 número 1 y 26 número 1 de la LDE excluyen la posibilidad de conceder la pena sustitutiva de reclusión parcial (en domicilio y en establecimiento especial, respectivamente) cuando concorra una agravante muy calificada efectiva. Esta incidencia de las circunstancias atenuantes y agravantes en la posibilidad de conceder penas sustitutivas constituye una innovación importante de la LDE, marcando una ruptura con la regulación de la Ley 18.216.

Como conclusión de lo anteriormente dicho, podemos afirmar que parte importante del estatuto autónomo de la LDE consagra un sistema de determinación de penas especial para la criminalidad económica, pero que no se basta a sí mismo. En otras palabras, lo que contiene el estatuto autónomo es una serie de reglas que modifican o sustituyen ciertas operaciones en el proceso de determinación de pena, dejando inalteradas otras operaciones. Consecuencialmente, la tarea consistente en determinar la pena que debe ser impuesta a una persona condenada por un delito económico, requiere que los jueces recurran tanto al Código Penal y leyes especiales preexistentes, como a la Ley de Delitos Económicos.

Una vez expuesto el panorama general del sistema de determinación de pena de la LDE, corresponde estudiar algunos problemas que el sistema general de determinación regulado en el Código Penal presenta respecto a los delitos económicos, con énfasis en la inadecuación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal contenidas en aquel. Dado que es precisamente este contexto el que justificó la emergencia de un sistema especial de determinación de la pena para este ámbito regulativo.

III. Algunos problemas del sistema de determinación de penas contenido en el Código Penal en su aplicación para hechos de criminalidad económica.

Como punto de partida y para poder hacer una calificación del sistema de determinación de penas del Código Penal (especialmente en lo que concierne a su grado de adecuación a los delitos económicos), debemos establecer qué constituye un sistema de determinación de penas adecuado, razonable o deseado. Como se podrá intuir, la respuesta no es unívoca y depende, en gran medida, de la concepción o concepciones que tengamos acerca de los fines del castigo, esto es, de la pena.

El debate acerca de las teorías o concepciones sobre los fines de la pena es un lugar de comunes desencuentros, especialmente considerando que “[l]a elección entre ellos se trata a veces como una cuestión de decidir lealtades (...)”⁴⁶, lo que evidentemente complica el análisis acerca de si tal o cual sistema de determinación de penas es adecuado o no. Todo esto se complejiza aún más si optamos por considerar que los fines de la pena pueden efectivamente variar dependiendo del tipo de criminalidad de que se trata.

En la discusión comparada, especialmente en la doctrina estadounidense, se ha concluido que tratándose de la criminalidad económica, los fines de la pena que predominan consisten en la prevención general (*general deterrence*) y, en mayor o menor medida, en la justicia retributiva (*retributivism*). Así, en un estudio de campo realizado en 1980, Mann, Wheeler y Sarat encontraron que la lógica de los jueces al condenar y sentenciar a delincuentes económicos difería notablemente de su lógica al hacerlo respecto de delincuentes “comunes”:

Nuestras entrevistas indican que la lógica de los jueces a la hora de condenar a los delincuentes de cuello blanco es significativamente diferente de su lógica a la hora de condenar a los delincuentes que no son de cuello blanco. En los casos que no son de cuello blanco, los jueces tienen al menos tres, si no cuatro, propósitos en mente cuando imponen una sentencia -castigo, incapacitación, disuasión general y, ocasionalmente, rehabilitación- y tienden a creer que su sentencia servirá a cada propósito, hasta cierto punto y aunque sea imperfectamente. En el ámbito de los delitos de cuello blanco, en cambio, la finalidad y la justificación de la condena tienden a ser unidimensionales: a los jueces les preocupa la disuasión general, disuadir a otras personas en situaciones similares de incurrir en la misma conducta o en una similar. No suelen preocuparse en absoluto por la rehabilitación o la incapacitación y (por razones que se analizan más adelante) sólo mínimamente por el castigo.⁴⁷

En el caso particular de la justicia retributiva, se ha apuntado a su insuficiencia. El merecimiento moral de castigar serviría como herramienta para determinar su imposición, mas no su cuantía:

Las justificaciones retribucionistas del castigo tienen muchas menos dificultades para identificar a los delincuentes como moralmente merecedores de castigo que para especificar el grado preciso de castigo necesario para expiar la culpa del malhechor y expresar la indignación de la sociedad ante el delito.⁴⁸

⁴⁶ Von Hirsch, A. (1992). Proportionality in the Philosophy of Punishment. *Crime and Justice*, 16, 55-98. p. 55

⁴⁷ Mann, Kenneth, Wheeler, Stanton, y Sarat, Austin. (1980). Sentencing the white-collar offender. *American Criminal Law Review*, 17(3), 479-500. p. 482

⁴⁸ Nagel, Ilene y Hagan, John. (1982). The Sentencing of White-Collar Criminals in Federal Courts: A Socio-Legal Exploration of Disparity. *Michigan Law Review*, 80(7), 1427-1456. p. 1432

Más allá de la discusión acerca de los fines de la pena, parece claro que el énfasis y pretensión sancionatoria de la LDE la ubican dentro del campo de influencia de las teorías de prevención general y justicia retributiva. En ese entendido, los profesores Wilenmann y Bascuñán proponen un sistema de determinación de penas considerado *adecuado*.⁴⁹ De acuerdo a dichos autores, los intereses o fines que debiera perseguir un sistema adecuado de determinación de penas son la proporcionalidad, el tratamiento igualitario y ecuánime, la profundidad, la consecución de objetivos institucionales y la legitimación comunicacional de la ley penal; encontrándose estos aspectos tensionados entre sí y, por ende, haciéndose imposible maximizarlos simultáneamente.

A partir de esos elementos se califica al sistema de determinación de penas chileno (esto es, el del Código Penal) como “extremadamente igualitario, plano y distante”⁵⁰. Conviene detenerse en dos elementos: el tratamiento igualitario y la profundidad.

El tratamiento igualitario ciertamente constituye una característica deseada en un sistema de justicia penal respetuoso de los Derechos Humanos, y en Estados Unidos se ha visto como un remedio para excluir factores irracionales y discriminatorios para determinar la pena, que permeaban bajo la influencia del modelo de rehabilitación imperante en la práctica judicial norteamericana desde fines del siglo XIX hasta los años sesenta y setenta del siglo pasado:

(...) la experiencia reveló que la amplia discrecionalidad judicial exigida por el modelo de rehabilitación daba lugar a disparidades injustificadas en la imposición de penas a acusados en situación similar, y que factores como la geografía, la raza, el sexo, la situación socioeconómica y la filosofía judicial explicaban gran parte de la diferencia.⁵¹

La crítica entonces, no es al tratamiento igualitario *per se*, sino a su carácter extremo. Ello significa un tratamiento igual para casos iguales, pero con el criterio de igualdad dado por el tipo penal por el que se condena. En reacción a este fenómeno también en Estados Unidos se apunta a que “la igualdad en la práctica es bastante diferente de la igualdad en la teoría. En teoría, una condena igualitaria podría centrarse en igualar los *inputs* o los procesos que determinan el castigo. Pero en la práctica, la fábrica de salchichas que es el sistema de justicia penal estadounidense no se centra en la igualdad de

⁴⁹ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. pp. 160 a 162.

⁵⁰ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 162

⁵¹ Klein, Susan y Steiker, Jordan. (2002). The search for equality in criminal sentencing. The Supreme Court Review, 2002, 223-272. p. 229

inputs o procesos justos, sino en la uniformidad de los productos: igualar el número de años de prisión por cada delito.”⁵²

En Chile, a su vez, el tratamiento igualitario extremo se refleja en la automatización o mecanización del proceso de determinación de penas. En concreto, los jueces chilenos tienen una tendencia a fijar la pena específica en el punto mínimo del marco⁵³ y a conceder automáticamente las penas sustitutivas cuando sea que concurran sus requisitos objetivos o formales⁵⁴.

Por otra parte, la caracterización del sistema de determinación de penas del Código Penal como “plano” resalta a su contracara, la profundidad: “Un sistema es profundo cuando dentro de un grupo de delitos (por ejemplo: robos) la ley otorga más puntos de llegadas y más posibilidades de graduación a los jueces. Un sistema es, en cambio, plano cuando no permite hacer mayores distinciones.”⁵⁵ Los profesores Wilenmann y Bascuñán proponen que esta profundidad puede ser lograda tanto mediante tipos penales privilegiados y calificados, como a través de un sistema adecuado de determinación de penas. Esto supone una expansión del concepto de profundidad del mundo anglosajón, donde el concepto se predica únicamente respecto de la regulación de los tipos penales en los códigos.

En efecto, Wright y Engen definen el concepto de la siguiente manera: “(...)la profundidad del Código Penal se refiere al número de opciones de acusación de que disponen los fiscales, es decir, los cargos que podrían aplicarse a un determinado conjunto de hechos. Los códigos penales suelen dejar a los fiscales varias opciones plausibles en función de unos hechos determinados.”⁵⁶

Por su parte, Baer, refiriéndose al delito de fraude en el Código Penal Federal de Estados Unidos, estima que este es “plano” porque “[e]l Código Penal Federal no clasifica -al menos no de forma significativa- sus delitos de fraude. A pesar de su amplitud y complejidad, el código prácticamente ignora los “grados” que impregnan los códigos penales estatales. No existe el fraude postal o electrónico de primer o segundo grado. Más bien, todos los principales delitos de fraude, tanto si amenazan con la

⁵² Bierschbach, Richard y Bibas, Stephanos. (2016). What’s wrong with sentencing equality? Virginia Law Review Association, 102, 1447-1522. p. 1450

⁵³ Wilenmann, Javier; Medina, Francisco; Olivares, Esteban & del Fierro, Nicolás. (2019). La determinación de la pena en la práctica judicial Chilena. Política criminal, 14(27), 456-490. p. 469 y ss. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100456>.

⁵⁴ Véase nota al pie N.º 44.

⁵⁵ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 161

⁵⁶ Wright, Ronald y Engen, Rodney. (2006). The Effects of Depth and Distance in a Criminal Code on Charging, Sentencing, and Prosecutor Power. North Carolina Law Review, 84(6), 1935-1982. p. 1939

destrucción de toda una industria como si defraudan a unos pocos desafortunados, encajan bajo el mismo paraguas legal.”⁵⁷

No parece poco razonable, sin embargo, aplicar el concepto de profundidad para describir un sistema de determinación de la pena, especialmente porque la idea que subyace es la misma: otorgar herramientas eficaces para hacer adecuaciones en la pena en base a consideraciones que expresen un mayor o menor merecimiento de castigo. Esas herramientas de adecuación se pueden proveer mediante la tipificación de los delitos (figuras calificadas o privilegiadas, los *degrees* del derecho estadounidense), o mediante el sistema de determinación de la pena (fundamentalmente a través de agravantes y atenuantes de responsabilidad penal). Ello no obsta, por cierto, a una combinación de ambos mecanismos.

Estas formas o mecanismos de obtener profundidad encajan en lo que Baer llama “front-end sorting” (mecanismo de tipificación) y “back-end sorting” (mecanismo de determinación de penas, *sentencing*).⁵⁸ La Ley de Delitos Económicos realiza “back-end sorting”: establece un sistema de determinación de penas para la criminalidad económica con el objeto de distinguir la gravedad de los hechos concretos y la pena correspondiente, diferenciando entre hechos que satisfacen el mismo tipo penal.

La razón fundamental que lleva a la LDE a instaurar este mecanismo deriva de uno de los principales problemas del sistema de determinación de la pena contenido en el Código Penal, y que se exagera en el ámbito de la criminalidad económica: la “baja capacidad de graduación del injusto”⁵⁹ derivada de la caracterización del sistema como “plano”.

El problema de la baja capacidad de graduar el injusto consiste en la relativa ineptitud del sistema de determinación de penas del Código Penal para reconocer “ (...) gravedades distintas entre hechos con características distintas pero que satisfacen un mismo tipo.”⁶⁰ En la práctica, y como vimos, ello significa que los jueces tienden a aplicar la misma pena, tanto en su cuantía como en su naturaleza, cada vez que

⁵⁷ Baer, Miriam. (2019). Sorting out White-Collar Crime. Brooklyn Law School Legal Studies, 97, 225-283. p. 228

⁵⁸ Baer, Miriam. (2019). Sorting out White-Collar Crime. Brooklyn Law School Legal Studies, 97, 225-283. p. 230

⁵⁹ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 162 y 163

⁶⁰ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 163

condenan por el mismo delito (salvo circunstancias extraordinarias o diferencias derivadas de la conducta anterior del condenado), dejando de lado otras consideraciones relevantes para determinar la pena.

En ese sentido, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal son las herramientas principales (no las únicas; considérese las figuras calificadas y privilegiadas; i.e. homicidio calificado) previstas por el legislador para graduar el injusto. En palabras del profesor Rodríguez Collao: “[e]ntre los diversos instrumentos de graduación de la responsabilidad penal, las circunstancias modificatorias, sin lugar a duda, ocupan un lugar preponderante.”⁶¹

No obstante la gran variedad de definiciones ofrecidas para conceptualizar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, tomaremos como referencia aquella propuesta por el profesor Luis Rodríguez Collao, quien las define como “(...) aquellos hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto.”⁶²

A pesar de su vital importancia la atención que la determinación de la pena en general, y las circunstancias modificatorias en especial, le han merecido a la dogmática nacional, ha sido escasa (cuestión quizás derivada de un similar estado de cosas en España). En palabras del profesor Guillermo Oliver, ha habido “(...) un cierto desdén de la doctrina tradicional por sistematizar cabalmente estos contenidos de la Parte general del Derecho penal, privilegiando el análisis de la teoría del delito, y una consecuente superficialidad de su tratamiento en la jurisprudencia.”⁶³

Lo anterior resulta paradójico no solo por su importancia teórica como herramientas de medición concreta de la pena, sino también por su importancia en la práctica judicial cotidiana. Esta importancia práctica, sin embargo, no se extiende a todas las circunstancias modificatorias de los artículos 11 a 13 del CP, sino que se circunscribe a algunas de notable mayor aplicación que el resto (notándose un mayor uso, también, de atenuantes que agravantes). En efecto, las atenuantes de irreprochable conducta anterior (artículo 11 N° 6) y colaboración sustancial (artículo 11 N° 9), tienden a concentrar la práctica de

⁶¹ Rodríguez, Luis. (2011). Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36, 397-428. p. 400

⁶² Rodríguez, Luis. (2011). Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36, 397-428. p. 407

⁶³ Oliver, Guillermo. (2016). Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno. *Política Criminal*, 11(22), 766-793. p. 766

aplicación de atenuantes⁶⁴ (la última por su otorgamiento casi automático en el procedimiento abreviado), mientras que, en el caso de las agravantes, “solo la reincidencia (art. 12, 14.^a a 16.^a) juega un papel relevante (...)”.⁶⁵

Esta constatación torna evidente la necesidad de modificar y resistematizar el catálogo de atenuantes y agravantes del Código Penal. La realidad demuestra que gran parte de estas circunstancias rara vez (o derechamente nunca) se aplican. El diagnóstico ya ha sido advertido en los diversos esfuerzos de codificación de un nuevo Código Penal, que han buscado actualizar y simplificar el sistema de atenuantes y agravantes, dejando atrás su evidente anacronismo.

Expuesto lo anterior, advertimos que la problemática de las circunstancias atenuantes y agravantes es predicable respecto de todos los delitos en general, pero se ve exacerbada cuando se trata de los delitos económicos. La razón fundamental de ello radica en la inidoneidad, o simple inaplicabilidad, de muchas circunstancias modificatorias con respecto a la criminalidad económica. Ello se explica por una razón muy sencilla: la época de dictación del Código Penal. Cuando en noviembre del año 1874 el presidente Federico Errázuriz promulgó el Código Penal chileno, la criminalidad paradigmática en la que se pensaba era la de los delitos contra la propiedad y contra las personas, cometidos individualmente, y en contextos ajenos al intercambio y relacionamiento económicos complejos de la actualidad.

Consecuentemente, gran parte de las atenuantes y agravantes de los artículos 11 y 12 del Código Penal parten de la base de que los hechos constitutivos de delito cuya gravedad deben graduar son violentos: “[l]as reglas en cuestión tienden a asumir que el hecho a graduar es un delito violento -el paradigma sobre el que se paran es el del delito contra las personas-.”⁶⁶ Esto se traduce, en gran cantidad de casos, en que las atenuantes y agravantes del Código Penal sencillamente no sean aplicables a los delitos económicos.

Para constatar lo anterior basta leer el tenor de algunas circunstancias modificatorias, donde aparecen términos como “provocación o amenaza”; “vindicación próxima de una ofensa grave”;

⁶⁴ Véase Wilenmann, Javier; Medina, Francisco; Olivares, Esteban & del Fierro, Nicolás. (2019). La determinación de la pena en la práctica judicial Chilena. *Política criminal*, 14(27), 456-490. p. 473 y ss. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100456>.

⁶⁵ Matus, J., & Ramírez, M. (2021). *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 626

⁶⁶ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). *Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I)*. Santiago: ediciones DER. p. 163

“estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación”; “alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro”; “por medio de inundación, incendio, veneno u otro artificio”; “abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas”; “ejecutarlo con auxilio de gente armada”; entre varias otras expresiones que revelan los presupuestos de hecho en que se basan las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal previstas por el legislador del siglo diecinueve, evidenciándose una fijación con interacciones físicas entre personas.

Ahora bien, alguien podría preguntarse por qué es un problema que gran parte de las atenuantes y agravantes del Código Penal no sean aplicables a los delitos económicos. Entendemos que el problema radica en los perniciosos efectos que ello tiene en la principal labor de los jueces: hacer justicia. Si entendemos que los tipos penales expresan un reproche de la sociedad a ciertas conductas humanas, entonces vemos que las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal “especifican” ese reproche en el caso concreto. En palabras de Rodríguez Collao, “(...) las circunstancias modificatorias de responsabilidad constituyen específicamente una forma de concreción, en lo cuantitativo, de los presupuestos valorativos en que se asienta la responsabilidad penal (...)”.⁶⁷

Por sus propias limitaciones, es imposible que un tipo penal pueda considerar o internalizar todos los variados elementos y factores que hacen que ese reproche aumente o disminuya. A luz de dicha limitación, las tipificaciones consideran una conducta base o estándar que es reprochada, y es tarea de las atenuantes y agravantes servir como herramientas para determinar, concretamente, qué nivel de reproche merece una conducta que satisface el tipo penal.

En consecuencia, el hecho de que muchas atenuantes y agravantes no sean aplicables a los delitos económicos significa que las herramientas con las que cuenta el juez para especificar el reproche contenido en el tipo penal se vean severamente limitadas y, por ende, que se conculque la capacidad judicial de hacer justicia en el caso concreto. Con ello, la determinación de la pena se vuelve plana e impide diferenciar casos que, si bien satisfacen el mismo tipo penal, pueden razonablemente distinguirse por su gravedad, como la diferencia que existe entre una estafa y una estafa masiva o piramidal, por ejemplo.

⁶⁷ Rodríguez, Luis. (2011). Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36, 397-428. p. 415

Ante esta constatación, la Ley de Delitos Económicos propone un catálogo de atenuantes y agravantes especiales, aplicable únicamente a los hechos categorizados como económicos, y que reemplaza al catálogo de los artículos 11 a 13 del CP. Esta solución se plantea como objetivo el permitir una graduación adecuada del injusto económico, tanto en términos de la cuantía de la pena como en la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad que se imponga.

IV. Aspectos centrales y fundamentos de las atenuantes y agravantes especiales de la LDE.

Las atenuantes y agravantes especiales de la Ley de Delitos Económicos están reguladas en su título II, párrafo segundo, artículos 13 a 16. Lo primero que destaca de su regulación, haciendo una comparación con el Código Penal, es lo acotado del catálogo. La LDE solo prevé 4 atenuantes y 4 agravantes y las clasifica en atenuantes y agravantes simples y “muy calificadas”. El artículo 13 regula las atenuantes a secas (simples) que son dos: culpabilidad disminuida y perjuicio limitado. El artículo 14 prevé las atenuantes muy calificadas, que también son dos: culpabilidad muy disminuida y cuantía de bagatela. Por su parte, el artículo 15 contempla las agravantes a secas (simples): culpabilidad elevada y perjuicio o beneficio relevante. Finalmente, el artículo 16 se refiere a las agravantes muy calificadas: culpabilidad muy elevada y perjuicio muy elevado.

Como vemos, la ley optó por dedicar un artículo a cada tipo de circunstancia modificatoria y, dentro de cada artículo, enumera 2 circunstancias que descansan en dos conceptos que se repiten: la culpabilidad y el perjuicio. Cada circunstancia contiene, además, supuestos de hecho (en algunos casos bastante detallados) que permiten dilucidar cuándo estamos en presencia de las circunstancias especiales de culpabilidad (en sus distintas variantes) y de perjuicio (en sus distintas variantes).

Para entender esta forma de regular las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que contempla la LDE, así como su contenido, conviene preguntarse por sus orígenes. Siguiendo a Bascuñán y Wilenmann⁶⁸, vemos una primera influencia en los anteproyectos de Código Penal que se han sucedido en los últimos años. La distinción entre atenuantes y agravantes simples y muy calificadas proviene de estos anteproyectos (aunque la LDE no considera atenuantes y agravantes simplemente calificadas, como sí lo hacen los anteproyectos). Asimismo, el efecto exclusivo otorgado a las

⁶⁸ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. pp. 167 y ss. La información sobre los orígenes de la regulación sobre determinación de pena se basa en esta obra, sin perjuicio de otras citas particulares que se hagan.

circunstancias muy calificadas en la determinación del marco y en la determinación de la procedencia de penas sustitutivas también proviene de los anteproyectos.

Por otra parte, la influencia de normativa y prácticas extranjeras es de gran relevancia para el sistema de determinación de penas que estatuye la LDE en general, y para las atenuantes y agravantes en especial. Específicamente, se trata de influencia del derecho estadounidense e inglés y galés; países donde el asunto de la determinación de la pena en general (*Sentencing*) se ha estudiado extensamente.

En Estados Unidos, mediante la *Sentencing Reform Act* de 1984, se creó la *United States Sentencing Commission* (USSC). La USSC se trata de un “organismo independiente del poder judicial del Gobierno de los Estados Unidos” que “fue creado por el Congreso en 1984 para reducir las disparidades y promover la transparencia y la proporcionalidad en las sentencias federales.”⁶⁹ Como parte de su función la comisión redacta el *Guidelines Manual* que contiene las reglas de determinación de penas para una amplia gama de delitos regulados en el Código Penal Federal de Estados Unidos.

Los fundamentos para instituir la USSC y el *Guidelines Manual*, derivan, en lo concerniente a la criminalidad económica, de la constatación de que “en el pasado ha habido muchos casos, particularmente en casos de delitos de cuello blanco, en los que se ha concedido la libertad condicional porque el delincuente requería poco o nada en cuanto a medidas de rehabilitación institucionalizadas... y porque la sociedad no requería aislamiento por parte del delincuente, sin tener debidamente en cuenta el hecho de que el mayor efecto disuasorio del encarcelamiento y la recepción fácilmente perceptible del justo castigo concedido por el encarcelamiento eran de importancia crítica.”⁷⁰

Vale advertir que las reglas de determinación de penas del *Guidelines Manual* estaban pensadas en un inicio como reglas de fuerza obligatoria para los jueces federales, pero tras la decisión de la Corte Suprema de ese país en el caso *United States v. Booker* del año 2005, las reglas dejaron de ser obligatorias y pasaron a considerarse de naturaleza consultiva. Sin embargo, su importancia se ha mantenido vigente, constituyéndose como un “punto de partida” para calcular la pena aplicable (cuestión conocida como el “efecto ancla”).⁷¹

⁶⁹ Sentencing Resources Guide. Disponible en: <https://www.ussc.gov/about-page>

⁷⁰ Richman, Daniel. (2013). Federal White Collar Sentencing in the United States: A Work in Progress. *Law and Contemporary Problems*, 76(1), 53-73. p. 55. Citando un reporte del Senado de Estados Unidos.

⁷¹ Hewitt, Jillian. (2016). Fifty Shades of Gray: Sentencing Trends in Major White-Collar Cases. *The Yale Law Journal*, 125, 1018-1071. p. 1022

En lo que nos concierne, la sección del *Guidelines Manual* que regula, en mayor o menor medida, lo que consideramos como delitos económicos, se encuentra en su capítulo 2, parte B, número 1 (§2B1.1). Las reglas allí contenidas se refieren a distintos factores relevantes para graduar la pena, pero el perjuicio (*loss*) ha sido catalogado como el factor más importante: “(...) la pérdida [*loss*] desempeña, con mucho, el papel más importante a la hora de determinar el rango de condena recomendado para el delincuente.”⁷²

Esa preponderancia del perjuicio como factor de graduación del injusto ha sido duramente criticado, especialmente por lo amplio del término, que excede del perjuicio efectivamente causado: “Las Directrices que surgieron se basaban principalmente en las “pérdidas” económicas que los jueces debían calcular, una tarea que resultó ser enormemente compleja, y que obligó a los tribunales a idear metodologías para calcular las pérdidas “intencionadas” o “reales” y, en ocasiones, las ganancias.”⁷³ A ello se han añadido los efectos exageradamente gravosos que el perjuicio tiene en la determinación de la pena: “(...) la pérdida atribuible al acusado se define de forma tan amplia que puede dar lugar a condenas de por vida para acusados que no causan grandes daños económicos ni obtienen grandes beneficios económicos de sus delitos.”⁷⁴

El efecto agravatorio exagerado que se ha atribuido al elemento de perjuicio en el derecho estadounidense explica la limitación que la LDE prevé para la agravante muy calificada de perjuicio muy elevado (y para las circunstancias muy calificadas en general). De lo anterior podemos colegir que las *Sentencing Guidelines* de la USSC han servido como inspiración para el elemento de perjuicio que permea a las circunstancias modificatorias de la LDE, pero adaptando su influencia, limitando la circunstancia al perjuicio efectivo y acotando, en general, los efectos que las circunstancias muy calificadas tienen en la fijación del marco penal concreto. Ante la clara insuficiencia del modelo norteamericano, se recurrió a una segunda fuente de derecho comparado que ha sido de mucha mayor relevancia para la Ley: las *Sentencing Guidelines* de Inglaterra y Gales.

