



**DEFENSORÍA NACIONAL
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS**

INFORME EN DERECHO

“Reincidencia”

N° 2/ 2007/ Febrero

Consulta sobre la versión oficial de este documento a:
estudios@defensoriapenal.cl

INFORME EN DERECHO PREPARADO A SOLICITUD DE LA DEFENSORIA
PENAL PÚBLICA

REINCIDENCIA.
PROYECTO DE LEY BOLETIN 4321-07
PROYECTO DE LEY BOLETIN 3867-07

Carlos Kunsemüller L.
Profesor Titular de Derecho Penal

ANTECEDENTES

I.- El proyecto de ley (Boletín 4321-07) que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías, introduce reglas especiales sobre la circunstancia agravante de reincidencia, a través de un nuevo párrafo 4 bis, que debería situarse a continuación del artículo 78 del Código Penal y cuyo texto es el siguiente:

4 bis. Reglas especiales sobre la reincidencia.

Artículo 78 bis.-Las penas que correspondan a los culpables de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362,390 ,391, 433,436 y 440 de este Código, que hubieren sido condenados con anterioridad por delitos de la misma especie, se determinarán de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes.

Para los efectos de este párrafo, los delitos señalados en el inciso anterior se consideran de la misma especie.

Los artículos 78 ter, 78 quater y 78 quinquies incorporan numerosas y minuciosas reglas modificatorias de las de carácter general, contenidas en los artículos 65 y siguientes del Código, con fines claramente agravatorios de las penas que corresponda aplicar a los responsables de alguno de los delitos precedentemente mencionados:

Artículo 78 ter.- Si la pena asignada al delito fuere sólo una indivisible, el tribunal aplicará precisamente aquella, salvo que hubiere dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, en cuyo caso podrá imponer la inmediatamente inferior en grado, en consideración a su número y entidad; pero si éste fuere un grado de una pena divisible, no podrá imponerla en su minimum.

Si la pena señalada al delito es un grado de una pena divisible, el tribunal la aplicará en su maximum, en la forma dispuesta por el inciso tercero del artículo 67, salvo que concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante, en cuyo caso podrá recorrer toda su extensión al aplicarla.

Cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados, bien sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, de un grado diversos grados de penas divisibles, el tribunal no podrá aplicarla en su grado mínimo, cualquiera que sea el número de atenuantes que concurren.

En este caso, habiendo dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no aplicará el máximo de los grados asignados como pena al delito, excluido el mínimo, y si sólo quedare un grado de una pena divisible, no lo aplicará en su maximum.

Si por aplicación de lo dispuesto en los dos incisos anteriores sólo quedare una pena indivisible, el tribunal aplicará precisamente aquella, salvo que hubiere dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, en cuyo caso podrá imponer la inmediatamente inferior en grado, en consideración a su número y entidad; pero si ésta fuere un grado de una pena divisible, no podrá imponerla en su *mínimum*.

Cuando concurrieren dos o más circunstancias agravantes, y no hubiere atenuantes, el tribunal aplicará la pena inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley.

Artículo 78 quater.- Respecto de los delitos a que se refiere el artículo 78 bis, no serán aplicables la circunstancia 7ª del artículo 11; las circunstancias 15ª y 16ª del artículo 12, ni lo dispuesto por el artículo 68 bis.

Artículo 78 quinquies.- Las reglas especiales contenidas en este párrafo no se aplicarán respecto de aquellos culpables que hubieren sido condenados con anterioridad por delitos de la misma especie, cuando entre la fecha de cumplimiento de la condena anterior y la época de comisión del nuevo delito hubiere mediado un plazo superior a 5 o 10 años, según se trate de simples delitos o crímenes, respectivamente.

II.- Otros dos proyectos de ley- Boletines 3867-07 y 3931-07- relativos a la sanción del hurto falta frustrado, contienen normas sobre la reincidencia, cuyo tenor es el siguiente:

A.- Boletín 3867-07.

Artículo 494 bis.-

“Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasare de media unidad tributaria mensual.

En caso de reincidencia, se aplicará la pena de prisión en grado máximo.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9 de este Código, la falta frustrada se castigará con multa de 1 a 4 U.T.M.”

B.- Boletín 3931-07.

Artículo 494 bis.-

“Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasare de media unidad tributaria mensual.

Si el hurto fuere de especie que se ofrece al público en establecimiento de comercio, se estará, a lo dispuesto en el artículo 446. *

En caso de reincidencia, se aplicará la pena de prisión en grado máximo.

En los casos en que participen en el hurto individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración de la falta.”

*En el artículo 446 Nro 3º, propuesto en esta iniciativa, su inciso segundo establece que “Si se tratare de hurto de especie que se ofrece al público en un establecimiento de comercio, se aplicará la pena señalada en este número, aunque la cosa hurtada no excediere de media unidad tributaria mensual. En estos casos se entiende consumado el delito si la cosa comienza a ser consumida dentro del establecimiento, o si el autor es sorprendido ocultando de cualquier forma la especie, aún cuando no hubiere abandonado el local”

OBSERVACIONES GENERALES.-

Al proyecto Boletín 4321-07.

1.- Como se indica en el comentario de la DPP, “para entender el efecto agravatorio en las penas de este artículo –78 ter- es clave el significado del nuevo artículo 78 bis, puesto que la referencia al “condenado” y no al “castigado” implica que en esta segunda condena será considerada la nueva regulación acerca de la reincidencia aun cuando se haya otorgado un beneficio de la Ley 18.216”.

2.- El núcleo en torno al cual giran todas estas disposiciones, orientadas a lograr penas más drásticas en los casos indicados, es una nueva interpretación acerca del instituto penal de la reincidencia, que, vinculando su influjo en el incremento de la nueva sanción a la mera existencia de una condena anterior, le otorga un sentido y alcance distinto del que hasta ahora ha configurado la opinión dominante en la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Este tema será objeto de un análisis detenido, que ha de constituir, precisamente, el aspecto más relevante del presente informe.

3.- Con estas nuevas reglas especiales sobre reincidencia delictiva, que per se incidirán en la determinación de penas más rigurosas para quienes se hallan en tal situación de nuevo delinquir, el proyecto restringe la aplicación de los tramos mínimos de los marcos penales y reduce notoriamente las ya escasas facultades que el Código Penal otorga a los jueces para valorar y conjugar las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

La DPP sostiene que “la no regulación del efecto de una agravante es criticable desde un punto de vista preventivo general, toda vez que para el autor reincidente no tiene ningún efecto cometer el nuevo delito con o ninguna agravante, por ejemplo, la de aumentar deliberadamente el mal del delito. La misma crítica puede hacerse respecto de la valoración de una atenuante. En efecto, el objetivo político-criminal de reducir el valor de las atenuantes sólo para aquellos casos en que concurren dos o más de ellas y ninguna agravante perjudica a la propia persecución penal: es el caso del art. 11 nro 9, de colaboración con la investigación, así como el caso del artículo 11 nro 8, que premia al que se denuncia y confiesa su delito, puesto que el reincidente no tienen ningún incentivo para realizar tales conductas.”

El criterio de reducir el valor de las atenuantes sólo para aquellos casos de pluralidad de ellas- dos o más- sin ninguna agravante, no sólo se aparta del sistema general del Código- artículos 67 y 68, que permiten rebajas de dos o tres grados respectivamente - sino que acarrea inconsecuencias tan graves como la siguiente: el culpable de homicidio simple, que tiene a su favor dos atenuantes de responsabilidad penal y carece de agravantes, podría recibir una pena de presidio menor en grado mínimo; el autor de una mutilación de miembro importante, en igual situación, podría ser castigado con prisión en su grado máximo; el responsable de auxilio al suicidio, podría recibir la pena de prisión en su grado medio; mientras que el responsable de robo con fuerza en las cosas que es reincidente, pese a contar con esas mismas dos atenuantes ,debería ser castigado con presidio mayor en su

grado medio, pena superior a la que se impondría en supuestos de agresión a los más caros bienes jurídicos personalísimos que protege la Carta Fundamental, poseedores de mucha mayor lesividad y gravedad que un atentado simplemente patrimonial.