En concreto, nos referimos al *Coroners and Justice Act 2009* que creó el Sentencing Council (SC) encargado de crear las *Sentencing Guidelines* para los tribunales de Inglaterra y Gales. Este organismo reemplazó a dos entidades previamente encargadas de regular el *sentencing* en estos países,

⁷² Baer, Miriam. (2019). Sorting out White-Collar Crime. *Brooklyn Law School Legal Studies*, 97, 225-283. p. 250

⁷³ Richman, Daniel. (2013). Federal White Collar Sentencing in the United States: A Work in Progress. *Law and Contemporary Problems*, 76(1), 53-73. p. 56

⁷⁴ Hewitt, Jillian. (2016). Fifty Shades of Gray: Sentencing Trends in Major White-Collar Cases. *The Yale Law Journal*, 125, 1018-1071. p. 1032

el *Sentencing Advisory Panel* (SAP) y el *Sentencing Guidelines Council* (SGC). Esto significó un diseño institucional que permitió concentrar funciones en un solo organismo y, al mismo tiempo, ampliar su campo de labores.

En lo que respecta a las *Guidelines*, el SC redacta dos tipos de guías: las *overarching guidelines* (guías generales) -donde encontramos, por ejemplo, una guía de determinación de pena para menores de edad- y *offense-specific guidelines* (guías específicas por delito o grupo de delitos). Estas guías establecen una serie de pasos o etapas sucesivas (típicamente nueve) para determinar la pena en cada caso concreto. Los factores que inciden en la graduación de la pena son múltiples pero se diferencian por su ubicación en el proceso de pasos o etapas. Así, los factores considerados en el primer paso son tenidos por más importantes y tienen una mayor incidencia en la determinación de la pena: “[I]as directrices inglesas proporcionan orientación a este respecto asignando los factores de condena más importantes a la fase 1, en la que tendrán más peso, y los factores de menor importancia a las fases posteriores del proceso, en las que tendrán menos influencia en el resultado.”⁷⁵

Lo anterior se debe a la constatación de que “[n]o todos los factores de determinación de penas son iguales: algunos son centrales, otros más periféricos, dependiendo de la orientación estatutaria y teórica del régimen de determinación de penas.”⁷⁶ En consecuencia, las *Sentencing Guidelines* del *Sentencing Council* adoptarían un régimen proporcional, donde la culpabilidad y el daño se constituyen como factores centrales para determinar la pena. En palabras de Roberts: “[e]n un modelo de determinación de penas predominantemente proporcional, los factores relacionados con el daño y la culpabilidad deben tener más peso que las circunstancias que pueden influir en la condena pero por razones ajenas a la proporcionalidad.”⁷⁷

Aplicado ese objetivo a los pasos o etapas que las guías británicas establecen, encontramos que los factores de daño y culpabilidad se insertan en el primer paso de las *Guidelines*, cuestión que las diferencia de las guías estadounidenses que, en lo concerniente a la criminalidad económica, se concentran excesivamente en el factor daño, expresado en términos de perjuicio económico (*loss*, con la

⁷⁵ Roberts, J., & Padfield, N. (2020). Sentencing in England and Wales. In K. A. (ed), *Strafzumessung. Angloamerikanische und deutsche Einblicke. Sentencing. Anglo-American and German Insights* (Vol. 38). Göttingen University Press. p. 77

⁷⁶ Roberts, J., & Padfield, N. (2020). Sentencing in England and Wales. In K. A. (ed), *Strafzumessung. Angloamerikanische und deutsche Einblicke. Sentencing. Anglo-American and German Insights* (Vol. 38). Göttingen University Press. p. 77

⁷⁷ Roberts, J., & Padfield, N. (2020). Sentencing in England and Wales. In K. A. (ed), *Strafzumessung. Angloamerikanische und deutsche Einblicke. Sentencing. Anglo-American and German Insights* (Vol. 38). Göttingen University Press. p. 77

ya comentada amplitud del concepto). Esta ventaja del modelo británico constituye la primera influencia que aquel tiene en la LDE: “[e]n todos los ámbitos en Inglaterra y Gales, las *sentencing guidelines* fijan un sistema de determinación de la pena a través de una matriz de graduación del injusto en base a la culpabilidad y al daño -fuera de la calificación típica, este estadio es el que tiene un mayor impacto en la graduación de la pena- [...] La generación de un sistema de atenuantes y agravantes que sirven para graduar la culpabilidad y el perjuicio tienen su origen en esta estructura del sistema inglés.”⁷⁸

La segunda influencia del modelo británico se circunscribe específicamente al elemento de la culpabilidad. En efecto, los supuestos de hecho que contiene cada agravante y atenuante de culpabilidad operan como criterios para determinar la concurrencia muy disminuida, disminuida, elevada o muy elevada de aquel factor. Estos supuestos de hecho provienen también de las *sentencing guidelines*, donde encontramos frases como “leading role”, “involvement of others through pressure” y “not motivated by personal gain”, entre otras formulaciones que encuentran su evidente símil en la LDE, tal como veremos al analizar específicamente las atenuantes y agravantes en los capítulos 2 y 3.

Esta forma de estructura de la LDE, permite resguardar el principio de legalidad penal y evita problemas interpretativos acerca de la significación de un concepto tan amplio e indeterminado como lo es “culpabilidad”. La concepción de “culpabilidad” que adopta la Ley para estos efectos se determina en base a dos cuestiones: la forma de actuación y la posición desde la cual se actúa. En palabras de los profesores Wilenmann y Bascuñán, la lógica de la culpabilidad en los delitos económicos es la siguiente: “(...) la culpabilidad es más intensa allí donde el condenado tiene un rol más activo y una jerarquía mayor en la organización, en la medida en que ejerce abusivamente poder, en la medida en que ejerce presión sobre subordinados, y es más limitada en situaciones de subordinación o con una participación con poder limitado, de presión, situaciones en que no hay motivación de ganancia, conocimiento limitado de la actividad ilícita, etc.”⁷⁹

Antes de pasar al capítulo 2 y estudiar en detalle las circunstancias atenuantes de la Ley de Delitos Económicos, conviene hacer un último comentario acerca de algunas circunstancias modificatorias del Código Penal que, como se habrá advertido, no están contempladas en el catálogo especial de la Ley.

⁷⁸ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 169 y 170

⁷⁹ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 170

Un caso paradigmático y controvertido es la ausencia de la atenuante de irreprochable conducta anterior prevista en el numeral 6 del artículo 11 del Código Penal. Como ha sido advertido anteriormente, esta atenuante recibe enorme aplicación práctica, y aún más tratándose de delitos económicos, por lo que su supresión en el catálogo especial de la LDE ha sido objeto de gran debate. Debe advertirse que la irreprochable conducta anterior sí estaba considerada inicialmente en el anteproyecto (como presupuesto de hecho de la atenuante simple de culpabilidad disminuida), pero fue suprimida en primer trámite constitucional en la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento de la Cámara de Diputadas y Diputados, a instancias de la diputada Jiles, quien expresó “que dicha atenuante estaría siempre presente, dado que el autor de delitos económicos no tiene el perfil de un delincuente habitual, se trata de delitos de cuello y corbata, de manera que el delincuente será siempre beneficiado con esta atenuante.”⁸⁰

Si bien su supresión ha generado críticas, especialmente en el mundo empresarial, y habrá que esperar por eventuales requerimientos de inaplicabilidad ante el tribunal constitucional, fue valorada por varios parlamentarios, como el diputado Soto, quien advirtió que “los actores económicos, por lo general, no tienen delitos previos ya que ningún banco o empresa contrataría o delegaría responsabilidad en quienes hubieran tenido condenas previas por delitos económicos.”⁸¹

En suma, “la exclusión de la irreprochable conducta anterior es una decisión consciente de la LDE. Ella se basa en la alta probabilidad estructural -por baja oportunidad de descubrimiento de los delitos económicos y alto costo de producción de condenas- de que concurra en casi todos los casos. Ello lleva a que se trate de una atenuante poco adecuada a la graduación intensiva del injusto en los delitos económicos.”⁸²

Por otra parte, las atenuantes de cooperación de los numerales 8 y 9 del artículo 11 del CP se verían “compensadas”⁸³ por lo regulado en los artículos 63 y 64 de la LDE que, como mencionamos en la parte introductoria de este trabajo, regulan los efectos de las reglas de cooperación contenidas en leyes especiales (artículo 63) y una atenuante especial de cooperación eficaz para los delitos económicos

⁸⁰ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 96

⁸¹ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 101

⁸² Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 197

⁸³ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 197

(artículo 64). Queda pendiente para el legislador, por cierto, una regulación exhaustiva y detallada de la cooperación como mecanismo de colaboración e incentivo en la persecución de los delitos en general.

Por último, puede llamar la atención, por el contenido frecuentemente patrimonial de los delitos económicos, la exclusión de la atenuante de reparación celosa del mal causado contenida en el artículo 11 número 7 del Código Penal. Sin embargo, y como veremos más adelante, el contenido aminorante de esta circunstancia es asumido, en parte, mediante la inclusión del presupuesto de hecho para la atenuante muy calificada de culpabilidad muy disminuida, y que considera al condenado que tome “oportuna y voluntariamente medidas orientadas a prevenir o mitigar sustancialmente la generación de daños.”

CAPÍTULO 2: LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

Las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal que contiene la LDE están reguladas en sus artículos 13 y 14 y, como tales, expresan la idea de un menor merecimiento de castigo por consideración de las dos variables que hemos visto: culpabilidad y perjuicio. El contenido aminorante de estas circunstancias se expresa en los adjetivos que se añaden a las referidas variables. Así, la culpabilidad puede ser tenida como “disminuida” o “muy disminuida”. El perjuicio, por su parte, puede ser tenido como “limitado” o “bagatelario”. Como vemos, dentro cada variable aminorada existen diferencias de grado, lo que lleva a la distinción entre atenuantes simples y muy calificadas (sucede lo mismo con las circunstancias agravantes).

I. Atenuantes simples.

Las atenuantes simples están contenidas en el artículo 13 de la LDE, que establece lo siguiente:

Artículo 13.- Atenuantes. Son circunstancias atenuantes de un delito económico las siguientes:

1.ª La culpabilidad disminuida del condenado, establecida siempre que concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

a) El condenado no buscó obtener provecho económico de la perpetración del hecho para sí o para un tercero.

b) El condenado, estando en una posición intermedia o superior al interior de una organización, se limitó a omitir la realización de alguna acción que habría impedido la perpetración del delito, sin favorecerla directamente.

2.ª Que el hecho haya ocasionado un perjuicio limitado. Se entenderá que ello tiene lugar cuando el perjuicio total supere las 40 unidades tributarias mensuales y no pase de 400, sin que se aplique lo dispuesto en el literal b) de la circunstancia 2.ª del artículo 16.

i) Culpabilidad disminuida

La culpabilidad disminuida del condenado constituye la primera circunstancia atenuante simple regulada en el artículo 13. La LDE prevé dos supuestos de hecho alternativos que permiten discernir cuándo estamos en presencia de un caso de culpabilidad disminuida:

a) Motivación ajena al provecho económico

El primer presupuesto de hecho para estimar concurrente la atenuante simple de culpabilidad disminuida está dado por la situación en la que el hechor no actúa con el fin de obtener una ganancia patrimonial, sea para sí o para un tercero. En otros términos, se trata de una hipótesis que mira a la motivación del sujeto para cometer el delito. Su fundamento radica en la constatación de la regla general del motivo para cometer delitos económicos: obtener una ganancia de tipo patrimonial. Luego, el legislador estima que aquella persona que comete el delito sin fines de provecho económico tiene un menor merecimiento de pena, por ser menor el desvalor de acción y, por ende, permite una rebaja en su pena por medio de la circunstancia atenuante de culpabilidad disminuida.

En palabras de Wilenmann y Bascuñán, la fundamentación de este presupuesto de hecho se expresa a través de dos ideas distintas: “En primer lugar, dado que la principal motivación en la perpetración de delitos económicos está vinculada a la obtención de provecho económico, la necesidad preventiva es claramente menor en situaciones en que no concurre esta motivación. En segundo lugar, la ausencia de motivación en el provecho en un ámbito naturalmente gobernado por consideraciones de esta clase puede ser un indicador de motivaciones altruistas.”⁸⁴

Haciendo una comparación con las *sentencing guidelines* de Inglaterra y Gales que tratamos en el capítulo anterior, vemos en este presupuesto una concreta expresión de la influencia de aquellas en la LDE. En efecto, las guías británicas para las distintas figuras de fraude, lavado de activos y cohecho, entre otros, prevén como factor para estimar como disminuida la culpabilidad, que el hechor no haya actuado motivado por ganancia personal (*not motivated by personal gain*)⁸⁵. Su adaptación en la Ley, empero, no fue sin algunas diferencias, como la restricción del presupuesto a solo casos de provecho económico (y no de otra índole) y la inclusión de la hipótesis de beneficiar a un tercero.

⁸⁴ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 201

⁸⁵ Sentencing Council. (2014). Fraud, Bribery and Money Laundering Offences Definitive Guideline. p. 14, 20, 36 y 42.

Respecto a la primera de estas diferencias, cabe preguntarse en qué casos de comisión de un delito económico se podría dar una motivación basada en elementos no económicos. La historia de la ley arroja luz sobre el asunto. En efecto, en la discusión en el Congreso, se ingresaron indicaciones a la norma que buscaban suprimir el vocablo “económico”, de manera que la atenuante solo se aplicara cuando el condenado “no buscó obtener provecho”. Según el profesor Bascuñán, esas indicaciones pretendían “dar cuenta del hecho de que la persona natural interviniente podría buscar un provecho que no fuera específicamente económico, aun cuando se trate de un delito de esta naturaleza (así, por ejemplo, podría pretender la obtención de mayor poder o influencia en la estructura organizacional de la institución o empresa).”⁸⁶

Como las indicaciones a la norma fueron finalmente rechazadas, y se mantuvo la especificación de que el provecho debe ser económico, se reafirma la interpretación según la cual la atenuante puede concederse cuando el delito se comete motivado por la obtención de otros tipos de provecho o ganancia, paradigmáticamente la obtención de ascensos en la escala jerárquica organizacional o mayor poder dentro de la misma.

Por otro lado, cabe advertir el fuerte componente subjetivo de este presupuesto de hecho de culpabilidad disminuida. El vocablo “no buscó” da cuenta que lo decisivo para estimar que concurre esta hipótesis es atender a la intención o motivación del condenado para cometer el delito (y no al resultado efectivo de su comisión), que en ausencia de prueba y justificación de una motivación diversa, estimamos debiese considerarse de naturaleza económica en prácticamente todos los casos. En palabras del profesor Hernández, “la existencia o no de un provecho no es determinante para que se otorgue o niegue la atenuante: lo decisivo es la motivación que se le puede imputar al sujeto”.⁸⁷

Por último, el ejemplo del delincuente que comete un delito económico motivado por mejorar o fortalecer su posición dentro de una empresa, refleja que este presupuesto de culpabilidad disminuida no requiere de un elemento altruista o una situación de necesidad. Más bien, se trata de un presupuesto atenuante definido en términos negativos: la ausencia de una motivación basada en un provecho económico. Pero la motivación diversa que pueda darse puede perfectamente ser caracterizada como egoísta. Esta constatación es clave para diferenciar este presupuesto de culpabilidad disminuida de aquel previsto para la culpabilidad muy disminuida en el artículo 14 que, como veremos, sí requiere una motivación basada en factores altruistas o de necesidad.

⁸⁶ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 575

⁸⁷ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 575

b) Intervención omisiva

El segundo presupuesto de hecho para tener a la culpabilidad del condenado como disminuida refiere al caso del hechor que, sin favorecer directamente la perpetración, interviene únicamente de manera omisiva en la realización del tipo, actuando desde una posición intermedia o superior en la organización. Como se puede observar, se trata de un presupuesto complejo, con múltiples requisitos y que trae nuevamente al debate la cuestión acerca de la punibilidad de la omisión impropia en el derecho penal chileno.

Analizando la disposición, observamos que el primer requisito de este presupuesto consiste en que el condenado actúe desde una “posición intermedia o superior al interior de una organización.” Las definiciones de estas posiciones están dadas por la propia LDE al tratar las agravantes (que veremos más adelante): el artículo 15 se encarga de la definición de “posición intermedia”⁸⁸ y el artículo 16 del concepto de “posición superior”.⁸⁹

Basta por ahora expresar que la definición varía según el tipo de organización y que la posición intermedia supone un “poder relevante de mando” y es delimitada por el requisito negativo de no tratarse de una posición superior (como veremos, esta última recibe una descripción detallada y precisa).

El segundo requisito, y probablemente el que mayor debate generará en la aplicación de la LDE, consiste en que el condenado se limite a “omitir la realización de alguna acción que habría impedido la perpetración del delito”. Esta frase nos remite a la conocida discusión acerca de la punibilidad de la omisión impropia en Chile. Siguiendo un criterio formal, delitos de omisión propia son aquellos donde

⁸⁸ Art. 15 N°1 letra a) inc. 2 y 3: “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 N° 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 número 1° del artículo 251 quinquies del Código Penal, aunque no haya sido condenado por alguno de los delitos allí mencionados.”

⁸⁹ Art. 16 N°1 letra a) inc. 2 y 4: “Tratándose de organizaciones privadas o de empresas o universidades del Estado, se entenderá que el condenado se encuentra en una posición jerárquica superior en la organización cuando ejerza como gerente general o miembro del órgano superior de administración, o como jefe de una unidad o división, sólo 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.” (...) “Tratándose de organizaciones públicas, se entenderá que el condenado se encuentra en una posición jerárquica superior cuando se encontrare en alguna de las situaciones previstas en el número 1° del artículo 251 quinquies del Código Penal, aunque no haya sido condenado por alguno de los delitos allí mencionados.”

el tipo penal describe explícitamente la conducta omisiva, mientras que en los delitos de omisión impropia ello no sucede, debiendo inferirse el tipo omisivo vía una transformación del tipo comisivo.⁹⁰

El carácter implícito de la conducta omisiva en los delitos de omisión impropia plantea evidentes cuestionamientos ligados al principio de legalidad y, de ahí, opiniones contrarias a su punibilidad en el derecho penal chileno: “la eventual punibilidad de este grupo de delitos sería contraria al principio de legalidad consagrado a nivel constitucional en su versión de prohibición de analogía *in malam partem*”.⁹¹

Para sortear el cuestionamiento del principio de legalidad es que se proponen dos vías alternativas. Por una parte, se plantea la existencia de una regla o cláusula general que permita la “transformación” de los delitos comisivos en tipos omisivos, al modo del artículo 11 del Código Penal español⁹² y parágrafo 13 del Código Penal alemán⁹³. En el Código Penal chileno esta función la cumpliría el inciso primero del artículo 492, pero con la limitación de su aplicabilidad a solo los delitos contra las personas⁹⁴. Por otro lado, se plantea que no existiría la necesidad de una cláusula general en tanto la posibilidad de la perpetración a título omisivo se dejaría extraer mediante un esfuerzo de interpretación de algunos tipos penales y en la medida que la tipificación de cada uno así lo permita. En ese sentido, según este planteamiento, “el problema se centra en la interpretación de cada tipo penal conforme a sus peculiaridades y estructura, además de la determinación de los requisitos de tipicidad”.⁹⁵

Pues bien, según Wilenmann y Bascuñán, el presupuesto de culpabilidad disminuida que ahora estudiamos otorgaría base legal (que los autores califican de “indiscutible”) para estimar punible la

⁹⁰ Hernández, Héctor, “Artículo 1º. Omisión”, en Couso y Hernández (Direc.), Código Penal Comentado. Parte General, Santiago: Legal Publishing, 2011, p. 22 y ss.

⁹¹ García, Alejandro. (2023). Dos problemas de la omisión impropia en el derecho penal chileno: El fundamento de su punibilidad y sobre la punibilidad de los delitos de resultado de medios y modos especificados. Revista de Estudios de la Justicia, 39, 133-156. p. 140

⁹² Art. 11: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

⁹³ “§ 13. Comisión por omisión (1) Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción. (2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1.”

⁹⁴ Contreras, Lautaro, “Autoría y participación en el derecho penal económico”, (2024) en Navas (Dir.), Derecho Penal Económico. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 270

⁹⁵ García, Alejandro. (2023). Dos problemas de la omisión impropia en el derecho penal chileno: El fundamento de su punibilidad y sobre la punibilidad de los delitos de resultado de medios y modos especificados. Revista de Estudios de la Justicia, 39, 133-156. p. 139. Para un panorama general de las alternativas expuestas y su fundamentación, consúltese el mismo artículo.

intervención en omisión impropia, por lo menos en lo que respecta a los delitos económicos⁹⁶. En ese sentido, la regla cumpliría una función de cláusula general habilitante de la punición de conductas omisivas en este tipo de delitos.

Las razones para ello estriban en “las premisas en que se basa la regla en cuestión. La regla supone la posibilidad de perpetrar toda clase de delitos económicos de modo puramente omisivo, estando en posición jerárquica superior o intermedia.”⁹⁷ La posición de garante exigida para fundar esta omisión impropia es construida tomando como base, precisamente, el primer requisito ya visto acerca de la posición organizacional calificada del condenado.

La aseveración expuesta, acerca del carácter fundante de la LDE para estimar punible la omisión impropia, dista de ser pacífica. Así, el profesor Lautaro Contreras ha expuesto que “(...) no puede sostenerse que el Art. 13 circunstancia 1ª letra b) de la Ley 21.595, de Delitos Económicos, contenga una cláusula legal que permita interpretar todos los delitos de acción de resultado como delitos de omisión impropia. Esta disposición no es una norma que establezca los presupuestos de la punibilidad de la comisión por omisión; solo es un precepto de determinación de la pena, similar al párr. 2º del § 13 del *Strafgesetzbuch* alemán. La única disposición en nuestro Ordenamiento que permitiría sancionar ciertos delitos de acción como de omisión impropia es el ya mencionado art. 492, inc. 1º, del CP.”⁹⁸

Concordamos con el profesor Contreras en tanto considerar que este presupuesto de hecho para la culpabilidad disminuida serviría como norma habilitante para afirmar la punibilidad de la omisión impropia, parecería ser una interpretación excesivamente amplia del presupuesto. En efecto, ello significaría otorgarle a la norma en cuestión el carácter de reguladora de las condiciones y presupuestos de punibilidad de una conducta. Así, se le atribuiría al “estatuto autónomo” de la LDE una característica que, como hemos visto, es expresamente negada por Wilenmann y Bascuñán “(...) no es un estatuto punitivo completo, sino un estatuto accesorio al general. No describe hechos punibles y las penas asociadas a esos hechos. Tampoco contiene reglas generales sobre las condiciones de punibilidad por un delito económico, ni modifica el estatuto general del CP a este respecto.”⁹⁹

⁹⁶ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 206

⁹⁷ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 206

⁹⁸ Contreras, Lautaro, “Autoría y participación en el derecho penal económico”, (2024) en Navas (Dir.), Derecho Penal Económico. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 270 y 271.

⁹⁹ Véase nota al pie N.º 32.

Además, observamos que la regla en cuestión posee una estructura completamente diferente a aquellas normas habilitantes establecidas, por ejemplo, en España y Alemania e, incluso, a aquellas reglas propuestas en diversos anteproyectos de Código Penal en nuestro país.¹⁰⁰ Por lo tanto, no queda claro cómo, exactamente, este presupuesto podría cumplir una función de cláusula general, sin que sea suficiente argumentar que la regla “supone” la posibilidad de cometer delitos económicos de modo omisivo. Asumir que la norma implica la posibilidad omisiva no puede llevar, por sí solo, a afirmar su punibilidad.

Ahora, asumiendo que la LDE no otorga “base legal” para la punibilidad de la omisión impropia, cabe preguntarse por el ámbito de aplicación de la hipótesis atenuante en comento. Aquí, por lo pronto, vislumbramos dos opciones: (i) el presupuesto recibe aplicación cuando, basándose en alguno de los argumentos de la dogmática de la omisión impropia, se puede fundar la punibilidad de la perpetración a título omisivo y, (ii) el presupuesto en cuestión supone intervención múltiple en la perpetración del hecho, aplicándose la atenuante solo en favor del condenado que intervino a título omisivo.