4.- La exclusión de la especialísima regla del art 68 bis del texto legal, que ha permitido a los tribunales arribar en muchos casos a sanciones proporcionadas al efectivo injusto contenido en la conducta típica, eludiendo los excesos punitivos del legislador, contribuye eficientemente a agravar el de por sí censurable abandono que conscientemente se propone respecto de los principios limitativos del ius puniendi, en particular, el de proporcionalidad de la pena. Como señala Carbonell Mateu, “El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. Se trata, por emplear expresiones propias del análisis económico del Derecho, de no aplicar un precio excesivo, para obtener un beneficio inferior; si se trata de obtener el máximo de libertad, no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta.” Añade este autor que “ Precisamente del principio de proporcionalidad se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia como para justificar una amenaza de privación de libertad, en general, y una efectiva limitación de la misma, en concreto.”¹

Los ejemplos que hemos puesto demuestran nítidamente como se ve lesionado el principio de proporcionalidad con la nueva regulación propuesta para la reincidencia, ya que la agresión a bienes jurídicos de máxima relevancia constitucional puede recibir una menor pena que el ataque a la propiedad sobre cosas muebles.

5.- Por otra parte, la “expropiación legislativa” que se hace de la atenuante del Nro 7 del artículo 11, tampoco puede ser bienvenida, habiéndose pronunciado la doctrina negativamente sobre esta estrategia agravatoria de las penas, con motivo de las normas especiales de los artículos 450 bis del Código Penal y 32 de la Ley 19.366. “Está prácticamente demás resaltar la enorme trascendencia práctica que rodea a la circunstancia atenuante materia de nuestro interés, dada su frecuente invocación en los procesos penales, de los cuales actualmente se halla marginada, tratándose de ciertos delitos, como en los casos de tráfico de estupefacientes y robo con violencia o intimidación en las personas.”² A propósito de esa “expropiación” efectuada a un núcleo de posibles infractores de la ley penal, de un motivo de disminución de la magnitud de la pena, establecida en nuestra ley de manera amplia y general, sin más restricciones que las provenientes de las propias exigencias que configuran los requisitos que deben acreditarse, hemos dicho que “estamos frente a claras contravenciones a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, que se revelan como carentes de racional fundamento, desde que tratándose de todo el resto del universo penal, incluyendo delitos de muchísima mayor gravedad, como por ejemplo el parricidio ... la atenuante en cuestión sigue plenamente vigente y no ha sido afectada por ninguna restricción legislativa.”³ La propuesta que comentamos ratifica la opinión del

¹ Juan Carlos Carbonell Mateu, Derecho penal: concepto y principios constitucionales; 3ª edición, tirant lo blanch, 1999, pp.210 y ss.

² Carlos Künsemüller, “Nuevos caminos de la reparación del daño en Derecho Penal”, Gaceta Jurídica nro.235, pp. 20 y ss.

³ Carlos Künsemüller, “Algo más sobre la circunstancia atenuante del artículo 11 nro. 7 del Código Penal”, Revista de Derecho y Humanidades Nro. 7, pp. 91 y ss.

profesor Garrido Montt, en cuanto a que “Hay en el ámbito legislativo nacional una ostensible tendencia a restringir la aplicación de esta atenuante, lo que no parece adecuado. En los últimos años se han dictado leyes dirigidas a descartar la posibilidad de aplicar la atenuante de reparación del mal.”⁴

Tales reflexiones son plenamente aplicables a esta nueva operación legislativa-expropiatoria de la misma atenuante- que se presenta huérfana de la indispensable fundamentación doctrinaria y político-criminal, que es exigible a toda iniciativa legal en materia penal, sobre todo, cuando persigue introducir una excepción a los principios generales orientadores del Código, asentados desde que el proyecto de la Comisión Redactora se convirtió en ley.

Cabe recordar que esta circunstancia persigue fines netamente político-criminales, “obtener reparación para la víctima y evitar males mayores.”⁵ Como indica el profesor Etcheberry, la atenuante parece haberse establecido por razones de política criminal, para estimular en lo posible la reparación del daño sufrido por el ofendido, atrayendo al delincuente con el ofrecimiento de un trato más benigno.⁶

En su comentario, la DPP observa que “la reforma no considera suficientemente los intereses de las víctimas concretas del delito, cuestión que pareciera ser el motivo de esta modificación legal. Ello es patente en la eliminación de la atenuante de “reparación celosa” (nuevo art. 78 quater), pues no sólo se elimina el incentivo a reparar, sino que además se discrimina entre víctimas, puesto que la víctima de un reincidente queda en peores condiciones que la víctima de un delincuente primerizo al tener menos posibilidades de obtener una reparación.”

6.- La inaplicabilidad de los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal, es evidente, de acuerdo al principio “non bis in idem” desde que la “reincidencia propia” ,genérica y específica ha sido utilizada precisamente para sustentar, a través de las nuevas disposiciones, un tratamiento penal especial- agravado- dirigido a quienes tienen la calidad de reincidentes en los delitos detallados en el artículo 78 bis.

7.- Entre las indicaciones formuladas por los parlamentarios al proyecto en cuestión, figura aquella presentada por los Diputados sra. Turre y sres. Cardemil, Eluchans, Monckeberg Bruner, Monckeberg Díaz y Ward, para sustituir en el Nro 15 la palabra “castigado” por “condenado”. Se justificó esta indicación señalando que el término “condenado es más amplio que el de “castigado” ya que este último término implicaba necesariamente el cumplimiento de la condena, cuestión que impedía considerar la agravante en el caso que la persona afectada no hubiera cumplido efectivamente dicha condena, ya sea por estar en rebeldía o por haberse dado lugar alguna modalidad de cumplimiento alternativo u otra causa.” Fue aprobada por mayoría de votos, dejando constancia el Diputado señor Bustos que , “en todo caso el sentido y alcance de la expresión dependería de la jurisprudencia que al efecto fijaran los tribunales.”

⁴ Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General, T.I, pp. 193 y ss.

⁵ Carlos Künsemüller, comentario a sentencia, Revista de Ciencias Penales, T XXXIV, nro 2, 1975, pp. 218 y ss.

⁶ Alfredo Etcheberry, El Derecho Penal en la Jurisprudencia, T. IV, p. 132.

A través de otras indicaciones, del mismo grupo de Diputados ,se propone sustituir las palabras “ser reincidente” en el nro 16 del artículo 12, por “ haber sido condenado” y agregar el siguiente inciso al final de este último precepto: “Las circunstancias agravantes 15ª y 16ª serán aplicables desde que el fallo condenatorio se encuentre ejecutoriado, aun cuando la pena no se encuentre efectivamente cumplida, se encuentre suspendida o se hubiere dado lugar a una modalidad de cumplimiento alternativo “.

Estas indicaciones serán abordadas más adelante, en el acápite dedicado específicamente a la reincidencia.

8.- En el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, referido a la introducción del artículo 78 bis, consta que “Los representantes del Ejecutivo explicaron esta proposición, señalando que ella buscaba endurecer la política criminal respecto de la reincidencia frente a la comisión de una determinada categoría de delitos, considerados extremadamente graves desde el punto de vista de su valoración social. La mayor dureza se expresaba en el establecimiento de reglas especiales de graduación de la pena, modificando el efecto propio de la aplicación de las atenuantes respecto de la penalidad, distinguiendo en relación a las reglas generales del Código Penal entre penas divisibles e indivisibles y los grados de estas últimas penas.”

A los proyectos Boletines 3867-07 y 3931-07.-

1.- De la discusión parlamentaria contenida en los antecedentes estudiados, aparece que el propósito principal de estas iniciativas es, en general, asignar un tratamiento penal más severo a ciertos hurtos de escaso valor, cometidos en supermercados y otros establecimientos de comercio, en los cuales los productos están puestos a disposición del consumidor en estantes o escaparates , materia ésta, en la que “se ha producido una especie de despenalización de ciertos casos ... ya que ... por ser generalmente de una cuantía inferior a media unidad tributaria mensual, no tienen un tratamiento procesal efectivo. Recuérdese que media UTM son aproximadamente 15 mil pesos, lo que permite considerar una falta a los hurtos de varias especies desde los anaqueles de un supermercado.”