Respecto de la primera posibilidad, se podría sostener que, antes de indagar acerca de la atenuante en cuestión, se debe despejar el asunto de la punibilidad de la omisión en el caso concreto. Para ello, se puede recurrir a una de las vías previamente reseñadas: la existencia de una cláusula general habilitante o la interpretación y transformación de cada tipo penal comisivo en uno omisivo según el mismo lo permita. Dada la restricción del artículo 492 CP a solo los delitos contra las personas, su función como norma general habilitante no es útil en los delitos económicos, que en caso alguno cabe calificar como delitos contra las personas dentro de la sistemática propia del Código Penal chileno. Nos encontramos entonces con el segundo mecanismo: el presupuesto de hecho recibiría aplicación cuando, vía transformación de un tipo comisivo de corte económico, se pueda obtener un tipo omisivo respectivo. Ante la negativa, el presupuesto simplemente no sería aplicable, pues no habría pena que atenuar debido a la falta de punibilidad de la omisión.

La segunda posibilidad consiste en postular que la hipótesis atenuante que estudiamos tiene como presupuesto la intervención múltiple en el delito, esto es, el involucramiento de dos o más personas

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, el inciso segundo del artículo 11 del Anteproyecto de Código Penal 2015, que lee: “También es punible la omisión ilícita y culpable del impedimento de un resultado por parte de una persona especialmente obligada a ello, ya sea como responsable de proteger a otro o como responsable de controlar una fuente de peligro, si la producción de tal resultado se encuentra prevista por la ley bajo señalamiento de pena y la omisión de su impedimento fuere equiparable a su producción.”

en la perpetración del hecho, siendo aplicable la atenuante en cuestión a aquel o aquellas que intervengan de modo puramente omisivo.

Esta forma de proceder radica su foco de atención en las reglas generales de autoría y participación, donde conductas omisivas pueden llegar a ser punibles, en ciertos casos, con total prescindencia de si el tipo penal concreto permite su transformación en un tipo omisivo. La posibilidad se basa, siguiendo a Mañalich, en que “la construcción de un delito de omisión impropia no es, en sus propios términos, un problema de imputación, como sí lo es, en cambio, la fundamentación de autoría (o de participación) respecto de un delito comisivo u omisivo cualquiera”¹⁰¹, lo que exige distinguir si el comportamiento omisivo se identifica con el *objeto* de la imputación o con el *fundamento* de la imputación porque “en el primer caso, el delito de cuya constitución se trata necesariamente exhibirá la estructura de un delito de omisión impropia, mientras que en el segundo caso el delito en cuestión será comisivo u omisivo según cuál sea el específico fragmento de comportamiento de cuya imputación como quebrantamiento de una norma (de prohibición o de requerimiento) se trate”.¹⁰²

Así, la posibilidad de aplicar la atenuante en cuestión no dependerá de si es posible afirmar la punibilidad de la omisión impropia, sino de verificar si determinada conducta omisiva de un garante puede encasillarse dentro de alguna de las formas de autoría o de participación¹⁰³. En el caso afirmativo, la intervención omisiva podría ser merecedora de la atenuante.¹⁰⁴

El tercer y último requisito de este presupuesto radica en la necesidad de que el condenado se limite a una omisión, sin favorecer directamente la perpetración del delito. El contenido de esta exigencia de *no favorecer directamente la perpetración* no es claro. En la discusión parlamentaria se expresó que

¹⁰¹ Mañalich, Juan Pablo. (2014). Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 21(2), 225-276. p. 241

¹⁰² Mañalich, Juan Pablo. (2014). Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 21(2), 225-276. p. 245 y 246

¹⁰³ Véase Mañalich, Juan Pablo. (2014). Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 21(2), 225-276. Donde el autor fundamenta distintas posibilidades de intervención del garante omitente, incluyendo, de manera relevante para nuestros efectos, el garante omitente como autor mediato de un delito comisivo; el garante omitente como coautor de un delito comisivo; y el garante omitente como cómplice de un delito comisivo.

¹⁰⁴ La relación entre la dogmática de la omisión impropia y la autoría y participación es un tópico de escasa discusión a nivel nacional, como se constata en Hernández, Héctor, “Artículo 15°. Comentario”, en Couso y Hernández (Direc.), Código Penal Comentado. Parte General, Santiago: Legal Publishing, 2011, p. 387: “Atendida la relevancia que se le atribuye a la dogmática de la omisión impropia en la imputación de responsabilidad en contextos complejos, como es, por ejemplo, el ámbito empresarial, urge dilucidar ésta [la calificación como autoría o participación de la responsabilidad por omisión impropia de los garantes] y otras cuestiones que plantea la relación entre omisión impropia y reglas de autoría y participación.”

este requisito “da cuenta de que, en ciertas ocasiones, la intervención de quien tiene una posición intermedia o superior (que se limita a omitir) puede ser equivalente a una intervención grave o activa.”¹⁰⁵

Sin embargo, estimamos que este razonamiento se enfrenta a dos problemas. Por una parte, no es para nada claro cuáles son esas ocasiones donde la intervención omisiva puede ser *equivalente* a una intervención “grave o activa” y cuándo no. Por otra parte, esa equivalencia constituye el principal argumento punitivo de quienes admiten la sanción de la omisión impropia en términos generales. En otras palabras, sigue el argumento, se debe poder castigar una conducta omisiva -aun cuando dicho título de imputación no esté expresamente previsto en el tipo penal- precisamente porque se considera que la omisión impeditiva del resultado es equivalente, sustancialmente, a la producción de ese resultado.

Luego, esa equivalencia sustantiva sería requisito para sancionar la omisión, por lo que, en su ausencia, esta no sería punible (por lo menos no a título de realización en omisión impropia del delito). Ergo, cada vez que se cumpla con la exigencia de *no favorecer directamente la perpetración* (o, lo que es lo mismo, cuando se omita sin favorecer directamente la perpetración) no podremos hablar, en estricto rigor, de una omisión impropia punible: “(...)hay que decir que si una omisión no alcanza en gravedad a la acción, entonces es que no puede ser calificada de comisión por omisión y que, por ello, hay que revisar los criterios que mantiene la doctrina dominante para establecer que una omisión es una impropia.”¹⁰⁶

Un último aspecto que conviene comentar respecto a este presupuesto de intervención omisiva del hechor como hipótesis de culpabilidad disminuida, refiere a su pertinencia como una casual expresiva de una menor culpabilidad. La pregunta es: ¿la intervención puramente omisiva del condenado, debería llevar realmente a considerarlo menos culpable? ¿la intervención a título de omisión, justifica la imposición de una menor pena que aquella impuesta al condenado que intervino activamente? Nuevamente, la respuesta no es clara.

Desde nuestra perspectiva, el problema de responder afirmativamente a las preguntas anteriores radica en lo expuesto a propósito del tercer requisito del presupuesto: la relación de equivalencia que operaría como elemento justificante para considerar punible la omisión impropia. Si no podemos afirmar dicha equivalencia y, consecuentemente, no consideramos que el desvalor de una omisión y de una

¹⁰⁵ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 101

¹⁰⁶ Gimbernat, Enrique, “La delimitación entre delitos de acción y delitos de omisión”, (2016) en Cárdenas y Ferdman (Coords.), El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy. Santiago: Thomson Reuters. p. 265

acción es el mismo, entonces simplemente no se puede hablar de comisión por omisión. En palabras de Gimbernat: “(...)entre acción y omisión impropia existe una coincidencia desvalorativa, ya que si la omisión fuera menos grave que la acción, entonces no equivaldría a ésta y, por ello, tampoco se la podría calificar de verdadera comisión por omisión”.¹⁰⁷

Lo que sí está claro, a la luz del presupuesto que analizamos, es que el legislador chileno considera (al igual que el legislador alemán¹⁰⁸) que existe una diferencia *desvalorativa* entre una acción y una omisión. Ello no permite obviar, sin embargo, el problema de la equivalencia como factor fundante de la punibilidad de la omisión impropia. Quizás por eso mismo es que optó por incluir el requisito de *no favorecer directamente*, en un reconocimiento de esta relación de equivalencia.

ii) Perjuicio limitado

El numeral segundo del artículo 13 de la LDE establece la atenuante simple de perjuicio limitado. Al igual que en todos los otros casos de circunstancias modificatorias referidas al elemento del perjuicio, la Ley fija cuantitativamente su contenido. Así, el perjuicio es “limitado” cuando es superior a las 40 unidades tributarias mensuales y no excede de las 400.

Conviene en este punto aclarar que el factor de perjuicio (en todas las circunstancias de la Ley) se refiere al perjuicio total o agregado, tal como fluye del texto normativo. Ello significa sumar “el perjuicio sufrido por cada víctima del delito en cada una de las iteraciones de el o los delitos por los que se condena”.¹⁰⁹

La opción por definir cuantitativamente el perjuicio otorga claridad y, consecuentemente, facilita su aplicación práctica. Naturalmente esto supone que los hechos del caso permitan avaluar monetariamente el daño irrogado. Esta posibilidad va a estar presente en una mayoría de casos, dada la

¹⁰⁷ Gimbernat, Enrique, “La delimitación entre delitos de acción y delitos de omisión”, (2016) en Cárdenas y Ferdman (Coords.), El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy. Santiago: Thomson Reuters. p. 265

¹⁰⁸ El parágrafo 13 del Código Penal alemán establece: § 13. Comisión por omisión (1) Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción. (2) **La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1.**

¹⁰⁹ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 183

dimensión frecuentemente patrimonial que tienen los delitos que la ley califica como económicos. No obstante, sí se puede pensar en algunos delitos económicos donde podría no ser posible avaluar monetariamente el perjuicio. Como ejemplifican Wilenmann y Bascuñán¹¹⁰, uno de dichos casos se podría dar en el delito de afectación grave de componentes ambientales del nuevo artículo 310 del Código Penal (introducido por la misma LDE). De ser reparable esa afectación, se podrá tomar como parámetro de medición del perjuicio el costo de reparación. Pero, en los casos más graves, el daño causado al medio ambiente es simplemente irreparable.

Lo anterior plantea la duda sobre si considerar, en estos casos, que la imposibilidad de medición del perjuicio debiese llevar a fijarlo en cero y, por ende, estimar concurrente la atenuante muy calificada de perjuicio bagatelario. Sin embargo, el sentido común y el espíritu de la LDE debiesen llevar a descartar esta posibilidad, y a concluir que las circunstancias modificatorias referentes al elemento perjuicio sencillamente no son aplicables en ese tipo de casos.

Sin perjuicio de lo anterior, y como veremos, existen casos donde las hipótesis del elemento del perjuicio son más complejas al estar expresadas cualitativamente. A una de estas hipótesis, precisamente, se refiere la segunda parte del numeral segundo del artículo 13 que comentamos. En efecto, ella sujeta la procedencia de la atenuante simple de perjuicio limitado a que no sea aplicable lo dispuesto en la letra b) del numeral 2 del artículo 16 de la LDE.

La hipótesis referenciada prevé como presupuesto de la agravante muy calificada de perjuicio muy elevado que “el hecho haya afectado el suministro de bienes de primera necesidad o de consumo masivo.” Consecuentemente, en los casos donde el perjuicio sea avaluado dentro del rango de 40 a 400 UTM pero, al mismo tiempo, se haya afectado el suministro de bienes básicos o de consumo masivo, no se podrá estimar concurrente la atenuante simple de perjuicio limitado, debiendo aplicarse en su lugar la agravante muy calificada de perjuicio muy elevado.

Sin perjuicio de lo anterior, existe otro problema que puede surgir a raíz del perjuicio medido en términos cuantitativos y que dice relación con el principio de *ne bis in idem*. En el derecho penal económico existen una variedad de delitos cuyas penas están determinadas por el legislador conforme al perjuicio causado. Un caso paradigmático es el artículo 467 del Código Penal que tipifica el delito de estafa y cuya escala de penas, determinadas por el perjuicio causado, también se aplica para varios otros

¹¹⁰ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 184

delitos. Como la LDE no declara inaplicable el artículo 63 CP¹¹¹, la prohibición de doble valoración que este establece rige plenamente para los hechos constitutivos de delitos económicos.

En consecuencia, las agravantes de la LDE que descansan en el perjuicio no son aplicables a los delitos cuya pena ya está determinada en la ley según la cuantía de aquel.¹¹² Alguna duda podría surgir en el caso de las atenuantes. Como el artículo 63 citado solo se refiere a las agravantes, se podría postular que, incluso en los casos donde el perjuicio ya esté considerado por el legislador para determinar la pena, igualmente se podrían aplicar las atenuantes de perjuicio limitado y bagatelario. En este punto concordamos con los profesores Matus y Van Weezel en cuanto a considerar que la prohibición de doble valoración del artículo 63 supone que “no es posible utilizar en la medición judicial los elementos que ya ha tenido en cuenta el legislador al tipificar una conducta, ni aquellos que afectan a todos los delitos de la misma naturaleza: en ambos casos, se trata de situaciones ya valoradas por el legislador, y esa valoración se ha traducido en un cierto marco punitivo”.¹¹³

A mayor abundamiento, se ha postulado que la prohibición del artículo 63 del CP tiene un alcance incluso más amplio que “excede el ámbito de las circunstancias modificatorias y se proyecta sobre todas las etapas del proceso de individualización de la responsabilidad penal, esto es: determinación del marco penal; ponderación del grado de desarrollo del delito y de la participación del sujeto; ponderación de las circunstancias modificatorias y fijación de la cuantía exacta de la pena.”¹¹⁴

A partir de lo expuesto, resulta inadmisibles basar la determinación del marco penal aplicable a un delito -como la estafa- en la cuantía del perjuicio causado, y luego considerar una atenuante basada en la insignificancia o limitación del daño (en virtud de esa misma cuantía). En aquellos casos en los que el marco penal se establece en función del monto del perjuicio, el legislador está expresando el grado de censura que merece la ocasión de dicho daño, por lo que permitir que el juez modifique este grado de

¹¹¹ Art. 63 CP: “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.”

¹¹² Tal afirmación solo guarda vigencia para los casos donde se estima concurrente una agravante basada en el perjuicio cuantitativamente medido. En caso de ser aplicable alguna de las hipótesis de las letras b), c) o d) del art. 16 N°2 de la LDE, la prohibición de doble valoración del art. 63 CP no rige.

¹¹³ Matus, Jean Pierre y Van Weezel, Alex “Comentario a los arts. 50 a 73”, (2009) en Politoff y Ortiz (Dir.), Texto y comentario del Código Penal chileno. Tomo I. Libro Primero. Parte General. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 350

¹¹⁴ Rodríguez Collao, Luis. (2022). Problemas de determinación de la pena en el delito de femicidio. En Oliver (Dir.), problemas actuales de determinación de la pena en el Derecho Penal chileno. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 135 y 136.

censura, sea disminuyéndolo o aumentándolo, teniendo en cuenta el mismo factor, constituiría una redundancia transgresora de la prohibición de doble valoración.

II. Atenuantes muy calificadas.

Las atenuantes muy calificadas están contenidas en el artículo 14 de la LDE, que establece lo siguiente:

Artículo 14.- Atenuantes muy calificadas. Son circunstancias atenuantes muy calificadas de un delito económico las siguientes:

1.ª La culpabilidad muy disminuida del condenado, establecida siempre que concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) El condenado actuó en interés de personas necesitadas o por necesidad personal apremiante.*
- b) El condenado tomó oportuna y voluntariamente medidas orientadas a prevenir o mitigar sustancialmente la generación de daños a la víctima o a terceros.*
- c) El condenado actuó bajo presión y en una situación de subordinación al interior de una organización.*
- d) El condenado actuó en una situación de subordinación y con conocimiento limitado de la ilicitud de su actuar.*

2.ª Que el hecho haya tenido una cuantía de bagatela. Se entenderá especialmente que ello es así, cuando:

- a) El perjuicio total irrogado no supere 40 unidades tributarias mensuales.*
- b) Concurra cualquiera de las causales atenuantes señaladas en el inciso primero del artículo 111 del Código Tributario, respecto de delitos económicos que constituyan infracción a las normas tributarias.*

i) Culpabilidad muy disminuida

Manteniendo la estructura regulativa de la Ley, el artículo 14 estatuye en primer lugar la circunstancia asociada a la culpabilidad. Se trata, en este caso, de la expresión aminorante más extrema de la culpabilidad, otorgándole el rótulo de “muy disminuida”. El contenido de esta atenuante muy calificada está plasmado en cuatro supuestos de hecho, cada uno atendiendo a formas y contextos de

perpetración del delito distintos, pero todos englobados bajo la idea de un desvalor de acción sustancialmente aminorado.

a) Perpetración motivada por situaciones de necesidad

El primer presupuesto de hecho considera que la culpabilidad del condenado puede ser tenida como muy disminuida cuanto este haya perpetrado el delito “en interés de personas necesitadas o por necesidad personal apremiante.” Se trata de una nueva manifestación del factor consistente en no actuar motivado por una ganancia personal (*not motivated by personal gain*¹¹⁵) de las *sentencing guidelines* británicas y, como resalta de su simple lectura, la hipótesis hace referencia a situaciones o estados de necesidad.

Ello obliga a referirnos al estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal, definido como “la existencia de un peligro inminente de producción de un mal para las personas o sus derechos, que no consiste en una agresión ilegítima y que no puede evitarse sino produciendo un mal que constituye delito.”¹¹⁶ En su expresión de eximente de responsabilidad penal, el estado de necesidad se encuentra regulado en el artículo 10, numerales 7 y 11 del Código Penal. En esta regulación, la perpetración de un delito en una situación de necesidad tiene como efecto la ausencia de responsabilidad penal del hechor, sea como causal justificante o exculpante.

Cabe resaltar, como hemos visto, que la LDE solo impide la aplicación para la criminalidad económica de los artículos 11 a 13 del Código Penal, pero no así su artículo 10. Consecuentemente, las eximentes de responsabilidad penal allí previstas son plenamente aplicables a los delitos económicos, incluidas las hipótesis de estados de necesidad.

Lo anterior sirve para entender el presupuesto que estudiamos como una expresión incompleta de las eximentes de estado de necesidad: “La condición en cuestión supone una forma imperfecta de estado de necesidad justificante o exculpante.”¹¹⁷ Como eximente incompleta, el presupuesto de perpetración en situación de necesidad recibe el tratamiento de una atenuante muy calificada.

¹¹⁵ Véase nota al pie N.º 85.

¹¹⁶ Matus, J., & Ramírez, M. (2021). *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 346

¹¹⁷ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). *Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I)*. Santiago: ediciones DER. p. 212

En ese sentido, observamos la situación análoga que aquí se da respecto a lo que sucede con el numeral 1 del artículo 11 del Código Penal, que considera como una circunstancia atenuante las “expresadas en el artículo anterior [art. 10, eximentes], cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.” Pero la similitud con el régimen de atenuantes del Código Penal no se limita a eso, ya que se afirma, respecto a la atenuante citada, que “para nuestra doctrina dominante, esta clase de atenuante parece fundamentarse en la idea de la gradualidad del daño causado o de la culpabilidad del autor.”¹¹⁸ Esta idea de gradualidad es, precisamente, en la que se funda la lógica de las circunstancias atenuantes y agravantes de la LDE en general, y del presupuesto que comentamos en especial.

Otro tanto ocurre con el artículo 73 del CP, que mandata una reducción muy significativa de la pena en aquellos casos en que “el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el art. 10, siempre que concurra el mayor número de ellos (...)”. Así, es claro que la idea de otorgar un efecto atenuante a los casos donde no se cumplen todos los requisitos de las eximentes basadas en estados de necesidad no es nueva, sino que se encontraba ya vigente en nuestro Código Penal (aunque en términos más amplios).

Consecuente con lo anterior, el presupuesto que comentamos es naturalmente más laxo en sus requisitos que las eximentes de estado de necesidad del Código Penal, pero ello no debe hacer olvidar el hecho que se sigue tratando de una atenuante muy calificada, por lo que su configuración debe ser expresiva de una culpabilidad sustancialmente menor.

Aquella laxitud de algunos requisitos, concordante con la evidente diferencia entre atenuar y eximir una pena, se puede ver reflejada, por ejemplo, en la posibilidad de que algunos elementos de la atenuante sean meramente putativos.¹¹⁹ En efecto, la situación de necesidad (requisito básico) en que se funda el presupuesto puede ser real o putativa. En otras palabras, basta que el condenado crea que existe una situación peligrosa actual o inminente (para sí o un tercero), que se intenta superar o mitigar a través de la comisión del delito, para que se configure la atenuante, no siendo necesario que esa situación efectivamente exista. Lo mismo sucede con la exigencia de racionalidad de la reacción constitutiva del

¹¹⁸ Matus, J., & Ramírez, M. (2021). *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 614

¹¹⁹ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). *Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I)*. Santiago: ediciones DER. p. 212 y 213

delito que se atenúa. Aquí basta con que “el curso de acción parecía razonablemente necesario para superar la situación, aunque haya resultado no ser idónea o haya habido un curso de acción menos lesivo, pero (plausiblemente) desconocido por el condenado.”¹²⁰

La admisión del carácter putativo de algunos elementos, en orden a estimar concurrente la culpabilidad muy disminuida, es concordante con el énfasis en la motivación que tuvo el condenado para actuar, como criterio para calificar su culpabilidad. Al igual que el presupuesto de la culpabilidad disminuida basado en la ausencia de provecho económico,¹²¹ lo fundamental aquí es atender a la motivación del hechor para cometer el delito. Ella debe consistir en satisfacer necesidades de un tercero (elemento altruista) o satisfacer una necesidad personal apremiante.

Dado su contexto de comisión y el contenido frecuentemente patrimonial de los delitos económicos, las situaciones de necesidad debiesen apuntar a problemas económicos y financieros graves o necesidades de bienes y servicios básicos para la vida y la salud.

b) Prevención y mitigación de daños

El segundo presupuesto de la atenuante muy calificada de culpabilidad muy disminuida refiere al condenado que “tomó oportuna y voluntariamente medidas orientadas a prevenir o mitigar sustancialmente la generación de daños a la víctima o a terceros.” Como mencionamos anteriormente¹²², se trata de un presupuesto equivalente a la atenuante del artículo 11 número 7 del Código Penal que atenúa la pena del condenado si “ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.”

La aparente similitud entre ambas atenuantes fue reconocida en la tramitación de la LDE, advirtiéndose que el presupuesto que introduce “es similar a la actual sobre ‘si ha procurado con celo reparar el mal causado...’, pero la ‘mitigación de daños’ pareciera ser una formulación lingüística más acorde con la naturaleza de los delitos económicos.”¹²³ Esa constatación llevó a que algunos parlamentarios abogaran por excluir el presupuesto que comentamos porque “el volumen del daño no se

¹²⁰ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 213

¹²¹ Véase p. 33

¹²² Véase p. 30

¹²³ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 101

mide en términos económicos, puede que su impacto sea demasiado grande para el país por lo que no baste una suma económica para repararlo.”¹²⁴

Esto último no debiese causar sorpresa considerando la aplicación práctica de la atenuante de reparación celosa, especialmente en delitos de lesión, donde se ha constatado su admisión incluso en casos de “depósito de sumas de dinero de escasa cuantía, ínfimas en relación a la jerarquía del objeto jurídico de la agresión típica.”¹²⁵

Es precisamente por ello que el presupuesto que estudiamos tiene una “orientación a la prevención de daños ulteriores y no, en cambio, a la reparación del mal causado”.¹²⁶ Así, si bien ambas atenuantes comparten como fundamento una actuación generalmente posterior a la consumación del delito, y que dice relación con los daños derivados del hecho punible, existe una clara diferencia de racionalidad o lógica subyacente: la LDE busca, ante todo, incentivar conductas que prevengan o mitiguen daños, en lugar de reparar los ya producidos. La diferencia, por cierto, no es tan clara tratándose de la otra modalidad de la atenuante del numeral 7 del artículo 11 del Código Penal consistente en procurar “impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.”

Luego, la LDE es ajena, por lo menos en lo que a este presupuesto concierne, a la denominada “estrategia de re-apropiación de los conflictos, que propugna transformaciones del Derecho Penal representativas del ingreso de los intereses de la víctima a través de diversos mecanismos jurídicos, que pueden contemplar incluso la sustitución de la intervención penal por alternativas vinculadas en distintas formas a sistemas de compensación, buscadores de la reparación del mal causado por la comisión del hecho punible.”¹²⁷

En efecto, se puede afirmar que el presupuesto en comento tiene objetivos más ambiciosos. Si la atenuante de reparación celosa del Código Penal “en la práctica se reduce a depositar una cantidad de dinero en la cuenta del Tribunal”¹²⁸, la LDE apunta a la toma de *medidas* (conductas o acciones) que

¹²⁴ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 103

¹²⁵ Künsemüller, Carlos. (2019). Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 117

¹²⁶ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 215

¹²⁷ Künsemüller, Carlos. (2019). Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 111

¹²⁸ Navas, Iván, “La disociación entre pena abstracta y pena concreta: El rol de las circunstancias atenuantes y agravantes”, (2023) en Carnevali (Dir.), Hacia un derecho penal liberal. Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 674

prevengan o mitiguen sustancialmente los daños causados por el delito, sin que un mero depósito de dinero a la víctima o al tribunal baste para satisfacer el presupuesto.

Estas *medidas*, por la propia ambición de la norma, no han sido especificadas en la Ley, ya que “ello originará la realización de esas conductas señaladas por la ley para beneficiarse de la atenuante.”¹²⁹ Es decir, traería la consecuencia indeseada de un cumplimiento apenas formal de acciones preestablecidas en la norma, disminuyendo las posibilidades de cumplimiento de las metas auto declaradas de impedir o mitigar sustancialmente los perjuicios causados.

No obstante lo dicho, una medida concreta, cuando no paradigmática de las intenciones del legislador, constituye la implementación de un plan de prevención de delitos al interior de una empresa. Así, el funcionario, director o gerente que impulsó o participó activamente en la producción e implementación de un programa de *compliance* serio podría alegar la concurrencia de este presupuesto de la culpabilidad muy disminuida. En estos casos, el presupuesto de la atenuante que estudiamos operaría como un símil de la causal eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas prevista en la Ley 20.393, y su nuevo artículo 4 (a entrar en vigencia el 1 de septiembre de 2024) puede servir como parámetro para calificar la suficiencia de las medidas adoptadas por el condenado.

Un requisito de la hipótesis que puede generar incertidumbre es la exigencia de que la toma de medidas sea “oportuna”. En nuestra opinión, la exigencia solo refuerza el énfasis de la LDE en prevenir o mitigar los daños causados por el hecho punible. Si bien su contenido debiese delimitarse a medida que la LDE reciba atención jurisprudencial y dogmática, ya se ha propuesto un criterio de carácter negativo: “[l]as medidas no se toman oportunamente cuando hay demora innecesaria, esto es, cuando existían cursos de acción preventivos disponibles y exigibles, y el autor no los llevó adelante.”¹³⁰

Según este criterio, entonces, es cuestionable la efectividad que una reparación monetaria a la(s) víctima(s) pudiese tener en orden a configurar la atenuante. Más aún cuando esa reparación se produzca en el contexto de un proceso penal ya iniciado, incluso en etapa de investigación desformalizada y aunque el monto de reparación cubra íntegramente los perjuicios causados. Esta pareciera ser la conclusión a que llevaría no solo la exigencia de oportunidad, sino que, en general, la *ratio legis* de la hipótesis analizada. Nada de lo dicho obsta, por cierto, a la plena procedencia de los acuerdos reparatorios en

¹²⁹ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 97

¹³⁰ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 216

causas de delitos económicos (donde la obligación de indemnizar perjuicios juega un rol relevante) según las reglas generales, dado que la LDE no establece modificación alguna ni condiciona la aplicación de las salidas alternativas al juicio oral previstas en el Código Procesal Penal.

Un aspecto en que la LDE sí coincide con la atenuante de reparación celosa del Código Penal consiste en los efectos concretos de la medida o reparación. Así, respecto a la atenuante del numeral 7 del artículo 11 del Código, se ha dicho que “el tenor literal del precepto despeja cualquier duda en torno a la conducta requerida del agente. La atenuante se configura con procurar, tratar, hacer lo posible por reparar, mitigar o disminuir las consecuencias lesivas del hecho, no siendo exigible una reparación total o completa, punto éste, en que convergen doctrina y jurisprudencia.”¹³¹

Lo mismo se puede decir acerca de la hipótesis del condenado que “tomó oportuna y voluntariamente medidas orientadas a prevenir o mitigar sustancialmente la generación de daños a la víctima o a terceros.” Aquí las expresiones “tomó” y “orientadas a” denotan una exigencia de hacer lo posible y exigible por prevenir o mitigar sustancialmente daños, sin que efectivamente las medidas tomadas deban alcanzar dichas metas. Esta interpretación de la norma es concordante con otras hipótesis de culpabilidad vistas anteriormente, poniéndose el foco de atención en la motivación o intención efectiva del condenado, con prescindencia de los efectos (a veces afectados por factores externos a su voluntad) que su actuar tenga.

Por otro lado, la lectura propuesta de la norma concuerda también con su lógica dirigida a incentivar comportamientos preventivos y mitigantes: “para maximizar el incentivo a la toma de medidas de prevención o mitigación, la interpretación correcta lleva a permitir que la aplicación de la condición en cuestión sea aplicada aun en el caso de que las medidas tomadas no produzcan los efectos de prevención o mitigación que se buscan. Esto se compensa poniendo exigencias intensas en materia de orientación. La defensa debe demostrar que las medidas que se tomaron eran aquellas que maximizaban la probabilidad de prevención o mitigación del riesgo y que lo hacían en la mayor medida exigible.”¹³²

c) Actuación bajo subordinación y presión

¹³¹ Künsemüller, Carlos. (2019). Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 120

¹³² Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 219

La tercera hipótesis de culpabilidad muy disminuida que contempla la Ley N.º 21.595 corresponde al condenado que “actuó bajo presión y en una situación de subordinación al interior de una organización”. Siguiendo con las ideas matrices de la LDE, se trata de un presupuesto que recoge una serie de factores contemplados en las *sentencing guidelines* de Inglaterra y Galés.

En concreto, se condensan aquí (no sin adaptaciones) tres factores distintos: el hechor que actúa bajo coacción, intimidación o explotación (*involved through coercion, intimidation or exploitation*¹³³); aquel que lo hace en un rol periférico (*peripheral role in organised fraud/activity*¹³⁴) y aquel que realizó funciones limitadas bajo dirección (*performed limited function under direction*¹³⁵).

La aptitud de la hipótesis que comentamos para graduar la culpabilidad en la comisión de delitos económicos es clara. Ella tiene como presupuesto una organización jerarquizada, paradigmáticamente una empresa medianamente compleja. Esta lógica subyacente es una decisión deliberada de la LDE, advirtiéndose desde los inicios de su tramitación legislativa que “el proyecto de ley da cuenta de la importancia de la existencia de estructuras jerárquicas dentro de una empresa u organización, en el sentido de considerar como atenuante la eventual presión que pudo ejercer aquel que toma las decisiones dentro de aquella por sobre el que ejecuta finalmente el hecho, de manera tal que quien se encuentra más alejado de la infracción misma, puede terminar siendo sancionado de manera más severa.”¹³⁶

Como veremos más adelante, este presupuesto tiene su contracara en aquella hipótesis de la agravante muy calificada de culpabilidad muy elevada establecida en el artículo 16 de la LDE y que trata la situación del condenado que ejerce presión sobre sus subordinados. En ese sentido, se resalta acá la relevancia de la posición organizacional del hechor como factor para graduar su culpabilidad.

En cuanto a su contenido específico, de la simple lectura de la norma resaltan sus dos requisitos copulativos: la situación de subordinación y el ejercicio de presión. Ambos elementos están directamente ligados en tanto la presión se ejerce sobre aquel que se encuentra bajo subordinación al interior de una organización. Si bien la hipótesis más común de aquella persona que se encuentra bajo subordinación refiere al empleado o funcionario de rango inferior que solo recibe órdenes o instrucciones, nada obsta a

¹³³ Sentencing Council. (2014). *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences Definitive Guideline*. p. 6, 14, 20, 28, 36 y 42.

¹³⁴ Sentencing Council. (2014). *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences Definitive Guideline*. p. 6 y 42

¹³⁵ Sentencing Council. (2014). *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences Definitive Guideline*. p. 14, 20, 28 y 36

¹³⁶ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 74

que ella pueda corresponder al sujeto que detenta una posición intermedia e incluso superior al interior de la organización.

La constatación anterior deriva de la definición legal que para cada posición provee la LDE. Así, por definición, la persona en una situación intermedia siempre tendrá un superior jerárquico que podría ejercer presión sobre ella. Por su parte, incluso el condenado que se encontraba en una posición superior al interior de la organización podría ser objeto de presión, como el caso del jefe de una unidad o división subordinado al órgano superior de administración. O incluso más, se podría dar la situación en que un gerente general reciba presiones por parte del directorio de la empresa.

Naturalmente, en estos últimos casos, donde una persona situada en una posición superior recibe presiones, entendemos que lo que constituye una presión suficiente (esto es, el grado de presión apto para que concurra la atenuante) va a diferir respecto de los casos del empleado o funcionario de rango inferior. Así, por lo demás, fue expresado en la tramitación legislativa de la LDE: “personas que ocupan cargos de alta jerarquía, añadió [el profesor Hernández], si bien pueden ser objeto de presiones, precisamente por sus funciones y deberes han de ser capaces de resistirlas (...)”.¹³⁷ Cuánta “resistencia” a presiones es exigible, solo la implementación práctica de la ley podrá responder.

Todo lo anteriormente relatado revela el “reconocimiento de una limitación de culpabilidad por un contexto de menor exigibilidad. La ley reconoce aquí el poder motivacional que puede tener el poder organizacional, sin otorgarle entidad exculpatoria.”¹³⁸ Esta última frase sirve como guía para entender el grado de presión a que se refiere la hipótesis. Aquel debe ser suficiente para constituir el motivo principal para actuar, pero no tanto como para excluir la culpabilidad por inexigibilidad de una conducta conforme a derecho.

En otros términos, el presupuesto considera que el subordinado tiene cierto grado de culpabilidad (aunque muy disminuida), por lo que la presión no debe ser tal que la excluya por completo en base a circunstancias exculpatorias, tal como son en nuestro Código Penal el miedo insuperable o fuerza irresistible (art. 10 n°9 CP), y perpetración en contexto de un estado de necesidad exculpante (art. 10

¹³⁷ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 577

¹³⁸ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 220

nº11 CP, según parte de la doctrina¹³⁹). En ese sentido, la LDE es menos exigente que la *sentencing guidelines* británicas cuando ellas exigen coerción o explotación. Por su parte, el elemento de intimidación podría caber dentro de los presupuesto de la LDE, siempre que ella no se entienda como una situación de miedo insuperable.

Ello permite dilucidar el rango superior de la presión que exige la ley. En cuanto a su rango inferior o entidad mínima, entendemos que, en tanto presupuesto para una atenuante muy calificada, la presión ejercida debiese ser suficiente como para constituir el principal motivo para cometer el delito. También debiese ser específica en el sentido de estar dirigida a la comisión del hecho punible, excluyéndose presiones derivadas de cumplimiento de metas, de plazos o de indicadores de desempeño al interior de la organización.

Por último, en cuanto a la relación de subordinación propiamente tal que el presupuesto exige, se trata de un elemento no definido en la ley, pero la normativa de derecho laboral y administrativo debiese servir como guía, aunque siempre teniendo en cuenta que “en general, la subordinación es la expresión de la participación *de iure* o *de facto* en una cadena de mando al interior de una organización.”¹⁴⁰

d) Actuación bajo subordinación y con conocimiento limitado de la ilicitud

El cuarto y último presupuesto de hecho de la atenuante muy calificada de culpabilidad muy disminuida corresponde al sujeto que perpetró el delito “en una situación de subordinación y con conocimiento limitado de la ilicitud de su actuar”.

Una vez más vemos la influencia de las *sentencing guidelines* de Inglaterra y Gales en la LDE. Esta vez el elemento en cuestión se trata del conocimiento o comprensión limitados del alcance de la actividad fraudulenta, criminal o corrupta (*limited awareness or understanding of the extent of: fraudulent activity/criminal activity/corrupt activity*¹⁴¹).

¹³⁹ Para las distintas posturas acerca de la naturaleza jurídica del art. 10 Nº11 del CP, véase: Castillo Morales, Juan Pablo. (2016). El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa. *Política criminal*, 11(22), 340-367.

¹⁴⁰ Bascañán, A., & Wilenmann, J. (2023). *Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos* (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 221

¹⁴¹ Sentencing Council. (2014). *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences Definitive Guideline*. p. 6, 14, 20, 36 y 42.

Al igual que el presupuesto recién estudiado de actuación bajo presión, la hipótesis que ahora comentamos exige la actuación en una “situación de subordinación”. Sin embargo, se ha apuntado que este concepto “no debiera considerarse equivalente al de la circunstancia tercera. Entre ambos hay una diferencia de orientación.” En el presupuesto que ahora estudiamos la situación de subordinación se entendería como “posición organizacional con cargas menos intensas de valoración de las acciones de la organización.”¹⁴²

A luz de ello, estimamos que la expresión “situación de subordinación” no es adecuada en este contexto. Si a lo que se quería aludir era a posiciones inferiores en la escala jerárquica de una organización, con la consecuente menor carga de averiguaciones y evaluaciones de hecho y de derecho, es evidente que la subordinación (entendida como relación entre dos personas caracterizada por el poder de mando de una sobre la otra) no es precisa en su objeto. Hubiese sido más propicio aludir a expresiones como “posición jerárquica inferior” u otras análogas.

Despejado ese punto, el centro de la presente hipótesis radica en el conocimiento del condenado. Vemos que la LDE considera que la persona que ha actuado con conocimiento limitado de circunstancias fácticas y normativas tiene un menor merecimiento de castigo por ser su culpabilidad sustancialmente menor. Debe advertirse, empero, que el conocimiento no se refiere a los aspectos relevantes para configurar el tipo penal.

En efecto, si bien el conocimiento limitado a que se refiere el presupuesto se relaciona, por una parte, con el dolo (específicamente su elemento cognoscitivo o intelectual), siguiendo a la doctrina imperante actualmente¹⁴³ el error sobre un elemento del tipo (vencible o invencible) excluye al dolo y, por tanto, a la responsabilidad penal (salvo el caso del tipo imprudente subsistente). En consecuencia, el conocimiento limitado al que alude la hipótesis en comento no puede significar desconocimiento de un elemento del tipo, ya que ello llevaría a la ausencia de responsabilidad penal (por lo menos a título doloso) y no a su atenuación.

Si la regla excluye los casos de desconocimiento de un elemento del tipo penal, vale preguntarse a qué casos se refiere. Wilenmann y Bascuñán apuntan a que se exigiría que “el condenado haya tenido

¹⁴² Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 224

¹⁴³ Hernández, Héctor, “Artículo 1º. Dolo”, en Couso y Hernández (Direc.), Código Penal Comentado. Parte General, Santiago: Legal Publishing, 2011, pp. 56 y 58

conocimiento suficiente de los elementos que constituyen al dolo, pero le falte conocimiento de factores de contexto que hacen evidente la existencia del delito o sobre su gravedad.” La significación concreta del contenido de la regla así definida deberá tratarse caso a caso, aunque estimamos que se tratará generalmente de perpetración con dolo eventual y una limitación del conocimiento referida al contexto y a los detalles de comisión del delito, especialmente referidos al perjuicio del mismo, sin recaer sobre una circunstancia típica.

Ahora bien, la limitación del conocimiento puede también referirse al carácter prohibido u obligado de una conducta. Nuevamente destaca acá la cercanía conceptual con el error. Se trata en este caso del error de prohibición que, siendo invencible, excluye la culpabilidad por falta de conciencia de la ilicitud¹⁴⁴. Por tanto, en la hipótesis atenuante analizada el desconocimiento de la ilicitud de la conducta no puede ser total, sino solo parcial.

El conocimiento limitado de la ilicitud de una conducta es una situación que puede darse con cierta frecuencia en la criminalidad económica, apuntándose que “la problemática fundamental que plantea la regulación legal del error en el ámbito de los delitos económicos tiene relación con la existencia de numerosos tipos penales concebidas como leyes penales en blanco y con elementos normativos. La existencia de complementos normativos extrapenales dificulta el conocimiento de los elementos constitutivos de la infracción penal”.¹⁴⁵ Tal particularidad no fue ignorada en la tramitación de la LDE, donde el profesor Medina afirmó que la “situación es particularmente sensible en los delitos económicos. En los delitos de hurto, violación, captación ilegal de imágenes, secuestro es difícil pensar que alguien no se represente que está cometiendo un ilícito, pero en el ámbito de la criminalidad económica, en el uso de información privilegiada, delitos aduaneros, medioambientales, es muy posible que haya personas que participen de un delito no conociendo del todo el alcance de la ilicitud porque han sido instruidas de manera inadecuada o han recibido un mal consejo legal. Es razonable que el sistema penal sancione más severamente a quien tiene plena conciencia de la ilicitud que a quien no la tenga (...)”¹⁴⁶

Un último aspecto que vale resaltar acerca de este presupuesto de culpabilidad muy disminuida consiste en la relación entre el requisito de subordinación y el requisito de conocimiento imperfecto de las circunstancias de comisión del hecho punible. Como expusimos anteriormente, el requisito de la

¹⁴⁴ Hernández, Héctor, “Artículo 1º. Error de prohibición”, en Couso y Hernández (Direc.), Código Penal Comentado. Parte General, Santiago: Legal Publishing, 2011, p. 94

¹⁴⁵ Bacigalupo, S. y Bajo Fernández, M. (2010). Derecho penal económico. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/4735> p. 227

¹⁴⁶ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 101

subordinación estaría referido más bien a una posición de rango inferior dentro de la organización. Enseguida, la relación con el requisito del conocimiento limitado consiste en que, respecto a aquel condenado que se encontraba en una posición jerárquica inferior, será más plausible la alegación relativa a un conocimiento limitado en su actuar. Y al revés, al condenado situado más arriba en la escala jerárquica organizacional será más difícil probar un escenario de conocimiento limitado. Esta afirmación parece fundamentarse en los mayores poderes, facultades y responsabilidades del superior, y en que “todo sujeto, antes de la asunción de una actividad que se halle unida a peligros extraordinarios y sometida precisamente por ello a regulaciones jurídicas especiales, debe examinar, con el cuidado esperable de un ciudadano fiel al Derecho, si es capaz de llevar a cabo la actividad en cuestión de forma conforme a Derecho.”¹⁴⁷

ii) Hecho bagatelario

El numeral segundo del artículo 14 de la LDE establece la circunstancia atenuante muy calificada consistente en la entidad bagatelaria del hecho. Al igual que el resto de las circunstancias referidas al elemento del perjuicio, una primera hipótesis contiene un criterio cuantitativo. En este caso, se considera que el hecho tiene una entidad de bagatela cuando el perjuicio irrogado no supere las 40 unidades tributarias mensuales.

Debemos recordar aquí que el perjuicio considerado refiere a la suma agregada de daños, de ahí la expresión “perjuicio total.” Asimismo, se deben descartar soluciones consistentes en valorar el perjuicio en cero cuando hay imposibilidad de determinar cuantitativamente el daño. En estos casos la atenuante simplemente no se aplica. Cuestión distinta es aquella en que, pudiéndose medir monetariamente el perjuicio causado, este resulte ser nulo. Allí, efectivamente se aplica la atenuante muy calificada en cuestión por la cuantía (efectivamente medible) bagatelaria del perjuicio.

El otro criterio para calificar el hecho como bagatelario se circunscribe únicamente a los delitos tributarios. Específicamente, la LDE se remite al inciso primero del artículo 111 del Código Tributario, que lee: “En los procesos criminales generados por infracción a las normas tributarias, la circunstancia de que el hecho punible no haya acarreado perjuicio al interés fiscal, como también el haberse pagado el

¹⁴⁷ Pawlik, M., Silva Sánchez, J., Robles Planas, R. y Pastor Muñoz, N. (2016). Ciudadanía y derecho penal : fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/3690>. p. 133

impuesto debido, sus intereses y sanciones pecuniarias, serán causales atenuantes de responsabilidad penal.”¹⁴⁸

Así, cuando hechos constitutivos de delitos tributarios no hayan causado un perjuicio fiscal o se haya pagado el impuesto debido con intereses y multas, la entidad del delito podrá ser calificada como de bagatela, aplicándose la atenuante muy calificada en cuestión.

¹⁴⁸ Para un análisis de las atenuantes en cuestión véase Van Weezel, Alex. (2007). Delitos Tributarios. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 97 y ss. Sin perjuicio de lo que luego se expondrá acerca de las agravantes tributarias.

CAPÍTULO 3: LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Las circunstancias modificatorias agravantes de responsabilidad penal están establecidas en los artículos 15 y 16 de la Ley de Delitos Económicos. Al igual que sucede con las atenuantes, estas circunstancias descansan en el elemento de la culpabilidad (disvalor de acción) y de perjuicio (disvalor de resultado). El mayor reproche del legislador es expresado, en cuanto a la culpabilidad, mediante el uso de los adjetivos “elevada” y “muy elevada”. El disvalor de resultado expresado en la forma del perjuicio, por su parte, puede ser tenido como “relevante” o “muy elevado”. Nuevamente, dentro de cada variable existen diferencias de grado, lo que lleva a la distinción entre agravantes simples y muy calificadas.

I. Agravantes simples.

Las circunstancias agravantes simples están previstas en el artículo 15 de la LDE:

Artículo 15.- Agravantes. Son circunstancias agravantes de un delito económico las siguientes:

1.ª La culpabilidad elevada del condenado, establecida siempre que concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

a) El condenado participó activamente en una posición intermedia en la organización en la que se perpetró el delito.

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

b) El condenado ejerció abusivamente autoridad o poder al perpetrar el hecho.

c) El condenado había sido sancionado anteriormente por perpetrar un delito económico.

d) El condenado por delito económico constitutivo de infracción a las normas tributarias se encuentra en cualquiera de las situaciones señaladas por los incisos segundo y tercero del artículo 111 del Código Tributario.

2.ª Que el hecho haya ocasionado un perjuicio o reportado un beneficio relevante. Se entenderá que ello tiene lugar cuando el perjuicio o beneficio agregado total supere las 400 unidades tributarias mensuales y no supere las 40.000, sin que se aplique alguno de los casos de la circunstancia 2.ª del artículo 16.

i) Culpabilidad elevada

La primera circunstancia agravante simple consiste en la culpabilidad elevada del condenado. La ley prevé 4 presupuestos de hecho para hacer aplicable la agravante en cuestión, obedeciendo cada uno a criterios distintos que apuntan a un mayor disvalor de acción. Además, en la letra a) de la agravante se define el concepto de “posición intermedia”, lo que tiene relevancia no solo para aquella hipótesis, sino que también para el caso de intervención omisiva expresiva de la atenuante simple de culpabilidad disminuida.

a) Participación activa desde una posición intermedia en la organización

Esta hipótesis es consecuente con la idea general de la LDE en cuanto a considerar que las posiciones jerárquicas superiores dentro de la organización detentan más poder y facultades, lo que demanda mayores responsabilidades y, en último término, puede justificar un mayor reproche por utilizar la posición para la comisión de delitos. Se trata de un presupuesto emparentado con aquel referido al condenado en posición superior (que da lugar a una agravante muy calificada) y en las *sentencing guidelines* encuentra un símil en la causal de “mediana” culpabilidad que refiere al condenado que cumple un rol significativo en los casos de criminalidad grupal (*a significant role where offending is part of a group activity*¹⁴⁹).

¹⁴⁹ Sentencing Council. (2014). Fraud, Bribery and Money Laundering Offences Definitive Guideline. p. 6, 14, 20, 28, 36 y 42.

Uno de los aspectos que más resalta de la letra a) es la definición que la ley provee del concepto de “posición intermedia”. Esa definición varía según el tipo de organización de que se trate y, en cada caso, se delimita por referencia al concepto de “posición superior” que es definido luego en el artículo 16 de la LDE a propósito de la agravante muy calificada de culpabilidad muy elevada. Por un lado, en el caso de las organizaciones privadas o de empresas o universidades del Estado, se estipula que una persona detenta una posición intermedia cuando ejerce un “poder relevante de mando” sobre otros en la organización, sin estar en una posición jerárquica superior. Por otro lado, tratándose de órganos del Estado, se entiende que ocupa una posición intermedia aquella persona que ejerce un poder relevante de mando sobre otros en la organización, sin estar en alguna de las situaciones del numeral 1º del artículo 251 quinquies del Código Penal (situaciones estas que definen, precisamente, el concepto de posición superior en este tipo de organizaciones).¹⁵⁰

Cabe observar que la distinción entre tipos de organizaciones no existía en el anteproyecto de ley, ofreciéndose solamente la definición de posición intermedia como poder relevante de mando sin estar en una posición superior. En la definición de este último concepto tampoco se distinguía por organización, ofreciéndose únicamente una noción basada en términos de derecho comercial y societario tales como “gerente general”, “socio administrador” y “accionista o socio con poder de influir en la administración”, lo cual generaba evidentes problemas de aplicación para los casos de condenados que forman parte de un órgano público. La razón de este diseño inicial de la ley radicaría en que “la agravante en cuestión se concibió originalmente para los delitos del artículo 2 y siempre que su autor esté vinculado a una empresa” pero luego “se estimó relevante extenderla a los delitos del artículo 3, esto es, los cometidos por funcionarios públicos. En tal sentido, la regla de la posición intermedia en la organización empresarial se amplía a la posición intermedia del cargo que se ejerce en la función pública.”¹⁵¹

Ahora bien, como se puede observar, ambas variantes de la definición comparten el elemento positivo de “poder relevante de mando”. Este concepto se entiende por referencia a un poder jerárquico organizacional -de ahí la relación con la exigencia de una posición jerárquica calificada- y estaría caracterizado generalmente por “la atribución de poder social de tomar decisiones imperativas para los

¹⁵⁰ Art. 251 quinquies N.º 1 CP: “1º Cuando hayan sido cometidos por un empleado público que desempeñe un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de éstos, 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”.

¹⁵¹ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 578

subordinados y de imponer, con límites, la voluntad al subordinado”¹⁵², debiendo ejercerse, además, respecto de otra persona al interior de la misma organización.

Otro elemento del presupuesto de la letra a) del número 1 del artículo 15 de la LDE que merece ser comentado lo constituye la regla que excluye la aplicación de aquel cuando el condenado detentaba una posición intermedia al interior de una mediana empresa.¹⁵³ Esto es, la culpabilidad del condenado que participó activamente en una posición intermedia al interior de una mediana empresa, no podrá ser tenida por elevada (únicamente respecto a este presupuesto; nada obsta a que su culpabilidad pueda ser considerada elevada por concurrencia de las letras b) c) o d) del artículo 15) por expresa disposición de la LDE.

En este punto debemos recordar el artículo 6 de la LDE¹⁵⁴ que excluye la aplicación de los títulos 2 y 3 (lo que incluye las atenuantes y agravantes que analizamos) en los delitos económicos de segunda y tercera categoría, así como los de los números 2 y 3 del artículo 4, cuando los mismos se perpetren en el contexto o en beneficio de una empresa que tenga el carácter de micro o pequeña empresa¹⁵⁵. En ese sentido, la regla de exclusión de medianas empresas que ahora comentamos puede ser entendida como una ampliación de la regla del artículo 6 pero solo respecto del presupuesto específico de culpabilidad elevada de la letra a) del artículo 15.

La lógica subyacente a ambas reglas de exclusión de determinadas empresas es, así, la misma: se trata de considerar las particularidades de organizaciones de relativa baja complejidad, con estructuras jerárquicas más difusas y menos extensas. Es lo que Wilenmann y Bascuñán denominan “falta de densidad organizacional y de recursos” característico de una situación donde “hay pocas diferencias de

¹⁵² Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 235

¹⁵³ En conformidad con el artículo 2 de la Ley 20.416 son medianas empresas aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario.

¹⁵⁴ Artículo 6.- Inaplicabilidad a micro y pequeñas empresas. Las disposiciones de los Títulos II y III no serán aplicables a los delitos considerados como económicos conforme a los artículos 2 y 3 y a los números 2 y 3 del artículo 4 que se perpetren en el contexto o en beneficio de una empresa que tenga el carácter de micro o pequeña empresa conforme al artículo segundo de la ley N° 20.416. En el caso de que la empresa involucrada forme parte de un grupo empresarial, deberán sumarse los ingresos del grupo para determinar si califica como micro o pequeña empresa conforme a la disposición antes citada. Por grupo empresarial se entenderá lo dispuesto en el artículo 96 de la ley N° 18.045.

¹⁵⁵ En conformidad con el artículo 2 de la Ley 20.416 son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario, y pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario.

jerarquía y un nivel mucho menos denso de distribución de trabajo, hay mucha menor densidad regulatoria y relaciones menos fluidas con los reguladores”.¹⁵⁶ En un sentido similar pero en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se alude a criterios que distinguen a empresas complejas, tales como el desarrollo de estructuras internas propias para la toma e implementación de decisiones; control estricto sobre los estándares de conducta de los miembros de la organización y la diferencia de los roles asignados entre los miembros.¹⁵⁷

Es poco probable que en empresas medianas dichos criterios se cumplan a cabalidad. De ahí que resulte razonable pensar que en empresas de tamaño mediano no existan posiciones intermedias o, si acaso existen, no supongan un poder de mando tal que justifique agravar la pena del condenado. Por otra parte, si bien la ley no lo explicita¹⁵⁸, es perentorio concluir que tratándose de los delitos económicos de carácter absoluto (primera categoría) el presupuesto en cuestión tampoco es aplicable a las micro y pequeñas empresas.

No obstante lo expuesto, el hecho de que el condenado haya ocupado una posición intermedia en una organización no considerada de menor tamaño no basta para configurar el presupuesto comentado. Aun se requiere cumplir con otro requisito: que el condenado haya participado “activamente” en la perpetración del delito. Desde luego que dicha exigencia significa que conductas omisivas del condenado en posición intermedia no satisfacen el presupuesto de la agravante, lo cual es coherente con la existencia de la atenuante simple referida a la intervención omisiva a la que nos referimos anteriormente.

Pero ello no se traduce necesariamente en que cualquier conducta activa, cualquier hacer del condenado en posición intermedia, sea suficiente para configurar la agravante. Afirmar aquello significaría agravar la pena del condenado por el mero hecho de detentar una posición organizacional determinada, oscureciéndose la razón de por qué esa circunstancia expresa una mayor culpabilidad del agente.

¹⁵⁶ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 92

¹⁵⁷ Nieto Martín, Adán. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/3896>. p. 168

¹⁵⁸ A diferencia del artículo 16 de la LDE que excluye expresamente la aplicabilidad del presupuesto de “posición jerárquica superior” a los delitos de primera categoría cometidos en el seno o en beneficio de una micro o pequeña empresa.

Esta forma de entender la agravante, así como la correlativa circunstancia muy calificada del condenado que ocupa una posición superior, llevó a realizarle duras críticas a la LDE cuando finalizaba su tramitación¹⁵⁹, apuntándose a que la ley estaría consagrando en este punto un “derecho penal de autor”, infringiendo la igualdad ante la ley e, incluso, que estaría estableciendo una presunción de derecho de responsabilidad penal por el solo hecho de detentar determinado cargo o posición.

Nos parece que algunas de estas aprensiones podrían ser atendibles si se entendiera que la exigencia de “participación activa” se ve satisfecha con un mero hacer. Pero el legislador pareciera exigir algo más en este punto, específicamente, un actuar particularmente intenso que dé cuenta de un uso y abuso de la posición intermedia o superior para cometer el delito. Se trata de que las agravantes “son indicativas de mayor culpabilidad basadas en ideas de mayor gravedad. El uso de una posición jerárquica tiene mayor gravedad cuando implica abuso de poder, y esa idea debe expresarse en el caso para que proceda la aplicación de la agravante”.¹⁶⁰

En otros términos, la posición jerárquica intermedia (y superior en su caso) debe no solo detentarse, sino que también, usarse (abusarse) para cometer el delito. En ese entendido, se reserva un espacio relevante a la judicatura para desarrollar criterios y distinguir casos donde aplicar el presupuesto en cuestión, de manera de materializar la pretensión legislativa de expresar un mayor reproche a conductas de superiores que impliquen un abuso de poder o de facultades.

b) Ejercicio abusivo de autoridad o poder al perpetrar el hecho

En este caso, la influencia del derecho comparado proviene del factor de “culpabilidad alta” de las *sentencing guidelines* consistente en el abuso de una posición de poder, confianza o responsabilidad (*abuse of position of power or trust or responsibility*¹⁶¹). En su variante de abuso de confianza este factor es equivalente a la agravante del artículo 12 N° 7 del Código Penal¹⁶², que se ha entendido concurrente cuando “se abusa de la confianza, de la existencia de un vínculo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito, en virtud del cual el segundo ha depositado su fe en el primero”¹⁶³, lo cual lleva al sujeto

¹⁵⁹ Véase nota al pie N°6.

¹⁶⁰ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 182 y 183

¹⁶¹ Sentencing Council. (2014). Fraud, Bribery and Money Laundering Offences Definitive Guideline. p. 6, 14, 20, 28, 36 y 42.

¹⁶² Art. 12 N.º 7 CP: “Son circunstancias agravantes: (...) 7.º Cometer el delito con abuso de confianza.”

¹⁶³ Künsemüller, Carlos. (2021). Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 115

pasivo a guardar “cierta esperanza en que por sus condiciones personales le guardará lealtad [el sujeto activo]”.¹⁶⁴

A diferencia de las *sentencing guidelines*, la LDE no contempla expresamente esta variante de abuso de confianza, limitándose al concepto de abuso de poder o autoridad como hipótesis paradigmática de las relaciones humanas en contextos empresariales y administrativos complejos. Ello no obsta, sin embargo, a que ciertos casos de abuso de vínculos fiduciarios puedan caber dentro del presupuesto de abuso de poder o autoridad, como sería el caso del delito de administración desleal¹⁶⁵ donde el sujeto activo ocupa una posición de confianza respecto de otro (en tanto tiene “a su cargo la salvaguardia o la gestión” de su patrimonio) y, al mismo tiempo, ejerce abusivamente poder (“facultades”) para disponer del patrimonio, causándole perjuicio. Esta posibilidad se funda en la amplitud de los conceptos de “poder” y “autoridad” que, como veremos, ha previsto el legislador.

Por otro lado, esta hipótesis de la agravante simple de culpabilidad elevada guarda cierta similitud con la hipótesis recién vista acerca de la participación activa desde una posición intermedia. Ambos supuestos aluden a situaciones donde se ejerce algún tipo de poder para perpetrar el hecho. De ahí que nazca el desafío de diferenciarlas de la manera más clara posible. Una propuesta interpretativa consiste en entender que la hipótesis de la letra a) hace alusión a un tipo específico y preciso de poder: el poder de mando. Como vimos anteriormente, este concepto está íntimamente ligado al poder intraorganizacional derivado directamente de facultades de impartir instrucciones imperativas desde una posición jerárquica calificada al interior de una organización.

Por otro lado, la hipótesis que ahora comentamos tendría por supuesto un tipo de poder no especificado y más bien amplio. Se trataría de poder “extraorganizacional” cuyas fuentes “no están calificadas y solo se definen por su efecto y el carácter abusivo”, ejemplificándose con casos como “la dependencia económica de la empresa respecto a un cliente o proveedor, la capacidad de influencia en otros sujetos con poder intraorganizacional, el poder regulatorio (si no implica abuso de autoridad), el poder vinculado a una posición gremial, etc.”¹⁶⁶

¹⁶⁴ Cury, Enrique. (2009). Derecho Penal. Parte General. Santiago: Ediciones UC. p. 501

¹⁶⁵ Art. 470 N.º 11 inc. 1º CP: “Las penas privativas de libertad del art. 467 se aplicarán también: (...) 11. Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.”

¹⁶⁶ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 241

En nuestra opinión, al usarse únicamente la palabra “poder” sin calificativo alguno, se puede afirmar que el legislador ha preferido atender a una amplia variedad de hipótesis de ejercicio de poder, formal e informal, no necesariamente ligadas a situaciones de poder de mando derivadas de posiciones jerárquicas organizacionales elevadas. Ello puede llevar a pensar en situaciones como la de integrantes de asociaciones, fundaciones, gremios profesionales o, en general, agrupaciones de personas, que otorguen poder o capacidad de influir en distintos asuntos.

Cuestión análoga se puede concluir del concepto de “autoridad” que utiliza la letra b) del artículo 15. En esta variante podemos observar la cercanía conceptual con la agravante contemplada en el artículo 12 N° 8 del Código Penal que refiere a la circunstancia de prevalerse del carácter público que tenga el culpable. Esta consiste en “aprovechar el sujeto activo su carácter de funcionario público para cometer el delito o ejecutarlo en condiciones más favorables o para procurar su impunidad”¹⁶⁷ y estaría fundamentada en un aumento del reproche por “valerse del carácter público para facilitar la perpetración del delito, limitando las posibilidades de defensa de la víctima, además de valerse de la confianza pública”.¹⁶⁸ Parte de la doctrina entiende así que esta agravante del Código Penal está limitada aquellos condenados que tienen el carácter formal de funcionario público.

En la hipótesis que comentamos, empero, pareciera ser que el legislador quiso plasmar un concepto amplio de poder público (se limitó a la palabra “autoridad”, sin utilizar siquiera el vocablo “público”), no necesariamente derivado de un poder de mando al interior de un órgano del Estado y menos de alguna de las posiciones superiores previstas en el número 1 del artículo 251 quinquies del Código Penal. Si bien esta autoridad pública generalmente derivará de un cargo o función pública encasillable dentro del concepto amplio del artículo 260 del Código Penal¹⁶⁹, nada obliga a que así sea. Nos parece que lo relevante acá es la existencia de potestades o facultades -incluso sin poder de mando sobre otros en la organización- que mal utilizadas puedan facilitar la comisión de delitos.

¹⁶⁷ Künsemüller, Carlos. (2021). Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 118

¹⁶⁸ Ortiz, Luis y Arévalo, Javier. (2013). Las consecuencias jurídicas del delito. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 397.

¹⁶⁹ Art. 260: “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.”

Abona a esta conclusión el hecho de que, incluso en lo relativo a la agravante del Código Penal de prevalecerse del carácter público, parte de la doctrina haya entendido que “carácter público” debe entenderse como un concepto más amplio que aquel del artículo 260 ya que “es necesario otorgarle un alcance más de acuerdo con el tiempo porque la actividad del Estado –y por ende de sus personeros y dependientes– tiende a reducirse en pro del incremento de la actividad particular, la que está abordando funciones de innegable trascendencia e importancia pública (un presidente de partido político, un dirigente de una asociación de empresarios o de asalariados, son cargos de ‘carácter público’ que deben quedar comprendidos en la agravante). De consiguiente, esta noción ha de apreciarse en cada caso, conforme a las circunstancias concurrentes”.¹⁷⁰

Por último, al igual que expusimos respecto a la perpetración activa en posición intermedia, el poder o la autoridad debe ejercerse abusivamente al perpetrar el hecho. La mera circunstancia de detentar poder o autoridad no es suficiente para concebir la agravante, sino que se deben ejercer esas facultades con fines ilícitos, esto es, para cometer el delito o facilitar su perpetración.

c) Reincidencia específica por delitos económicos

La letra c) del numeral primero del artículo 15 de la LDE considera que la culpabilidad del condenado es elevada cuando “había sido sancionado anteriormente por perpetrar un delito económico”. De inmediato llama la atención la subsistencia de este presupuesto después de que se suprimiera la atenuante de irreprochable conducta anterior¹⁷¹, especialmente porque se ha afirmado que “esta agravante es una contrapartida de la atenuante que consiste en tener una conducta anterior irreprochable”.¹⁷²

Como expresión específica de la institución de la *reincidencia*, conviene referirse a la regulación que esta recibe en el Código Penal. En doctrina hay acuerdo en que la reincidencia ha sido recogida en nuestro ordenamiento como una “agravante específica para todos los condenados por un crimen o simple delito cometido con posterioridad a una condena anterior” y que la regulación actual “no exige el cumplimiento de la condena anterior, por lo que su fundamento debe remitirse a la prognosis de peligrosidad que supone la nueva condena”¹⁷³, cuestión esta última que haría perder vigencia al

¹⁷⁰ Garrido, Mario. (2010). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 210 y 211

¹⁷¹ Véase p. 30

¹⁷² Garrido, Mario. (2010). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 208

¹⁷³ Matus, J., & Ramírez, M. (2021). Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 634

fundamento tradicional de la agravante de reincidencia, a saber: “la experiencia de la cárcel”¹⁷⁴ y la “insuficiencia de la sanción penal”¹⁷⁵ que la comisión posterior de otro delito revela.

Como apunta Künsemüller¹⁷⁶, la visión dominante en la doctrina nacional y comparada es crítica de la reincidencia como circunstancia agravante, aludiéndose a que supone instaurar un derecho penal de autor y que es contraria al principio de culpabilidad y de *ne bis in idem*. Así, paradigmática es la opinión de Cury (que conviene citar *in extenso*) para quien la reincidencia, como agravante, “no es sino un cuerpo extraño en el derecho penal de culpabilidad, sin otro fundamento que una serie de prejuicios y malentendidos más o menos reconocidos por la mayoría de la literatura contemporánea. Tras ella, en efecto, parece ocultarse una confianza candorosa en la eficacia preventiva de las amenazas penales, con arreglo a la cual, si se conmina una pena más severa en contra del reconvicto, se detendrá con alguna certeza a quien ya sufrió una sanción punitiva y se propone delinquir por segunda vez. Que esto no es así ya se ha discutido antes. Asimismo, la agravante enmascara un propósito disimulado de atribuir a la pena finalidades vindicativas que, si bien muchos creen poder encontrar en su origen, nadie suscribirá actualmente”.¹⁷⁷

En igual dirección apunta Garrido, para quien la moderna tendencia insiste en su eliminación “porque tal instituto no concuerda con los principios que inspiran las actuales formas de reacción del Estado ante los comportamientos injustos” y que “podría atentar al principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución Política en el art. 19 N° 2, toda vez que a iguales hechos se impondrían sanciones distintas, por la sola circunstancia de que una persona ha cometido delitos con anterioridad, o sea se toman en cuenta antecedentes ajenos a los que motivan la sanción y sin atinencia con la culpabilidad”.¹⁷⁸

A pesar de la tendencia doctrinaria, la agravante “subsiste en diferentes formas en todo el derecho occidental: en España, la reincidencia subsiste como agravante en el art. 22.8.ª CP 1995; en Alemania, es fundamento para la imposición de la medida de seguridad de internamiento indefinido del §§ 66 StGB; y en Estados Unidos, como agravante en los lineamientos de sentencia y fundamento para

¹⁷⁴ Künsemüller, Carlos. (2021). Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 140

¹⁷⁵ Etcheberry, Alfredo. (1998). Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 30.

¹⁷⁶ Künsemüller, Carlos. (2021). Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 157 y ss. Con referencias a varios autores, algunos de los cuales citamos.

¹⁷⁷ Cury, Enrique. (2009). Derecho Penal. Parte General. Santiago: Ediciones UC. p. 507

¹⁷⁸ Garrido, Mario. (2010). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 207

la regla de los tres *strikes* y afuera, que impone penas superiores a los veinte años al tercer delito, adoptada en la mayor parte de los Estados y en el sistema federal”.¹⁷⁹

En las *sentencing guidelines* de Inglaterra y Gales, cuya influencia en la LDE hemos remarcado en diversas ocasiones, la reincidencia opera en el segundo paso de *sentencing* y, por ende, tiene menor incidencia en la determinación de la pena que los factores de culpabilidad y perjuicio citados a lo largo de este trabajo. La sección 65 del *Sentencing Act 2020* regula esta parte de las *guidelines* estableciendo que se aplica cuando un tribunal está considerando la gravedad de un delito cometido por un delincuente que tiene una o más condenas previas relevantes; el tribunal debe tratar como factor agravante cada condena previa relevante que considere que puede ser razonablemente tratada así, teniendo en cuenta en particular: (a) la naturaleza del delito al que se refiere la condena y su relevancia para el delito actual, y (b) el tiempo transcurrido desde la condena; y que cuando el tribunal considere una condena anterior relevante como un factor agravante en virtud del apartado, deberá declarar en audiencia pública que el delito está agravado.

De todo lo anteriormente dicho resalta la inconveniencia de haber incluido a la reincidencia como factor agravante¹⁸⁰ y, más aún, como presupuesto de la culpabilidad. Percibimos que su inclusión solo obedece a la inercia de la regulación del Código Penal y a factores políticos y simbólicos asociados a la necesidad de responder ante la opinión pública, donde la agravación resultante de la reincidencia se da por supuesta. Estimamos que tales limitaciones prácticas y políticas podrían haber sido enfrentadas regulando a la reincidencia de un modo similar a las *sentencing guidelines* británicas, esto es, haciendo de su incidencia agravatoria una facultad, y no una obligación para el tribunal¹⁸¹, y flexibilizando la magnitud de dicha incidencia mediante los criterios de relevancia para el delito actual¹⁸² y el tiempo transcurrido desde la condena.¹⁸³

¹⁷⁹ Matus, J., & Ramírez, M. (2021). Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 635

¹⁸⁰ Aunque se puede rescatar un aspecto positivo de esta regulación y es que, como apunta el profesor Schürmann, la inclusión de la reincidencia también puede ser vista como respondiendo a la necesidad de incidir por esta vía en la forma de cumplimiento de la pena. La reincidencia del condenado incidía, y sigue ocurriendo, para las penas sustitutivas de la Ley 18.216, y la LDE altera dichos efectos, sin imponer una consecuencia obligatoria de condena efectiva al reincidente, al poder operar otras atenuantes que compensen la agravante de reincidencia, por ejemplo.

¹⁸¹ Ya hemos visto cómo, en la práctica judicial, la reincidencia opera automáticamente por la sola existencia de condenas anteriores en el extracto de filiación y antecedentes del condenado. Ello sin perjuicio de la “prescripción” de las condenas previas en concordancia con el artículo 104 del Código Penal.

¹⁸² Nos parece que la exigencia de que se trate de una reincidencia específica por delitos “económicos” puede llevar a equívocos: la LDE considera como “económicos” a una multitud de tipos penales que en algunos casos obedecen a bienes jurídicos y modos comisivos enteramente divergentes entre sí.

¹⁸³ Esto sin perjuicio de estimar aplicable a la LDE el artículo 104 del Código Penal.

Por otro lado, y mas allá de la multiplicidad de críticas, también existe consenso en que el Código Penal chileno regula la agravante de reincidencia mediante tres disposiciones distintas: los números 14, 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal¹⁸⁴. El numeral 14¹⁸⁵ establece la reincidencia ficta o impropia, el número 15¹⁸⁶ la reincidencia genérica y el número 16¹⁸⁷ la reincidencia específica. El presupuesto de la LDE que ahora comentamos consagra un caso de reincidencia específica en cuanto se exige la concurrencia de delitos semejantes¹⁸⁸: delitos económicos.

Llama la atención, sin embargo, el uso de la palabra “sancionado” que utiliza el presupuesto en comentario. Esta expresión puede dar pie a dos discusiones interpretativas distintas. Primero, sobre la relevancia de la sanción no penal previa (típicamente administrativa). Como la LDE no exige expresamente que el sujeto haya sido “condenado penalmente” por un delito económico, se puede aventurar la posibilidad de considerar reincidente al condenado que previamente fue sancionado en sede no penal por un hecho que satisface las características típicas de un delito económico. Wilenmann y Bascuñán¹⁸⁹ ofrecen el ejemplo del condenado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) por realizar el ilícito monopólico de colusión, tipificado como delito en el artículo 62 del Decreto Ley 211 y categorizado como delito económico de primera categoría según el número 4 del artículo primero de la LDE.

La interrogante se resuelve, sin embargo, al considerar que el condenado debe haber sido sancionado anteriormente por “perpetrar un delito” económico y solo los tribunales con competencia penal pueden “sancionar” y declarar la responsabilidad derivada de la comisión de un delito, por lo que el sancionado por el TDLC como perpetrador del ilícito anticompetitivo de colusión de la letra a) del artículo 3 del DL 211 en realidad no ha sido sancionado por cometer delito alguno.

Más interesante es la discusión relativa a si el presupuesto en cuestión incluye hipótesis de reincidencia impropia o ficta, esto es, casos donde la condena previa no ha sido cumplida efectivamente

¹⁸⁴ Así, Matus, J., & Ramírez, M. (2021). Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 634 y ss.; Künsemüller, Carlos. (2021). Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 139 y ss.; Etcheberry, Alfredo. (1998). Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 30 y ss; entre otros.

¹⁸⁵ 14.º Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento.

¹⁸⁶ 15.º Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena.

¹⁸⁷ 16.º Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie.

¹⁸⁸ Künsemüller, Carlos. (2021). Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 149

¹⁸⁹ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 243

por rebeldía o por haberse concedido una medida alternativa o pena sustitutiva.¹⁹⁰ La pregunta deriva de una discusión, ya superada, donde se entendía que las agravantes de los números 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal solo eran aplicables a los casos donde el condenado efectivamente había cumplido la pena.

Ante esa constatación se introdujo la Ley N.º 20.253 de 14 de marzo de 2008 que “implicaba el hacer operar las agravantes de los Nros. 15 y 16 del art. 12 desde que la sentencia quede ejecutoriada, independientemente del cumplimiento de la pena”, impulsándose por el Ministerio Público la modificación de dichas agravantes “a fin de evitar la interpretación jurisprudencial y doctrinaria en el sentido que por no haber cumplido el sentenciado la pena anterior, por rebeldía o habersele concedido una medida alternativa no sería procedente la agravante”.¹⁹¹ En efecto, en el número 15 se reemplazó la palabra “castigado” por “condenado” para dar cuenta de que basta con la existencia de condena, sin que tenga relevancia la forma que adquiriera el cumplimiento de la pena o que siquiera se cumpla.

De ahí que vuelva a surgir la interrogante, pero esta vez a propósito de la expresión sinónima “sancionado”, que podría dar lugar a la idea que el condenado debe haber efectivamente cumplido la pena impuesta por la comisión del delito económico anterior. No vislumbramos razones para no haber utilizado la expresión “condenado”, especialmente considerando la efectividad que el cambio legislativo de la Ley 20.253 tuvo en la interpretación jurisprudencial y dogmática de las agravantes del Código Penal. Probablemente no haya sido la finalidad perseguida por el legislador pero, por deficiente técnica legislativa, no podemos descartar que se alce nuevamente esta discusión en la aplicación de la LDE.

d) Agravantes tributarias

El cuarto y último presupuesto de la circunstancia agravante simple de culpabilidad elevada se refiere al condenado por un delito tributario que se encuentra en alguna de las situaciones de los incisos segundo y tercero del artículo 111 del Código Tributario. Estas disposiciones establecen que “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” (inciso segundo); y que “el delincuente teniendo la calidad de productor, no

¹⁹⁰ Künsemüller, Carlos. (2021). Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 146

¹⁹¹ Künsemüller, Carlos. (2021). Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 146

haya emitido facturas, facilitando de este modo la evasión tributaria de otros contribuyentes” (inciso tercero).

Este presupuesto constituye una nueva remisión de la LDE al artículo 111 del Código Tributario, al igual que sucede con el segundo presupuesto de la atenuante muy calificada de cuantía bagatelaria del hecho que se refiere a las atenuantes que establece el inciso primero del artículo 111, esto es, que los delitos tributarios no hayan causado un perjuicio fiscal o se haya pagado el impuesto debido con intereses y multas.

Esta vez la LDE se refiere a las agravantes especiales del ámbito tributario cuya inclusión se produjo durante la tramitación del proyecto de ley, a instancias del Servicio de Impuestos Internos, con el objeto de reconocer la “peculiaridad tributaria en la determinación de la pena respecto de esta clase de delitos” y “evitar establecer un régimen más beneficioso para algunos condenados en este ámbito, como consecuencia de la falta de coherencia histórica de la legislación”.¹⁹²

La remisión a los incisos segundo y tercero del artículo 111 del Código Tributario supone referirse a dos agravantes distintas, una por cada inciso. La agravante del inciso segundo se funda en el modo de comisión del delito tributario y su tenor literal indica que “se trata de una sola agravante, que se puede configurar de tres formas diversas y que por tanto sólo opera una vez, independientemente de que se verifiquen en la especie dos o los tres supuestos alternativos”.¹⁹³

La primera forma de configurar la agravante consiste en la utilización de “asesoría tributaria” para la comisión del hecho punible, la cual comprende “toda forma de asesoramiento en materia impositiva, siempre que tal asesoramiento sea prestado en forma profesional, en el marco de un contrato de prestación de servicios y en el contexto de la comisión del delito en cuestión”¹⁹⁴, añadiéndose que la asesoría tributaria debe ser “especialmente buscada y entregada para cometer el delito, sin que sea suficiente la asesoría tributaria normal que, a todo contribuyente, prestan los contadores al confeccionar sus declaraciones y/o balances”.¹⁹⁵

¹⁹² Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 579 y 580.

¹⁹³ Van Weezel, Alex. (2007). Delitos Tributarios. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 99. Citando también una sentencia que así lo entiende.

¹⁹⁴ Van Weezel, Alex. (2007). Delitos Tributarios. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 99.

¹⁹⁵ Matus, Marcelo y Pérez, Abundio. (2023). Manual de Código Tributario. Decimotercera edición. Santiago: Thomson Reuters. p. 419

La segunda conducta constitutiva de la agravante refiere a la utilización de documentación falsa, fraudulenta o adulterada en la comisión del hecho punible. Siguiendo a van Weezel, se trata de una hipótesis genérica aplicable a todos los delitos tributarios y que “no ha de confundirse con la norma contenida en el inciso 4º del Art. 97 N°4 CT, aplicable sólo a las figuras del Art. 97 N°4 CT”.¹⁹⁶ El referido inciso estipula que “si, como medio para cometer los delitos previstos en los incisos anteriores, se hubiere hecho uso malicioso de facturas u otros documentos falsos, fraudulentos o adulterados, se aplicará la pena mayor asignada al delito más grave”, discutiéndose su naturaleza jurídica entre quienes la ven como una norma concursal con efectos análogos al artículo 75 del Código Penal¹⁹⁷ y quienes ven en ella una verdadera circunstancia agravante especial, pero distinta de aquella del artículo 111 del Código Tributario¹⁹⁸, posición que ha adoptado Corte Suprema.¹⁹⁹ Según esta posición, los supuestos contenidos en las normas del artículo 111 y 97 N°4 preverían una agravación de la pena “en atención a que ellos demuestran una mayor conciencia de la ilicitud de la conducta del agente”.²⁰⁰

En la jurisprudencia de nuestros tribunales el inciso 4º del artículo 97 N°4 del Código Tributario y la agravante del inciso 2º del artículo 111 suelen tratarse ambas como circunstancias agravantes y, en consecuencia, frecuentes son los casos donde se estiman inaplicables por la prohibición de doble valoración del artículo 63 del Código Penal. Así, por ejemplo, se ha fallado que, en el caso de condena por el delito del inciso 2º del artículo 97 N°4²⁰¹, la solicitud de aplicación de las agravantes del artículo 97 N°4 inciso 4º y 111 inciso 2º primera parte, ambas del Código Tributario, “obedecen al mismo sustrato fáctico, esto es, la utilización, en este caso, de documentos falsos”, no resulta procedente “atendido lo dispuesto en el art. 63 del CP, por cuanto las conductas realizadas por el encausado S.M.P. fueron perpetradas mediante la utilización de facturas falsas que se incorporaron a su contabilidad, aumentando el monto del crédito fiscal que tenía derecho a impetrar el contribuyente, resultando de esa manera,

¹⁹⁶ Van Weezel, Alex. (2007). *Delitos Tributarios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 100

¹⁹⁷ Art. 75 CP: “La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En estos casos solo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave.”

¹⁹⁸ Para un análisis detallado de la discusión y una propuesta de superación del problema, véase Van Weezel, Alex. (2007). *Delitos Tributarios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 104 y ss.

¹⁹⁹ Massone, Pedro. (2010). *Infracciones Tributarias*. Santiago: Abeledo Perrot LegalPublishing. p. 156

²⁰⁰ Massone, Pedro. (2010). *Infracciones Tributarias*. Santiago: Abeledo Perrot LegalPublishing. p. 151

²⁰¹ Art. 97 N°4 inciso 2º CT: “Los contribuyentes afectos al Impuesto a las Ventas y Servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente cualquiera maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y con multa del cien por ciento al trescientos por ciento de lo defraudado.”

inherentes al tipo penal contemplado en la ley, quedando entonces vedada su aplicación en tanto circunstancias agravantes de responsabilidad penal”.²⁰²

La tercera forma de configurar la agravante del inciso segundo del artículo 111 del Código Tributario consiste en que el condenado se haya concertado con otros para realizar el delito. Esta exigencia de concertación no debe confundirse con la concertación relevante para algunas hipótesis de intervención delictiva, bastando que “exista concierto del contribuyente con otros sujetos en orden a la comisión del hecho, independientemente de que tales sujetos lleguen a realizar otros aportes a la configuración del hecho típico”.²⁰³ Acá también pueden surgir problemas de doble valoración, particularmente en tipos que supongan reunión o interacción entre personas.²⁰⁴

Por último, el inciso tercero del artículo 111 del Código Tributario contempla la agravante que consiste en que el condenado “teniendo la calidad de productor, no haya emitido facturas, facilitando de este modo la evasión tributaria de otros contribuyentes”. La calidad de productor no es definida por la ley, postulándose que se debe entender por tal a aquel contribuyente que se encuentra “aguas arriba” en la cadena comercial y que agrega valor al objeto transado.²⁰⁵ Además, en virtud del principio del hecho la agravante solo es aplicable en los casos donde la omisión de emitir facturas puede encasillarse dentro del contexto de comisión del delito por el que se ha condenado.²⁰⁶

ii) Perjuicio o beneficio relevante

La segunda circunstancia agravante simple consiste en que el hecho haya ocasionado un perjuicio o reportado un beneficio relevante. Manteniendo el criterio numérico, se tiene que el perjuicio

²⁰² Sentencia TOP Curicó ROL N°46-2004, citada por Pedro Massone, quien a su vez es citado en García, Jaime y Ugalde, Rodrigo. (2011). Curso sobre delitos e infracciones tributarias. Santiago: LegalPublishing. p. 235

²⁰³ Van Weezel, Alex. (2007). Delitos Tributarios. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 102.

²⁰⁴ Así, por ejemplo, respecto al inciso final del artículo 97 N.º 4 que prescribe: “El que maliciosamente confeccione, venda o facilite, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas, falsas, con o sin timbre del Servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en este número, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y con una multa de hasta 40 unidades tributarias anuales” a cuyo respecto se ha fallado que ya comprende el hecho de la concurrencia de otras personas, particularmente por el verbo rector “facilitar”. Véase SCA de Santiago de 26 de agosto de 2016 causal ROL N°2701-2016.

²⁰⁵ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 248

²⁰⁶ Van Weezel, Alex. (2007). Delitos Tributarios. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 103

o beneficio es “relevante” cuando es mayor a las 400 unidades tributarias mensuales y no supera las 40 mil.

Lo primero que llama la atención de esta agravante es que considera también el “beneficio” obtenido a partir de la perpetración del hecho. Ello contrasta con la regulación de las atenuantes, tanto simples como muy calificadas, donde no se hace mención expresa a la cuantía del beneficio sino únicamente al perjuicio. Estimamos que en la mayoría de los casos esto no debería generar mayores efectos prácticos en tanto el beneficio y el perjuicio tienden a ser “dos caras de una misma moneda”, esto es, el perjuicio de determinada cuantía frecuentemente significa un beneficio correlativo de esa misma cuantía.

Sin embargo, pueden darse casos donde únicamente exista un perjuicio sin beneficio correlativo, o que sean de cuantías divergentes, o que el beneficio sea más difícil de probar que el perjuicio, o viceversa. Es precisamente bajo estos supuestos que debe entenderse la referencia expresa al “beneficio” como elemento a considerar, de manera de ampliar el rango de acción y “darle mayor aplicabilidad a la agravante”.²⁰⁷

Otro aspecto relevante de la regulación de esta agravante consiste en la cláusula de exclusión de su aplicabilidad cuando concurra “alguno de los casos de la circunstancia 2ª del artículo 16”.²⁰⁸ En esta última se regulan los supuestos de la agravante muy calificada de perjuicio muy elevado. La referencia a su letra a) es redundante en cuanto los criterios numéricos son mutuamente excluyentes. Otra cosa sucede con la referencia a las letras b) c) y d) que, como veremos, contienen criterios cualitativos para determinar cuándo el perjuicio debe ser tenido como muy elevado. En consecuencia, por expresa disposición de la ley, la concurrencia de cualquiera de estos supuestos no permite considerar que existe un perjuicio o beneficio “relevante”, debiendo tenerse en su lugar que aquel es “muy elevado”.

II. Agravantes muy calificadas.

²⁰⁷ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 108

²⁰⁸ Art. 16 N.º 2 LDE: “2.ª Que el hecho haya ocasionado un perjuicio muy elevado. Se entenderá que ello tiene lugar en las siguientes circunstancias: a) Cuando el hecho haya ocasionado perjuicio a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que en total supere las 40.000 unidades tributarias mensuales, o haya reportado un beneficio de esta cuantía. b) Cuando el hecho haya afectado el suministro de bienes de primera necesidad o de consumo masivo. c) Cuando el hecho haya afectado abusivamente a individuos que pertenecen a un grupo vulnerable. d) Cuando concurrieren las circunstancias previstas en el número 2º del artículo 251 quinquies o en el artículo 260 ter del Código Penal.”

Las agravantes muy calificadas están contenidas en el artículo 16 de la LDE, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 16.- Agravantes muy calificadas. Son circunstancias agravantes muy calificadas de un delito económico las siguientes:

1.ª La culpabilidad muy elevada del condenado, establecida siempre que concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

a) El condenado participó activamente en una posición jerárquica superior en la organización en la que se perpetró el delito.

Tratándose de organizaciones privadas o de empresas o universidades del Estado, se entenderá que el condenado se encuentra en una posición jerárquica superior en la organización cuando ejerza como gerente general o miembro del órgano superior de administración, o como jefe de una unidad o división, sólo 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 el caso de los delitos a los que se refiere el artículo 1, esta agravante sólo será aplicable respecto de quienes intervinieren en el hecho en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa cuyos ingresos anuales sean iguales o superiores a los de una mediana empresa conforme al artículo segundo de la ley N° 20.416, o cuando lo fuere en beneficio económico o de otra naturaleza de una empresa que tenga esa condición.

Tratándose de organizaciones públicas, se entenderá que el condenado se encuentra en una posición jerárquica superior cuando se encontrare en alguna de las situaciones previstas en el número 1º del artículo 251 quinquies del Código Penal, aunque no haya sido condenado por alguno de los delitos allí mencionados.

b) El condenado ejerció presión sobre sus subordinados en la organización para que colaboraran en la perpetración del delito.

2.ª Que el hecho haya ocasionado un perjuicio muy elevado. Se entenderá que ello tiene lugar en las siguientes circunstancias:

a) Cuando el hecho haya ocasionado perjuicio a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que en total supere las 40.000 unidades tributarias mensuales, o haya reportado un beneficio de esta cuantía.

b) Cuando el hecho haya afectado el suministro de bienes de primera necesidad o de consumo masivo.

c) Cuando el hecho haya afectado abusivamente a individuos que pertenecen a un grupo vulnerable.

d) Cuando concurrieren las circunstancias previstas en el número 2º del artículo 251 quinquies o en el artículo 260 ter del Código Penal.

i) Culpabilidad muy elevada

La primera circunstancia agravante muy calificada es la culpabilidad muy elevada del condenado. La LDE contempla dos supuestos para estimar que concurre esta agravante y ambos se relacionan, de alguna u otra forma, con circunstancias tratadas previamente, por lo que al analizarlos se deben tener en consideración los comentarios respectivos. Adicionalmente, en la letra a) se define el concepto de “posición jerárquica superior”, lo que tiene relevancia para distintos presupuestos de circunstancias, incluidos aquellos que contemplan como elemento a la “posición intermedia” en tanto esta se define por referencia y oposición a la posición superior.

a) Participación activa desde una posición jerárquica superior en la organización

Entre esta hipótesis de la culpabilidad muy elevada y aquella del hechor en posición intermedia (como supuesto de agravante simple de culpabilidad elevada) solo existe una diferencia de magnitud o de grado. Así, el presupuesto reafirma la premisa de la LDE ya expuesta: se considera que las posiciones jerárquicas superiores dentro de la organización detentan más poder y facultades, lo que demanda mayores responsabilidades y, en último término, puede justificar un mayor reproche por utilizar la posición para la comisión de delitos. En el caso específico que comentamos la posición jerárquica es la más elevada y consecuentemente el reproche es máximo, lo que se concreta en una agravante muy calificada.

Además, y al igual que el artículo 15 define qué debe entenderse por “posición intermedia”, el artículo 16 define el concepto de “posición jerárquica superior”, lo que tiene efectos también para diferenciar ambas posiciones.²⁰⁹ Coherente con lo anterior, acá la definición del concepto igualmente se distingue según el tipo de organización.

En el caso de las organizaciones privadas y empresas y universidades del Estado la definición se estructura por referencia, principalmente, a conceptos del derecho societario y comercial. Así, se encuentran en una posición jerárquica superior: el gerente general o miembro del órgano superior de administración; el jefe de una unidad o división solo subordinado al órgano superior de administración; el director; el socio administrador; y el accionista o socio con poder de influir en la administración.

²⁰⁹ Acá debemos recordar que la letra a) del art. 15 N°1 define “posición intermedia” mediante un elemento positivo y uno negativo. El positivo consiste en el ejercicio de un “poder relevante de mando”, mientras que el elemento negativo consiste, precisamente, en que el sujeto no se encuentre en una “posición jerárquica superior”.

La amplia gama de conceptos utilizados refleja la aplicabilidad de la norma a todo tipo de organizaciones independientemente de su estructura jurídica o tipo societario. La inclusión del “miembro del órgano superior de administración” así lo demuestra, en tanto pretende abarcar a cualquier cargo o posición que suponga ser la máxima autoridad en el quehacer diario de la organización, sin restringirse a una forma de organización en específico, como lo es paradigmáticamente el directorio de una sociedad anónima.

Particularmente amplia también es la referencia al “jefe de una unidad o división solo subordinado al órgano superior de administración”, que -especialmente en grandes empresas organizadas en varios departamentos o secciones- abarca posiciones tales como la del gerente de finanzas, gerente de recursos humanos, gerente legal o fiscal, gerente comercial, gerente de operaciones y otros afines; mientras que en organizaciones no empresariales comprende cargos como decanos y vicerrectores (universidades) y directores de división y jefes de secciones (en fundaciones o asociaciones).²¹⁰

Como se puede observar, se trata de personas que detentan los más altos cargos al interior de las organizaciones, con las mayores facultades y poderes y con las más amplias posibilidades de afectar bienes jurídicos en el desempeño de sus cargos. Tal circunstancia de mayor poder al interior de una organización justifica un mayor reproche si la posición se utiliza para cometer delitos, especialmente por el mayor potencial de daño que el abuso de tales posiciones implica. Bascuñán y Wilenmann, citando a Wheeler y Rothman²¹¹, exponen que existe una “fuerte correlación entre la presencia de un delito de connotaciones organizacionales y el nivel de daño que puede implicar el delito, y esa relación aumenta cuando la intervención tiene lugar desde posiciones más altas en la organización. Una persona puede estafar a varios individuos; desde una organización es posible estafar a cientos de miles. Un departamento de ventas discreto puede defraudar tal vez a cientos de clientes; una política dirigida desde arriba puede servir para que eso alcance a cientos de miles o millones”.²¹²

Estimamos que con la definición contenida en la ley, determinar si cierta persona ocupa una posición jerárquica “superior” será un asunto medianamente simple de dilucidar. En otros casos, la cuestión podría ser más esquiva, debiendo descansar su determinación en base a prueba que apunte a la

²¹⁰ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 256

²¹¹ Rothman, Mitchell Lewis y Wheeler, Stanton. (1982). The Organization as Weapon in White-Collar Crime. Michigan Law Review, 80(7), 1403-1426.

²¹² Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 254

detentación de un abanico de poderes y facultades de dirección y administración, que sitúen a la persona en la parte más alta de la estructura jerárquica organizacional más allá del mero título o descripción formal del cargo.

Luego de definir qué debe entenderse por posición jerárquica superior en las organizaciones privadas y en las empresas y universidades del Estado, la LDE contiene una cláusula de exclusión de este presupuesto²¹³, con referencia a los delitos económicos de primera categoría (delitos económicos “absolutos”). En virtud de ella, el presupuesto de culpabilidad muy elevada que comentamos solo será aplicable respecto de los delitos de primera categoría cuando los mismos sean cometidos al interior o en beneficio de una mediana o gran empresa. Esta cláusula resulta necesaria porque el artículo 6 de la LDE solo excluye la aplicabilidad de las atenuantes y agravantes de la ley en los casos de los delitos económicos de segunda y tercera categoría, y los delitos económicos accesorios de los números dos y tres del artículo 4, cuando sean cometidos al interior o en beneficio de micro y pequeñas empresas.

En otros términos, la regla general es que la condena por un delito económico de primera categoría hace aplicable todas las atenuantes y agravantes de la LDE, independientemente del tamaño de la empresa en cuyo seno o en cuyo beneficio se perpetró el delito. De ahí que el artículo 16 amplía el rango de exclusión²¹⁴ contenido en el artículo 6, pero específicamente respecto del presupuesto de posición jerárquica superior y los delitos económicos de primera categoría.

El fundamento de la regla es el mismo que se expuso cuando comentamos el artículo 15: la “precariedad organizacional” de las empresas de menor tamaño en tanto organizaciones de relativa baja complejidad, con estructuras jerárquicas más difusas y menos extensas, a lo que se agrega la ausencia (o, a lo menos, morigeración) del potencial de daño que el abuso de posiciones superiores en micro y pequeñas empresas conlleva. Ello lleva a la difuminación del fundamento de la actuación en posición jerárquica superior como expresiva de mayor reproche y, en definitiva, a que no se pueda agravar la pena del condenado por un delito económico absoluto cuando abusó de una posición superior en una micro o pequeña empresa.

²¹³ Art. 16 N°1 letra a) inc. 3°: “En el caso de los delitos a los que se refiere el artículo 1, esta agravante sólo será aplicable respecto de quienes intervinieren en el hecho en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa cuyos ingresos anuales sean iguales o superiores a los de una mediana empresa conforme al artículo segundo de la ley N° 20.416, o cuando lo fuere en beneficio económico o de otra naturaleza de una empresa que tenga esa condición.”

²¹⁴ Como vimos anteriormente, el artículo 15 cumple una función similar pero más ambiciosa: restringe la aplicabilidad del presupuesto de posición intermedia a solo los delitos cometidos en o en beneficio de una gran empresa, esto es, excluye también a las medianas empresas.

Por otro lado, tratándose de organizaciones públicas la LDE considera que se encuentran en una posición jerárquica superior aquellas personas listadas en el numeral primero del artículo 251 quinquies del Código Penal, esto es, el empleado público que desempeñe un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de éstos, o de alta dirección pública del primer nivel jerárquico; un fiscal del Ministerio Público; cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción; los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea; el General Director de Carabineros; y el Director General de la Policía de Investigaciones.

El listado es preciso, pero abarca a más personas de las que en principio se podría pensar. Así, no solo se incluye a personas electas por la ciudadanía (que en el caso de alcaldes y concejales supone un gran número de sujetos) sino que también a todos quienes ejercen un cargo de exclusiva confianza de aquellos. Aquí encontramos a los cargos de exclusiva confianza del Presidente de la República como los ministros de Estado, subsecretarios, delegados presidenciales regionales, delegados presidenciales provinciales²¹⁵, secretarios regionales ministeriales, jefes de división ministeriales, etc.²¹⁶ También encontramos cargos de exclusiva confianza de los alcaldes como el secretario comunal de planificación y el director de asesoría jurídica²¹⁷, así como el administrador regional²¹⁸ como funcionario de exclusiva confianza del Gobernador Regional, etc.

²¹⁵ Art. 32 N°7 Constitución Política de la República: “Artículo 32.- Son atribuciones especiales del Presidente de la República: (...) 7°.- Nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado, subsecretarios, delegados presidenciales regionales y delegados presidenciales provinciales.”

²¹⁶ Art. 7 Ley N.º 18.834: “Artículo 7°.- Serán cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento: a) Los cargos de la planta de la Presidencia de la República; b) En los Ministerios, los Secretarios Regionales Ministeriales y los Jefes de División o Jefaturas de niveles jerárquicos equivalentes o superiores a dichas jefaturas, existentes en la estructura ministerial, cualquiera sea su denominación; c) En los servicios públicos, los jefes superiores de los servicios, los subdirectores, los directores regionales o jefaturas de niveles jerárquicos equivalentes o superiores a dichas jefaturas, existentes en la estructura del servicio, cualquiera sea su denominación. Se exceptúan los rectores de las Instituciones de Educación Superior de carácter estatal, los que se regirán por la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, la Ley sobre Universidades del Estado y los estatutos orgánicos propios de cada Institución.”

²¹⁷ Art. 47 Ley N.º 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades: “Artículo 47.- Tendrán la calidad de funcionarios de exclusiva confianza del alcalde, las personas que sean designadas como titulares en los cargos de secretario comunal de planificación, y en aquellos que impliquen dirigir las unidades de asesoría jurídica, de salud y educación y demás incorporados a su gestión, y de desarrollo comunitario.”

²¹⁸ Art. 68 quáter inc. 2º Ley N.º 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional: “El administrador regional será un funcionario de la exclusiva confianza del gobernador regional y para su nombramiento requerirá contar con un título profesional o grado académico de una carrera de, a lo menos, ocho semestres de duración otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, y un mínimo de cinco años de experiencia profesional, sin perjuicio que rijan además, a su respecto, las causales de cesación de funciones aplicables al personal del servicio administrativo del gobierno regional.”

Adicionalmente, se contempla a todos quienes desempeñen un cargo de alta dirección pública del primer nivel jerárquico. El Sistema de Alta Dirección Pública (SADP) fue estatuido mediante el título sexto de la Ley N°19.882 del año 2003 y busca profesionalizar los organismos públicos, de diverso tipo, mediante el nombramiento objetivo y meritocrático de sus cargos superiores. Los órganos sometidos al SADP son varios y el primer nivel jerárquico dentro de ellos suele traducirse en la posición de jefe superior del servicio. Así, por ejemplo, son cargos de alta dirección pública del primer nivel jerárquico posiciones como la de director nacional del Servicio de Impuestos Internos (SII); director de la Unidad de Análisis Financiero (UAF); fiscal nacional económico de la Fiscalía Nacional Económica (FNE); director nacional del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC); superintendente de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA); entre otros.²¹⁹

El artículo 251 quinquies al que se remite la LDE fue introducido en el Código Penal por la Ley N.º 21.121²²⁰ y su función allí es excluir el mínimo o el grado mínimo de las penas de ciertas figuras de cohecho y exacciones ilegales²²¹ ante la concurrencia de algunas de las hipótesis contenidas en sus dos numerales. En ese contexto, el aumento de pena estaría fundamentado en que las hipótesis del artículo darían cuenta de cohechos graves o de amplio alcance, por lo cual “revisten mayor desvalor que los ilícitos cometidos por empleados públicos de menor jerarquía y, en consecuencia, ameritan la imposición de sanciones más severas”.²²²

La referencia aquí es específicamente al numeral primero que, como observamos, apunta a empleados públicos que se desempeñan como autoridades políticas o administrativas²²³, quedando el numeral segundo abarcado por una de las hipótesis de la agravante muy calificada de perjuicio muy elevado, que luego se analizará.

Un último aspecto relevante es la expresión “aunque no haya sido condenado por alguno de los delitos allí mencionados” del último inciso de la letra a) del artículo 16 N°1 que comentamos. Esta parte del articulado hace explícito que la restricción de aplicabilidad del artículo 251 quinquies del CP respecto a ciertas figuras de cohecho y de exacción ilegal, no opera en la LDE. Es decir, no es necesario que se

²¹⁹ Para un listado actualizado de los nombramientos vigentes del SADP, véase: https://lookerstudio.google.com/u/0/reporting/1YDzpv9dZnjQz_T9JeA6uTgM7GjpsFWZN/page/iDMd

²²⁰ Publicada el 20 de noviembre de 2018 “Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción”.

²²¹ Específicamente, los tipos de los artículos 241, 248, 248 bis y 249 del Código Penal.

²²² Ossandón, M.^a Magdalena y Rodríguez, Luis. (2021). Delitos contra la función pública. Tercera edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 414

²²³ Ossandón, M.^a Magdalena y Rodríguez, Luis. (2021). Delitos contra la función pública. Tercera edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 413

dicte condena por alguno de dichos delitos, bastando la condena por cualquier delito económico para estimar concurrente la agravante de posición jerárquica superior en organizaciones públicas.

Lo anterior no permite obviar, sin embargo, que el presupuesto analizado exige que el condenado haya participado activamente en una posición superior “en la organización en la que se perpetró el delito”. Luego, para hacer operativa la hipótesis respecto de las posiciones superiores del artículo 251 quinquies, debe existir un grado de vinculación entre la posición o cargo superior y el delito económico perpetrado, lo que se traducirá típicamente en una condena por un delito contra la función pública.²²⁴

La conclusión expuesta se ve reforzada por la exigencia de “participación activa” del artículo 16, la que debe ser interpretada de la misma forma que en el artículo 15 previamente comentado. Así, la conducta del sujeto en posición jerárquica superior debe consistir en un actuar particularmente intenso que dé cuenta de un abuso de la posición superior para cometer el delito, de manera de materializar la pretensión legislativa de expresar mayor reproche a conductas de superiores que impliquen un abuso de poder o de facultades. Ello implica valerse de la posición superior para cometer el delito, lo que naturalmente trae aparejado que, en la enorme mayoría de los casos, los hechos serán constitutivos (tratándose de posiciones superiores en organizaciones públicas) de delitos contra la función pública.

b) Ejercicio de presión sobre subordinados para la perpetración del delito

El segundo presupuesto de la agravante muy calificada de culpabilidad muy elevada encuentra un claro símil en el factor de alta culpabilidad de las *sentencing guidelines* consistente en el involucramiento de otros mediante presión o influencia (*involvement of others through pressure, influence*)²²⁵ y se refiere a la misma situación objeto de la letra c) del artículo 14 de la LDE sobre el presupuesto de culpabilidad muy disminuida del subordinado que actuó bajo presión, pero mirada esta vez desde el punto de vista del superior.

Así, en un caso donde se perpetra un delito económico por el subordinado y su superior, mediando presión, se podría aplicar una atenuante muy calificada (para el primero) y una agravante muy

²²⁴ Ello lleva a descartar la aplicación del supuesto en el caso, por ejemplo, de un General Director de Carabineros condenado por un delito de estafa cometido en el contexto de sus negocios personales, donde su posición jerárquica superior en la institución policial sería irrelevante.

²²⁵ Sentencing Council. (2014). *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences Definitive Guideline*. p. 6, 14, 20, 28, 36 y 42.

calificada (para el segundo). Esta situación de reflejo, donde las agravantes y las atenuantes pueden ser vistas como mutuas contraccaras, da forma a un aspecto central del sistema de circunstancias modificatorias de la LDE, esto es, hacerse cargo de problemas concretos del sistema de determinación de penas imperante en el Código Penal en lo que respecta a la criminalidad económica.

Se trata, en este caso, de “evitar un problema recurrente que se produce en las condenas por delitos económicos, a saber, generalmente, las personas que ejecutan materialmente las conductas están más abajo en la escala jerárquica, pero las que tienen más responsabilidad se encuentran en la parte superior, sin embargo, estas terminan siendo consideradas menos responsables, habiendo un menor reproche penal hacia ellas”.²²⁶ El presupuesto de culpabilidad muy elevada, entonces, intenta afrontar el problema aumentando la pena del superior que se valió de sus subordinados para perpetrar un delito económico.

En tanto este presupuesto se refiere a la misma situación de hecho que la hipótesis de culpabilidad muy disminuida del artículo 14 de la LDE, rigen plenamente varias de las consideraciones expuestas al tratar esta. Así, deben cumplirse para su configuración dos requisitos: la situación de subordinación y el ejercicio de presión. Si bien la LDE no entrega una definición de “situación de subordinación” recordamos acá que ella supone “la participación *de iure* o *de facto* en una cadena de mando al interior de una organización”²²⁷ y que se debería atender a cierto poder de mando, cierta capacidad de dictar órdenes o instrucciones obligatorias, de una persona sobre otra.

También debe recordarse la posibilidad de que sujetos en posiciones jerárquicas “intermedias” o “superiores” puedan ser objeto de presión. Particularmente relevante es la posición jerárquica superior que detenta el “jefe de una unidad o división solo subordinado al órgano superior de administración” donde al (o a los) miembro(s) del órgano superior de administración que ejerzan presión suficiente sobre el jefe de la unidad o división, se les puede aplicar la agravante muy calificada. Es posible, incluso, que al director o directores de una sociedad se le(s) aplique la circunstancia agravatoria por ejercer presión suficiente sobre el gerente general de la empresa, no obstante este ocupa también una posición jerárquica superior en la organización.

²²⁶ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 100

²²⁷ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 221

En lo que concierne al ejercicio de presión, su rango inferior o entidad mínima es el mismo que el visto al comentar la atenuante refleja, a saber, la presión ejercida debe ser suficiente como para constituir el principal motivo, sino el único, para cometer el delito. También debe ser específica en el sentido de estar dirigida a la comisión del hecho punible, excluyéndose presiones genéricas derivadas del cumplimiento de metas, plazos o de indicadores de desempeño, al interior de la organización.

Por otra parte, como consecuencia de que se trata ahora de agravar la pena del sujeto que ejerció presión, no es relevante que esta última tenga una magnitud exculpatoria respecto del subordinado. Dicho de otro modo, a diferencia del presupuesto de culpabilidad muy disminuida del subordinado presionado²²⁸, es indiferente para configurar la agravante que analizamos que la presión ejercida por el superior tenga una magnitud tal, que excluya por completo la responsabilidad del subordinado por inexigibilidad de una conducta conforme a derecho. Al contrario, una presión de esta entidad solo reforzará y hará más evidente la necesidad de agravar la pena del superior condenado.

El carácter evidente de la concurrencia del presupuesto de culpabilidad muy elevada analizado se presenta así, paradigmáticamente, en los casos de autoría mediata, específicamente autoría mediata por coacción. Siguiendo a Mañalich, estos casos de autoría mediata se enmarcan en un grupo más amplio donde el déficit de responsabilidad jurídico penal del “hombre de adelante” consiste en un defecto de imputación radicado en su capacidad de seguimiento de la norma.²²⁹ Así, los casos de autoría mediata por coacción se alojan en sede de culpabilidad y se concretizan en casos de fuerza irresistible o miedo insuperable (artículo 10 n°9 CP), así como en el estado de necesidad exculpante (artículo 10 n°11 CP).

En estos casos, y en el contexto de la agravante, la presión ejercida por el superior sobre el subordinado hace competente al primero por el defecto de responsabilidad del segundo. Esto porque el ejercicio de presión constituye una acción previa que ha posibilitado el comportamiento del instrumento (el subordinado) bajo un defecto de responsabilidad relevante.²³⁰ De ahí que la autoría mediata del superior por coacción del subordinado, abusando de su poder de mando y facultades del cargo, justifique una agravación sustancial de la pena del superior condenado.

²²⁸ Donde, como vimos, la presión ejercida no debe ser tal que excluya por completo la responsabilidad penal del subordinado en base a circunstancias exculpatorias, tales como son en nuestro Código Penal el miedo insuperable o fuerza irresistible del art. 10 n°9, y el estado de necesidad exculpante del art. 10 n°11. En esos casos se aplican las eximentes referidas y no la atenuante muy calificada del artículo 14.

²²⁹ Mañalich, Juan Pablo. (2010). La estructura de la autoría mediata. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (34), 385-414. p. 399 y 400

²³⁰ Mañalich, Juan Pablo. (2010). La estructura de la autoría mediata. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (34), 385-414. p. 396

Por último, si bien la autoría mediata por coacción del superior respecto del subordinado es el caso paradigmático de aplicación de la hipótesis agravatoria en comento, ello no significa que el rango de acción del presupuesto se limite a solo aquellos casos. Como expusimos previamente, es perfectamente posible que la presión ejercida no suponga coacción exculpatoria que configure autoría mediata, sino que simplemente haga concurrente la atenuante muy calificada para el subordinado y la agravante muy calificada para su superior, después de condenárseles, por ejemplo, como coautores de un delito económico.

ii) Perjuicio muy elevado

El perjuicio muy elevado como circunstancia agravante muy calificada de responsabilidad penal recibe la regulación más compleja y extensa de la LDE en lo que al elemento del perjuicio se refiere. Así, además del presupuesto numérico o monetario presente en todas las circunstancias del perjuicio, también se prevén tres hipótesis que atienden a criterios predominantemente cualitativos y, por ende, más susceptibles de interpretaciones divergentes en su aplicación práctica. Como veremos, este aspecto incluso ha generado cuestionamientos referidos a su constitucionalidad y no sería sorprendente que el Tribunal Constitucional deba conocer de requerimientos de ese tipo en el futuro.

a) Hipótesis cuantitativa

El primer presupuesto para configurar la agravante muy calificada consiste en que el delito perpetrado cause un perjuicio o beneficio superior a las 40.000 unidades tributarias mensuales. Al mes de abril del año 2024 dicho monto se traduce en más de 2.600 millones de pesos, por lo que su concurrencia, en el contexto chileno, sería más bien excepcional.

Lo que más llama la atención de esta hipótesis es la extraña referencia a que el perjuicio sea causado a “personas naturales o jurídicas, públicas o privadas” teniendo en cuenta que los artículos 13 a 15 previos no hacen mención alguna de a quiénes considerar en el cálculo del perjuicio ocasionado. La indefinición de dichos artículos debe ser interpretada en el sentido de ser indiferente a qué tipo de personas se les causa perjuicio, debiéndose incluir a todo tipo de víctima en el cálculo. Por eso la referencia del artículo 16 solo puede ser calificada como redundante.

Por otra parte, al igual que la regulación de la agravante simple del perjuicio, en esta hipótesis se incluye el beneficio que el delito reporte y no solo el perjuicio causado. La razón de incluir de manera expresa al beneficio obtenido obedece nuevamente a intentar extender el rango de aplicación de la agravante.²³¹

b) Afectación del suministro de bienes de primera necesidad o de consumo masivo

La segunda hipótesis del perjuicio muy elevado se refiere al disvalor de resultado de la conducta expresado por la afectación del acceso a bienes y servicios de particular sensibilidad para la población. Su fundamento “se encuentra en el mayor daño individual que causa la perpetración de delitos que afectan bienes o servicios de primera necesidad antes que en una consideración de mayor reproche abstracto por realizar acciones ilícitas referidas a esos bienes o servicios. Esto tiene relevancia en la interpretación del concepto de afectación del suministro”.²³²

Como se puede observar de su sola lectura, el presupuesto agravatorio contiene conceptos abiertos: “bienes de primera necesidad” y “bienes de consumo masivo”. A partir de ello se ha afirmado que la circunstancia “tiene algunos elementos de escasa legalidad”, en tanto la determinación de los conceptos del precepto “queda entregada al juez”, lo que “puede implicar una infracción del principio de legalidad en el sentido que la determinación del supuesto de hecho de una norma penal (agravante en este caso) queda entregado al juez”.²³³

Consideramos que las afirmaciones citadas son erróneas en razón de que el principio de legalidad no puede estimarse infringido por el solo uso de conceptos abiertos susceptibles de aplicación práctica mediante un ejercicio interpretativo de los tribunales. Uso que, por lo demás, es común en el derecho penal en general y en la regulación de las agravantes y atenuantes en particular. Así, por ejemplo, conceptos empleados en el Código Penal como “obrar a traición o sobre seguro” en la agravante de alevosía del artículo 12 N°1; el “abuso de confianza” del 12 N°7; “prevalerse del carácter público” del numeral 8°; “ofensa o desprecio del respeto que mereciere el ofendido” del número 18 del mismo

²³¹ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 108

²³² Bascañán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 264

²³³ Navas, Iván, “Aproximación dogmática y político criminal al derecho penal económico”, (2024) en el mismo (Dir.), Derecho Penal Económico. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 87

artículo; son todos conceptos relativamente abiertos que se pueden satisfacer por una pluralidad de hechos concretos que el juez determina en cada caso.

El legislador ha optado de esta manera por una técnica legislativa no desconocida en nuestro ordenamiento jurídico que obedece a la amplia gama de situaciones fácticas que las reglas de determinación de pena pretenden abarcar y que permite, además, evitar situaciones absurdas de aplicación de la agravante por una subsunción meramente formal, derivado de la utilización de listados taxativos y específicos.

Esta última situación fue constatada por el Fiscal Nacional Económico durante la tramitación de la LDE a propósito del artículo 60 del proyecto (finalmente rechazado) que pretendía reformar el artículo 64 del Decreto Ley 211 de manera de hacer obligatorio para la Fiscalía Nacional Económica (FNE) presentar querrela por el delito de colusión cuando el acuerdo colusorio haya recaído sobre bienes de primera necesidad. Allí se pretendió definir el concepto de “bienes de primera necesidad” estableciendo un catálogo taxativo que incluía a: servicios educacionales; prestaciones de salud; artículos médicos o farmacológicos; bebidas o alimentos; del transporte de personas; servicios básicos como agua, electricidad, servicios de telecomunicaciones o combustibles.

En sus observaciones al proyecto, el Fiscal Nacional Económico observó que la FNE, por ejemplo y según el listado taxativo que se pretendía utilizar, “estaría obligada a querrellarse cuando el Sindicato de Pescadores de Pichilemu fije el precio de los mariscales y ceviches, pero no estaría obligada a querrellarse cuando dos empresas transnacionales fijan el precio del confort para todo el país. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sancionó en el año 2014 al Sindicato de Trabajadores Independientes y Pescadores Artesanales de Pichilemu por acordar los precios que cada pescadería debía cobrar en la caleta. Estos bienes, de acuerdo al inciso tercero del artículo 64 propuesto en el proyecto, serían bienes de primera necesidad al ser alimentos. Pero no sería así el caso del papel confort, ya que no cabe en ninguna categoría listada por la norma propuesta.”²³⁴

Los conceptos de “primera necesidad” y “consumo masivo” también están presentes, por lo demás, en la figura agravada del delito de alteración fraudulenta de precios del artículo 286 del CP²³⁵,

²³⁴ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 464

²³⁵ Art. 286 CP vigente tras la LDE: “Se impondrá la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre el precio de bienes o servicios de primera necesidad o de consumo masivo.” Anterior a la ley, el precepto leía: “Cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera

modificado por la misma LDE, así como en el proyecto de ley que “Fortalece la investigación y persecución de carteles y aumenta su pena en caso que indica”²³⁶. Este último, entre otras modificaciones, pretende aumentar la pena del delito de colusión tipificado en el artículo 62 del Decreto Ley 211 cuando la colusión recaiga sobre “bienes o servicios de primera necesidad” sin definir un listado taxativo de bienes y servicios que deben ser considerados como tales. En el mensaje presidencial del proyecto se fundamenta esa opción aludiendo a que “sean los tribunales de justicia quienes, de acuerdo con las circunstancias de cada caso particular, determinen si los hechos constitutivos de la conducta ilícita coinciden o no con el tipo agravado de colusión”.²³⁷ A lo que se añade que en el Código Penal español “se utiliza la expresión ‘de primera necesidad’ en seis artículos (a propósito del delito de hurto, estafa, corrupción, entre otros), sin embargo, en ninguno de ellos el legislador incluyó un listado taxativo de los bienes y servicios que deben considerarse como tales”.²³⁸

En suma, la delimitación de los conceptos de “bienes de primera necesidad” y “bienes de consumo masivo” corresponde a los tribunales de justicia en su aplicación de la LDE. Como frecuentemente sucede, algunos bienes y servicios pueden insertarse en aquellos conceptos con relativa facilidad, como el agua potable, medicamentos básicos, vivienda, y alimentos necesarios para una nutrición adecuada, etc., mientras que la subsunción de otros resultará más difícil de discernir, debiendo resolverse caso a caso.

Por otra parte, la exigencia de que se haya “afectado el suministro” debe ser leída en el sentido de que el delito perpetrado haya generado un peligro concreto de privación de acceso²³⁹ (no necesariamente una lesión), y que dicha afectación no se produzca únicamente respecto de una persona o grupo de personas, sino que de una cadena de suministro general que produzca un condicionamiento general del mercado.²⁴⁰

necesidad, además de las penas que en él se señalan, se impondrá la de comiso de los géneros que fueren objeto del fraude”.

²³⁶ Boletín N.º 13312-03 en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputadas y Diputados.

²³⁷ Mensaje N°002-368 del 13 de marzo del año 2020 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que fortalece la investigación y persecución de carteles y aumenta su pena en caso que indica. p.13

²³⁸ Mensaje N°002-368 del 13 de marzo del año 2020 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que fortalece la investigación y persecución de carteles y aumenta su pena en caso que indica. p.13

²³⁹ Bascuñán, A., y Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 266

²⁴⁰ Bascuñán, A., y Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 267

Una última cuestión a la que no podemos dejar de referirnos es la extraña ausencia en esta hipótesis agravatoria del término “servicios” de primera necesidad o consumo masivo, utilizándose únicamente el concepto de “bienes”. Solo podemos intuir que se trata de una deficiencia legislativa involuntaria, especialmente por la mención a “bienes o servicios” que la propia LDE hizo al modificar los artículos 285 y 286 del CP.

c) Afectación abusiva de individuos vulnerables

La tercera hipótesis de la agravante muy calificada del perjuicio muy elevado agrava la pena del condenado por un hecho punible que haya afectado abusivamente a personas pertenecientes a un grupo vulnerable. Respecto de esta hipótesis cabe decir que no es ajena a las *sentencing guidelines* británicas donde se contempla -a propósito del delito de fraude- como un factor de “alto impacto” en la determinación del perjuicio, el hecho que la víctima del delito sea particularmente vulnerable por consideración a elementos como edad, circunstancias financieras y capacidad mental.²⁴¹

Igual que el presupuesto antes comentado, el legislador ha decidido acudir a un concepto abierto como lo es “grupo vulnerable”. Ello no fue pasado por alto en la tramitación legislativa de la LDE, donde se expresó que “la norma establece una hipótesis extremadamente amplia, lo cual necesariamente debiese ser revisado”²⁴², contrargumentándose que la hipótesis se ideó para hacerse cargo de casos como “Eurolatina” y “Casas Copeva”²⁴³ donde se afectó a sectores de la población compuestos por personas de escasos recursos, de tercera edad e incluso analfabetas.

Rige plenamente aquí lo expresado con anterioridad en cuanto a que el uso de conceptos abiertos permite abarcar la amplia gama de situaciones fácticas que justificarían agravar la pena, al tiempo que se evitan casos no razonables de aplicación de la agravante por subsunción meramente formal dentro de un listado taxativo establecido en la ley. A partir de la ejemplificación ofrecida en la historia de la ley con los casos “Eurolatina” y “Casas Copeva” se puede dilucidar el aspecto central de la hipótesis, que no es más que expresar el mayor reproche que merece la afectación abusiva de personas especialmente expuestas a ser víctimas de delitos económicos. Esas posiciones de vulnerabilidad generalmente estarán relacionadas a estrato socioeconómico, edad, capacidades cognitivas, formación educativa y cultural,

²⁴¹ Sentencing Council. (2014). Fraud, Bribery and Money Laundering Offences Definitive Guideline. p. 7

²⁴² Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 741

²⁴³ Historia de la Ley N.º 21.595, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 831

entre otros criterios cuya concurrencia debe ser ponderada por los tribunales de forma de agravar la pena de aquellos condenados que sacaron provecho de situaciones de vulnerabilidad al perpetrar el delito.

d) Casos de intervención calificada de empleados públicos y perpetración grupal

Finalmente, la letra d) del numeral segundo del artículo 16 de la LDE prevé como presupuestos de la agravante muy calificada de perjuicio muy elevado la intervención de empleados públicos en algunas de las hipótesis de los artículos 251 quinquies N°2 y 260 ter del Código Penal. Reflejando lo hecho al definir el concepto de “posición jerárquica superior” en organizaciones públicas, el legislador ha optado por remitirse nuevamente a las circunstancias agravantes especiales introducidas en el Código Penal por la Ley N°21.121. Esta vez entran en consideración el numeral segundo del artículo 251 quinquies -que contiene cuatro supuestos- y el artículo 260 ter, que atiende al criterio de pluralidad de intervinientes como fundamento agravatorio de la pena.

Antes de analizar cada artículo, conviene despejar un punto que, a causa de una omisión legislativa, podría generar alguna duda. A diferencia de la letra a) del artículo 16 N°1, en el supuesto que comentamos no existe una cláusula del tipo “aunque no haya sido condenado por alguno de los delitos allí mencionados” y que, como vimos, haga explícito que la restricción de aplicabilidad de los artículos del Código Penal respecto a ciertas figuras penales, no opera en la LDE. Esto es, no existe una regla que disponga expresamente que no es necesario que se dicte condena por alguno de los delitos específicos a que se refieren los artículo 251 quinquies y 260 ter del CP, bastando la condena por cualquier delito económico para aplicar el supuesto agravatorio.

Esta omisión podría llevar a concluir que, para hacer operativa esta hipótesis, es necesario que se haya condenado por algunas de las figuras de malversación, fraude al fisco o cohecho a que se refieren dichos artículos.²⁴⁴ Sin embargo, esta interpretación no parece correcta en consideración, por una parte, a la intención legislativa de agravar la pena cuando concurrieren circunstancias fácticas que así lo ameriten, sin respecto a tipo penal específico alguno²⁴⁵ y, por otra, a la propia redacción de la letra d)

²⁴⁴ Como mencionamos anteriormente, el artículo 251 quinquies limita su rango de aplicación a las figuras de los artículos 241, 248, 248 bis y 249 del CP; mientras que el artículo 260 ter solo es aplicable, en el contexto de la regulación del Código Penal, a los delitos tipificados en los párrafos 5, 6, 9 y 9 bis del Título 5° del Libro 2° del CP.

²⁴⁵ Mas allá de la exigencia de que los hechos puedan ser calificados como “delito económico” según los arts. 1 a 4 de la LDE.

que estima el perjuicio como muy elevado cuando concurrieren “las circunstancias” previstas en los artículos 251 quinquies N°2 y 260 ter del CP. Pareciera que con la expresión “las circunstancias” el legislador quiere aludir específicamente a las situaciones de hecho contempladas en las disposiciones citadas, dejando de lado las cláusulas de cada artículo que auto restringen su aplicación a ciertas figuras delictivas, y cuyo contenido es estrictamente normativo y solo adquiere sentido en el contexto regulativo de determinación de la pena general del Código Penal.

Expuesto lo anterior, procede ahora analizar cada artículo referido. En primer lugar, el presupuesto agravatorio se remite a las circunstancias del artículo 251 quinquies numeral segundo²⁴⁶. El numeral primero de dicha disposición contiene un listado de cargos públicos constitutivos del concepto de posición jerárquica superior como elemento de la hipótesis agravatoria de culpabilidad muy elevada ya estudiada. El numeral segundo, por otra parte, describe hipótesis de hecho compuestas por la intervención de un empleado público en funciones públicas particularmente delicadas.

Así, a diferencia del numeral primero, el numeral segundo del artículo 251 quinquies “no se estructura a partir de la posición jerárquica que detenta el sujeto activo, sino que atiende a la relevancia de las funciones desempeñadas por este, pudiendo sostener que corresponden a competencias públicas críticas, las cuales, en su mayoría, guardan relación con actividades de injerencia en el uso de recursos públicos”.²⁴⁷

Al igual que el numeral primero, se tiene que los casos listados en el numeral segundo son manifestaciones de cohechos graves o de amplio alcance constituidos en este caso por actos de corrupción perpetrados por funcionarios “encargados de desempeñar funciones de especial relevancia

²⁴⁶ Art. 251 quinquies N°2 CP: “En el caso de los delitos previstos en los artículos 241, 248, 248 bis y 249, se excluirá el mínimo o el grado mínimo de las penas señaladas, según corresponda, respecto de todos sus responsables, en los siguientes casos: (...) 2° Cuando hayan sido cometidos por un empleado público con ocasión de su intervención en cualquiera de los siguientes procesos: a) La designación de una persona en un cargo o función pública; b) Un procedimiento de adquisición, contratación o concesión que supere las mil unidades tributarias mensuales en que participe un órgano o empresa del Estado, o una empresa o asociación en que éste tenga una participación mayoritaria; o en el cumplimiento o la ejecución de los contratos o concesiones que se suscriban o autoricen en el marco de dichos procedimientos; c) El otorgamiento de permisos o autorizaciones para el desarrollo de actividades económicas por parte de personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento, o d) La fiscalización de actividades económicas desarrolladas por personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento.”

²⁴⁷ Ossandón, M.^a Magdalena y Rodríguez, Luis. (2021). Delitos contra la función pública. Tercera edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 413 y 414.

para el funcionamiento adecuado del aparato estatal y administrativo”²⁴⁸, a lo que se ha añadido que “en tales supuestos el fundamento de la agravación es que la infracción de las pautas que rigen la toma de decisiones en el marco de tales procedimientos afecta, también, determinadas reglas de competencia leal que rigen los negocios que los privados realizan con el Estado.”²⁴⁹

De esta manera, en concordancia con el artículo 251 quinquies numeral segundo del CP, la LDE considera que el perjuicio puede ser tenido como muy elevado cuando el condenado intervino en la perpetración de un delito económico con ocasión de distintos procesos de actividad estatal. El uso de la expresión “con ocasión de su intervención en cualquiera de los siguientes procesos” no estaba prevista en el proyecto que decantó en la ley 21.121, recurriéndose en su lugar a la expresión “en relación con el ejercicio de las siguientes facultades”. Durante la tramitación del proyecto se reparó en que está última fórmula imponía la exigencia de que el funcionario imputado haya tenido la facultad para ejercer algunas de las funciones que se incriminan, lo cual se estimó excesivo y se reemplazó por la expresión vigente que rebaja esta exigencia y “permite encausar a todos los que hayan participado en los procedimientos administrativos que a continuación se señalan, sin que sea exigible en todos los casos que la función propia del empleado público involucrado considere la atribución específica para llevar a cabo los actos que a continuación se indican”.²⁵⁰

Asimismo, la mención explícita a la intervención en un “proceso” permite aplicar la agravante a conductas constitutivas de delito desplegadas a lo largo de cualquier etapa del procedimiento respectivo sin que sea necesaria una intervención en el acto final típicamente plasmado en una resolución o acto jurídico administrativo.

En concreto, los procesos de intervención son, en primer lugar, la designación de una persona en un cargo o función pública, siendo irrelevante el modo de designación y debiendo incluirse, por el concepto de “función pública”, incluso a los procesos de nombramiento de privados que ejercen funciones públicas como los notarios y conservadores de bienes raíces.²⁵¹

²⁴⁸ Ossandón, M.^a Magdalena y Rodríguez, Luis. (2021). Delitos contra la función pública. Tercera edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 414

²⁴⁹ Artaza, Osvaldo, “El delito de corrupción entre particulares. Problemas fundamentales relativos a la conducta prohibida y detección de eventuales problemas concursales”, (2021) en el mismo y Carnevali (Dir.), Los delitos de corrupción. Perspectiva pública y privada. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 318

²⁵⁰ Historia de la Ley N.º 21.121, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 242

²⁵¹ Bascuñán, A., y Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 270

Luego, la intervención puede darse con ocasión de un procedimiento de adquisición, contratación o concesión que supere las 1.000 UTM en que participe un órgano o empresa del Estado, o una empresa o asociación en que éste tenga una participación mayoritaria; o en el cumplimiento o la ejecución de los contratos o concesiones que se suscriban o autoricen en el marco de dichos procedimientos. La extensión del supuesto es evidente en este caso, debiendo considerarse todo el proceso relativo a la adquisición, contratación o concesión, y no sólo esos actos puntuales finales e, incluso, todos los actos posteriores relativos al cumplimiento y ejecución de esas adquisiciones, contrataciones o concesiones.²⁵²

La razón de la exigencia de una cuantía mínima del proceso obedece a la intención del legislador de agravar la pena solo en los casos de “gran corrupción” que justifiquen un mayor reproche, tomando como referencia lo dispuesto en la Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, cuyo artículo 5º²⁵³ mandata la realización de una licitación pública cuando las contrataciones superen, precisamente, las 1.000 UTM.²⁵⁴

En las dos últimas hipótesis, el artículo 251 quinquies se refiere a los procesos de otorgamiento de permisos o autorizaciones para el desarrollo de actividades económicas por parte de personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a 2.400 UF; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a 100.000 UF; o la fiscalización de actividades económicas desarrolladas por personas naturales o jurídicas cuyos ingresos anuales sean superiores a dichos montos, respectivamente. La especial amplitud de la regla de agravación viene dada acá por la expresión “permiso”, que en el derecho administrativo tendría una connotación más precaria que las “autorizaciones”, de forma que la enunciación amplía el sentido de la norma.²⁵⁵ La razón para establecer montos mínimos, por su parte, es la misma que en la circunstancia anterior, pero esta vez dicho monto se calcula respecto de los ingresos anuales de la persona natural o jurídica que desarrolla la actividad económica permitida, autorizada o fiscalizada, tomándose como parámetro el artículo 2º de la ley 20.416.²⁵⁶

²⁵² Historia de la Ley N.º 21.121, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 242

²⁵³ Art. 5º Ley N.º 19.886: “La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. La licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales, salvo lo dispuesto en el artículo 8º de esta ley.”

²⁵⁴ Historia de la Ley N.º 21.121, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 246

²⁵⁵ Historia de la Ley N.º 21.121, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 242

²⁵⁶ Art. 2º Ley 20.416 inc. 1º y 2º: “Sujeto. Para los efectos de esta ley, se entenderá por empresas de menor tamaño las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas. Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras

Finalmente, la remisión de la letra d) del artículo 16 N°2 de la LDE es también a la hipótesis agravatoria prevista en el artículo 260 ter del Código Penal²⁵⁷ y que se refiere a la intervención plural en la perpetración del delito. Como se ha expuesto entre nosotros, el hecho de que “el delito fuera cometido por dos o más personas no figuraba como agravante genérica de responsabilidad en el texto original del Código Penal chileno”²⁵⁸, sino que, en su origen y hasta muy recientemente, el código punitivo contemplaba únicamente hipótesis agravatorias específicas que se refieren -en uno u otro sentido- a la comisión del delito por una pluralidad de personas.

En ese contexto encontramos normas como la circunstancia agravatoria del numeral 11° del artículo 12 del CP²⁵⁹ que supone necesariamente una intervención delictiva plural; los artículos 456 bis N°5²⁶⁰ y 449 bis²⁶¹ del mismo código, aplicables al ámbito de los delitos contra la propiedad; el artículo 368 bis N°2²⁶² en el ámbito de los delitos sexuales; también en leyes especiales encontramos disposiciones tales como la letra a) del artículo 19²⁶³ de la Ley 20.000, aplicable en materia de tráfico de drogas; entre otras disposiciones similares.

Así, el artículo 260 ter se suma a la extensa lista de disposiciones que tienen como elemento (no siempre único) la intervención de más de una persona en la perpetración del delito. Esta pluralidad de disposiciones referidas a la situación de hecho relatada hace que aquellas tengan rasgos muy disímiles y

actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario.”

²⁵⁷ Art. 260 ter CP: “Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 5, 6, 9 y 9 bis el hecho de que los responsables hayan actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquella no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo.”

²⁵⁸ Rodríguez, Luis y Alvarado, Agustina “Efecto agravatorio de la pluralidad de autores en la comisión de un delito”, (2023) en Carnevali (Dir.), Hacia un derecho penal liberal. Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 529

²⁵⁹ Art. 12 N°11 CP: “Son circunstancias agravantes: (...)11.º Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.”

²⁶⁰ Art. 456 bis N°5 CP: “En los delitos de robo y hurto serán circunstancias agravantes las siguientes: (...)5º) Actuar con personas exentas de responsabilidad criminal, según el número 1 del artículo 10.”

²⁶¹ Art. 449 bis CP: “Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 1, 2, 3, 4, 4 bis y 4 ter de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquella no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo.”

²⁶² Art. 368 bis N°2 CP: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63, en los delitos señalados en los tres párrafos anteriores, serán circunstancias agravantes las siguientes: (...) 2º Ser dos o más los autores del delito.”

²⁶³ Art. 19 letra a) Ley N°20.000: “Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16.”

que carezcan de un fundamento común.²⁶⁴ Hacemos la prevención, empero, que recientemente la Ley 21.577²⁶⁵ introdujo una nueva circunstancia agravante en el artículo 12 del Código Penal²⁶⁶, cuya pretensión sería abarcar la generalidad de los delitos, no obstante mantenerse plenamente vigentes todas las disposiciones especiales citadas.

Como anotamos previamente, la norma del artículo 260 ter fue introducida por la Ley 21.121, aunque en un trámite legislativo posterior, por iniciativa del poder ejecutivo, el que explicó que la idea detrás fue replicar -en el ámbito de los delitos funcionarios- la agravación establecida para los delitos contra la propiedad²⁶⁷ y así aumentar la pena en los casos de organizaciones de funcionarios que cometen actos de corrupción y respecto de los cuales no se puede acreditar la asociación ilícita.²⁶⁸

A ello se añadió que en virtud de la complejidad creciente del funcionamiento del Estado, los actos individuales de corrupción serían cada vez menos frecuentes y cederían a formas de perpetración grupal u organizada, por lo que la norma sería muy útil en la persecución penal de los delitos contra la probidad.²⁶⁹

A partir de lo dicho es que el fundamento dogmático de la agravante sería idéntico al de los artículos 449 bis del CP y 19 letra a) de la Ley 20.000, esto es, “el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a la pertenencia a una agrupación destinada a delinquir”²⁷⁰, y no radicaría, en cambio, a un incremento del estado de indefensión o vulnerabilidad de la víctima ni a la mera intervención múltiple en la perpetración de un delito.

²⁶⁴ Rodríguez, Luis y Alvarado, Agustina “Efecto agravatorio de la pluralidad de autores en la comisión de un delito”, (2023) en Carnevali (Dir.), Hacia un derecho penal liberal. Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 533

²⁶⁵ “Fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece comiso de ganancias” publicada con fecha 15 de junio del año 2023.

²⁶⁶ Art. 12 N°23 CP: “Son circunstancias agravantes: (...)23^a. Ejecutar el hecho formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer crímenes o simples delitos, siempre que ésta o aquella no constituya una asociación delictiva o criminal de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro II, y ello ha facilitado la perpetración del delito o ha aumentado el peligro para la integridad física de la víctima, o haber ejecutado el hecho con violencia, intimidación o engaño.”

²⁶⁷ Esto es, el art. 449 bis CP previamente citado.

²⁶⁸ Historia de la Ley N.º 21.121, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 250

²⁶⁹ Historia de la Ley N.º 21.121, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 250

²⁷⁰ Rodríguez, Luis y Alvarado, Agustina “Efecto agravatorio de la pluralidad de autores en la comisión de un delito”, (2023) en Carnevali (Dir.), Hacia un derecho penal liberal. Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 538

Si el fundamento de la norma efectivamente radica en un reproche por pertenecer a una agrupación formada para cometer delitos, fundamental es diferenciar la hipótesis agravante de las figuras de asociación ilícita del párrafo 10 del título 6º del libro segundo del Código Penal. Tras la dictación de la Ley 21.577 se distinguen claramente las figuras de asociación delictiva, prevista en el artículo 292²⁷¹ del CP, y asociación criminal, tipificada en el artículo 293²⁷² del mismo. La única diferencia evidente resultante de la nueva regulación de la asociación ilícita con la agravante del artículo 260 ter es la cantidad mínima de personas necesarias para conformar la agrupación²⁷³, resultando a lo menos problemático hallar diferencias ulteriores, lo que permite cuestionar la aplicabilidad práctica de la agravante.

Por último, y desde un punto de vista estrictamente dogmático, no se puede soslayar lo dudoso que parece la inserción de esta hipótesis en un presupuesto de una circunstancia agravante basada en el elemento del perjuicio y no de la culpabilidad. Aquí habría un “error sistemático” de la LDE en tanto el artículo 260 ter del CP atiende al modo de perpetración, lo que “debiera servir a graduar la culpabilidad; no, en cambio, el perjuicio.”²⁷⁴

²⁷¹ Art. 292 CP: “Quien sea parte en una asociación delictiva será sancionado con presidio menor en su grado mínimo a medio. La pena será de presidio menor en su grado máximo si la participación consiste en cumplir funciones de jefatura, ejercer mando en ella, financiarla o proveerle recursos o medios, o en haberla fundado. Se entenderá por asociación delictiva toda organización formada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración de simples delitos.”

²⁷² Art. 293 CP: “Quien sea parte en una asociación criminal será sancionado con presidio menor en su grado máximo. La pena será presidio mayor en su grado mínimo si la participación consiste en cumplir funciones de jefatura, ejercer mando en ella, financiarla o proveerle recursos o medios, o en haberla fundado. Se entenderá por asociación criminal toda organización formada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración de hechos constitutivos de crímenes. Si la asociación tiene entre sus fines la perpetración de crímenes y simples delitos se aplicarán las sanciones dispuestas en el inciso primero.”

²⁷³ En tanto y en cuanto los delitos de asociación delictiva y criminal exigen un mínimo de tres personas, mientras en el art. 260 ter basta con dos.

²⁷⁴ Bascuñán, A., y Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. p. 273

CONCLUSIONES

Vistas y analizadas las atenuantes y agravantes de la Ley de Delitos Económicos, no debemos perder de vista que, tal y como expusimos en la introducción de este trabajo, aquellas solo constituyen una parte de un total que está compuesto por normas referidas a instituciones relativamente distintas entre sí, pero todas dirigidas a hacerse cargo de la verdadera desigualdad ante la ley imperante en el sistema de justicia penal chileno. Desigualdad ante la ley que, lejos de ser un mero eslogan político o consigna vacía, se origina en la normativa penal y procesal penal que, en parte y hasta ahora, estaba simplemente desactualizada y truncada en su utilidad. Esto último es particularmente notable en el ámbito del derecho penal económico, donde -a lo largo de los años- se han evidenciado deficiencias a nivel de vacíos legislativos, inadecuaciones del sistema de determinación de pena, tipos penales inadecuados, bajas penas, deficiencias de diseño procesal, etc.

Así las cosas, vemos que la LDE constituye un genuino y ambicioso esfuerzo por enfrentar, en parte, la situación imperante. Para cumplir con ese cometido es que el cuerpo normativo contiene diversos mecanismos tales como el sistema de días-multa, el comiso de ganancias, regulación sobre penas sustitutivas, una trascendental reforma al estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas y nuevos tipos penales.

Las nuevas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, sin embargo, probablemente sean la innovación más importante (o por lo menos la más visible en sus consecuencias prácticas) que introduce la Ley. De ahí la elección del tema que hemos tratado y la importancia de analizar e identificar los aspectos centrales de las atenuantes y agravantes, buscando contribuir a su adecuada aplicación práctica.

Si en sus comienzos el proyecto de ley no buscaba (necesariamente) obtener penas más altas (de mayor cuantía), sino que permitir graduar su extensión con herramientas adecuadas para el tipo de criminalidad de que se trata, e imponer penas efectivas en casos justificados, tras las discusiones legislativas y las opiniones de una multiplicidad de actores -incluyendo profesores de derecho penal y distintos órganos involucrados de alguna u otra forma con el fenómeno de la criminalidad económica- nos parece que la calificación de las circunstancias debe ser positiva, en tanto el texto legal cumple (por lo menos desde el punto de vista teórico y dogmático) con los objetivos fundamentales perseguidos.

Así, como punto de partida, se dejan de lado completamente las atenuantes y agravantes del Código Penal, caracterizadas por su anacronismo e inidoneidad, cuando no inaplicabilidad, para graduar la pena de delitos económicos, y se estructura un sistema basado en los elementos de culpabilidad y perjuicio. Luego, la ley especifica presupuestos para estimar concurrente una atenuante o agravante. En el detalle de estos presupuestos es donde hemos centrado nuestra mirada y de allí podemos extraer algunas conclusiones.

En primer lugar, en las circunstancias atenuantes basadas en el elemento de culpabilidad resalta la predilección por atender a la motivación que tuvo el sujeto activo para cometer el delito. Así, situaciones donde no se buscaba obtener un provecho económico, donde se busca ayudar a terceros o satisfacer una necesidad personal apremiante y donde se está bajo presión, son previstas por la ley como hipótesis plausibles que pueden llevar a una persona a cometer un delito económico, permitiendo rebajar su pena.

En segundo lugar, destacan atenuantes y agravantes que giran en torno a la posición jerárquica del sujeto activo en la organización en la que se perpetra el delito. Esta forma de regular distintas circunstancias modificatorias es particularmente apta para abarcar los contextos organizacionales en que se suelen cometer los delitos económicos, lo que revela el correcto diagnóstico de la realidad desde el cual se erige la ley. Valioso es también diferenciar los conceptos de posiciones jerárquicas según el tipo de organización, lo que permite incluir hipótesis de corrupción pública, tan dañinas para la confianza en las instituciones del Estado. Aplicadas adecuadamente, las circunstancias basadas en la posición jerárquica del condenado permitirán agravar la pena del superior que rara vez comete el delito por sí mismo y que en su lugar acude a sus subordinados e inferiores, a quienes se puede atenuar la pena en ocasiones donde son presionados o inducidos a cometer este tipo de delitos.

Por otra parte, valoramos la decisión de posicionar al perjuicio causado por el delito como un elemento central en la determinación de la pena. Las consecuencias patrimoniales tan frecuentes en los delitos de tipo económico, tanto en forma de perjuicio como de beneficio, no son por nadie desconocidas y su inclusión en las hipótesis atenuantes y agravantes provee un mecanismo sencillo para distinguir entre hechos que, no obstante satisfacer el mismo tipo penal, conllevan una indudable divergencia en su gravedad. El recurso a graduar primordialmente el perjuicio en una escala numérica otorga certeza y relativa facilidad de aplicación, mientras que la inclusión adicional de criterios cualitativos permite al juez agravar la pena en aquellos casos donde el daño provocado no es medible en términos pecuniarios

(o por lo menos no de manera precisa) pero en que indudablemente se han afectado a personas particularmente vulnerables o cadenas de suministro particularmente sensibles para la población.

Sin perjuicio de lo anterior, existen algunos puntos negativos que no podemos dejar de mencionar. Un primer aspecto es de tipo interpretativo y refiere a la propuesta ya impulsada por parte de la doctrina en orden a considerar la atenuante simple de intervención omisiva como una regla de punición de la omisión impropia. Ya nos hemos referido a la discusión y solo cabe acá exponer lo cuestionable que nos parece desnaturalizar la regla de esa forma y la incertidumbre que acarrearía el estar sujetos a interpretaciones jurisprudenciales cambiantes en un aspecto que, a fin de cuentas, determina si cierta conducta es o no constitutiva de delito, con todo lo que ello significa. De ahí que sea conveniente legislar una regla, en el Código Penal actual o en uno futuro, que se refiera clara y detalladamente a la punibilidad de la omisión impropia.

Adicionalmente, no podemos sino estar inciertos respecto al real campo de aplicación de la atenuante muy calificada del subordinado que actúa con conocimiento limitado de la ilicitud de su actuar. Advertimos que la dificultad práctica que supone diferenciar esta hipótesis de los casos de error de tipo y error de prohibición podría llevar a la defensa a intentar encuadrar dentro de la atenuante a toda clase de supuestos que supongan algún grado (cualquiera) de ignorancia respecto al contexto de comisión del delito. Dependerá de los tribunales una correcta aplicación de la atenuante en comento, siempre teniendo en consideración que la hipótesis configura una circunstancia muy calificada, por lo que la ignorancia alegada debe guardar cierta entidad mínima relevante.

Por último, un reparo que ya hemos adelantado está referido a la inclusión de la reincidencia como circunstancia agravante. Su peligrosa cercanía con un derecho penal de autor y su más que cuestionable conformidad con el principio de culpabilidad y de *ne bis in idem*, sumado a la exclusión en la LDE de la atenuante de irreprochable conducta anterior, solo llevan a calificar como un error el hecho de contemplarla dentro de las circunstancias de la ley. Si bien entendemos que la discusión es más amplia, referida al derecho penal en general, hubiera parecido lógico que una legislación moderna en materia penal económica dejara atrás a la reincidencia como factor agravatorio, por lo menos en su forma actual de regulación, quedando solamente la esperanza de una renovada discusión al respecto en el momento en que finalmente se introduzca un nuevo Código Penal en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

Artaza, O. (2021) “El delito de corrupción entre particulares. Problemas fundamentales relativos a la conducta prohibida y detección de eventuales problemas concursales”, en el mismo y Carnevali (Dir.), *Los delitos de corrupción. Perspectiva pública y privada*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Bacigalupo, S., & Bajo Fernández, M. (2010). *Derecho penal económico*. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/4735>

Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). *Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Vol. I)*. Santiago: ediciones DER.

Baer, M. (2019). *Sorting out White-Collar Crime*. *Brooklyn Law School Legal Studies*, 97, 225-283.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2023). *Historia de la Ley N° 21.595*.

Bierschbach, R., & Bibas, S. (2016). *What’s wrong with sentencing equality?* *Virginia Law Review Association*, 102, 1447-1522.

Castillo Morales, J. P. (2016). *El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa*. *Política criminal*, 11(22), 340-367.

Contreras, L. (2024). *Autoría y participación en el derecho penal económico*. En Navas (Dir.), *Derecho Penal Económico. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Couso, J. (2011). *Comentario previo a los arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el derecho chileno*. En el mismo & Hernández (Eds.), *Código Penal Comentado. Parte General* (pp. 510-524). Santiago: Legal Publishing.

Cury, E. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Ediciones UC.

Escrito “tégase presente” ingresado por Matías Walker, Francisco Huenchumilla, Alfonso De Urresti, Paulina Núñez, Pedro Araya y Ximena Rincón en la causa Rol N.º 14.455-23-CPR del Tribunal Constitucional.

Etcheberry, A. (1998). Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

García, J. & Ugalde, R. (2011). Curso sobre delitos e infracciones tributarias. Santiago: LegalPublishing.

García, A. (2023). Dos problemas de la omisión impropia en el derecho penal chileno: El fundamento de su punibilidad y sobre la punibilidad de los delitos de resultado de medios y modos especificados. *Revista de Estudios de la Justicia*, 39, 133-156.

Garrido, M. (2010). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Gimbernát, E. (2016). La delimitación entre delitos de acción y delitos de omisión. En Cárdenas y Ferdman (Coords.), *El derecho penal como teoría y como práctica*. Santiago: Thomson Reuters.

Hernández, H. (2005). Perspectivas del derecho penal económico en Chile. *Persona y Sociedad*, 19(1), 101-134.

Hernández, H. Ley de delitos económicos: desmalezando el debate. Disponible en:
<https://www.ciperchile.cl/2023/08/02/ley-de-delitos-economicos-desmalezando-el-debate/>

Hewitt, J. (2016). Fifty Shades of Gray: Sentencing Trends in Major White-Collar Cases. *The Yale Law Journal*, 125, 1018-1071.

Nagel, I. & Hagan, J. (1982). The Sentencing of White-Collar Criminals in Federal Courts: A Socio-Legal Exploration of Disparity. *Michigan Law Review*, 80(7), 1427-1456.

“Informe Chile 2020” de Corporación Latinobarómetro, Santiago, Chile. Disponible en:
https://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_LATINOBAROMETRO_CHILE_1995_2020.pdf

Klein, S., & Steiker, J. (2002). The search for equality in criminal sentencing. *The Supreme Court Review*, 2002, 223-272.

Künsemüller, C. (2019). Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno.

Valencia: Tirant lo Blanch.

Künsemüller, C. (2021). Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno. Valencia: Tirant lo Blanch.

La Tercera. (30 de Diciembre de 2018). Milton Juica, expresidente de la Corte Suprema: "Hay una sensación de la gente, bien fundada, de que hay dos justicias".

Mann, K., Wheeler, S., & Sarat, A. (1980). Sentencing the white-collar offender. *American Criminal Law Review*, 17(3), 479-500.

Mañalich, J. P. (2010). La estructura de la autoría mediata. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 34, 385-414.

Mañalich, J. P. (2014). Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 21(2), 225-276.

Matus, J., & Ramírez, M. (2021). *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Matus, M., & Pérez, A. (2023). *Manual de Código Tributario*. Decimotercera edición. Santiago: Thomson Reuters.

Massone, P. (2010). *Infracciones Tributarias*. Santiago: Abeledo Perrot LegalPublishing.

Navas, I. (2023). La disociación entre pena abstracta y pena concreta: El rol de las circunstancias atenuantes y agravantes. En Carnevali (Dir.), *Hacia un derecho penal liberal*. Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder. Valencia: Tirant lo Blanch.

Navas, I. (2024). Aproximación dogmática y político criminal al derecho penal económico. En el mismo (Dir.), *Derecho Penal Económico. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Nieto Martín, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/3896>.

Ossandón, M. M., & Rodríguez, L. (2021). *Delitos contra la función pública*. Tercera edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Oliver, G. (2016). Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno. *Política Criminal*, 11(22), 766-793.

Ortiz, L., & Arévalo, J. (2013). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Pawlik, M., Silva Sánchez, J., Robles Planas, R., & Pastor Muñoz, N. (2016). *Ciudadanía y derecho penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/3690>.

Richman, D. (2013). Federal White Collar Sentencing in the United States: A Work in Progress. *Law and Contemporary Problems*, 76(1), 53-73.

Roberts, J., & Padfield, N. (2020). Sentencing in England and Wales. En K. A. (Ed.), *Strafzumessung. Angloamerikanische und deutsche Einblicke. Sentencing. Anglo-American and German Insights* (Vol. 38). Göttingen University Press.

Rodríguez, L. (2022). Problemas de determinación de la pena en el delito de femicidio. En Oliver (Dir.), *Problemas actuales de determinación de la pena en el Derecho Penal chileno*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Rodríguez, L. (2011). Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36, 397-428.

Rodríguez, L., & Alvarado, A. (2023). Efecto agravatorio de la pluralidad de autores en la comisión de un delito. En Carnevali (Dir.), *Hacia un derecho penal liberal. Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Rothman, M. L., & Wheeler, S. (1982). *The Organization as Weapon in White-Collar Crime*. Michigan

Law Review, 80(7), 1403-1426.

Sentencing Council. (2014). Fraud, Bribery and Money Laundering Offences Definitive Guideline.

Sentencing Resources Guide. Disponible en <https://www.ussc.gov/about-page>

Van Weezel, A. (2007). Delitos Tributarios. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Van Weezel, A., Matus, J. P., & Véliz, M. (2009). Comentario a los arts. 50 a 73. En Politoff y Ortiz (Dir.), Texto y comentario del Código Penal chileno. Tomo I. Libro Primero. Parte General. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Von Hirsch, A. (1992). Proportionality in the Philosophy of Punishment. *Crime and Justice*, 16, 55-98.

Winter, J. (2013). Derecho penal e impunidad empresarial en Chile. *Revista de Estudios de la Justicia*, 19, 91-125.

Wilenmann, J. (sin fecha). ¿Qué hay detrás de la “cabalgata punitiva”? Desde la política de la significación penal al pragmatismo sancionatorio. Disponible en [la-cabalgata-punitiva-desde-la-politica-de-la-significacion-penal-al-pragmatismo-sancionatorio/](#)

Wilenmann, J., Medina, F., Olivares, E., & del Fierro, N. (2019). La determinación de la pena en la práctica judicial Chilena. *Política criminal*, 14(27), 456-490. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100456>

Wright, R. & Engen, R. (2006). The Effects of Depth and Distance in a Criminal Code on Charging, Sentencing, and Prosecutor Power. *North Carolina Law Review*, 84(6), 1935-1982.