En opinión de los parlamentarios no sólo se afecta el bien jurídico propiedad, sino que además se “está faltando a la confianza necesaria para que funcione ese tipo de negocio. Como se sabe, la oferta de bienes en este caso consiste en ponerlos a disposición del consumidor, en el entendido que cuando éste los toma de un estante o escaparate, acepta la calidad y el precio, el que posteriormente pagará al salir y pasar la caja. Ello genera entonces una relación de confianza, tácita, entre el vendedor (dueño del supermercado) y el cliente, ya que el primero hace una oferta a persona indeterminada que se concreta en cada comprador. De esa forma funciona el sistema, y la sustracción de artículos sin pagarlos vulnera ese sistema y la confianza necesaria para la operación del supermercado.” Para la Cámara, este tipo de conductas “ameritan un tratamiento algo más severo que el vigente, lo que la moción logra en forma adecuada al proponer penas proporcionadas a la gravedad de las conductas que se sancionan y facilitar la persecución de estos ilícitos penales.”

2.- La mayor severidad del tratamiento penal propuesto se manifiesta en dos grandes ideas:

A.- Penalizar las etapas de tentativa y delito frustrado, haciendo excepción a la regla general del art. 9º del Código Penal.

B.- Castigar de manera especial la reincidencia en el hurto-falta.

3.- Con fecha 17-08-2005, durante el primer informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, la Comisión acordó tramitar ambos proyectos conjuntamente.

4.- En el proyecto Boletín 3931-07, el inciso final del artículo 494 bis dispone que: “En estos casos se entiende consumado el delito si la cosa comienza a ser consumida dentro del establecimiento ,o si el autor es sorprendido ocultando de cualquier forma la especie, aun cuando no hubiere abandonado el local.”

5.- La propuesta de sancionar la tentativa de hurto-falta generó objeciones de varios Diputados, entre ellos, el señor Cardemil, el señor Araya, el señor Bustos, la señora Guzmán, quienes coincidieron en que la apreciación de dicho grado resulta extremadamente amplia y subjetiva, pudiendo considerarse el simple hecho de coger una cosa para probarla, como una tentativa, desde que no aparece aquí un hecho claro que la identifique desde el punto de vista objetivo. En cambio, en el hurto frustrado existe un claro desarrollo de la voluntad de delinquir, toda vez que el hechor ha realizado todo lo necesario para la consumación del delito, pero no lo logra. El señor Bustos recordó que el proyecto original sólo castigaba el hurto- falta frustrado, excluyendo la tentativa ,debiendo tenerse presente que la regla general del Código Penal es que las faltas se castiguen únicamente cuando están consumadas, por lo que ya se estaría haciendo una excepción al penalizarlas en grado de frustrado.

6.- El señor Subsecretario del Interior hizo presente que la penalización de la tentativa había sido abandonada durante el curso del primer trámite constitucional, “por estimarse que ello podía dar lugar a abusos, en el sentido de que la norma se podría extender a situaciones demasiado extremas y llegar a comprender, por ejemplo, los casos en que las personas toman los productos de un supermercado simplemente para revisarlos y no para comprarlos... Sin embargo, advirtió, el Ejecutivo teme el riesgo contrario, esto es, que los jueces terminen calificando en grado de tentativa delitos que, en verdad, se han frustrado, y por tanto, dejándolos sin sanción.” Indicó como aconsejable establecer una pena aunque sea mínima, para la tentativa. Añadió que “en esta materia resulta particularmente importante que exista un registro de sanciones, para los efectos de configurar la reincidencia y, así, quienes se dediquen en forma habitual a estas actividades sean efectivamente castigados.”

A su turno, el Director Jurídico del Ministerio de Justicia, señor Francisco Maldonado, precisó que “...el problema se acentúa si se considera que, en este tipo de ilícitos, determinar el límite entre la tentativa y la frustración es tarea muy compleja, lo que dificulta la calificación de los hechos y, en definitiva, propicia la impunidad “. Añadió que el camino para salvar dicho problema “es establecer expresamente una sanción para ambos ilícitos-la falta tentada y la frustrada-, de modo que ninguno de ellos pueda quedar excusado al amparo del otro.”

7.- El Diputado señor Bustos expuso que para contar con un registro que permitiera tener un control sobre la reincidencia, bastaba con sancionar el hurto frustrado, además que le parecía que recargar las funciones de la fiscalía con la investigación de esta figura podría provocar su colapso y el consiguiente desplazamiento de investigaciones más importantes.

8.- Los representantes del Ejecutivo apoyaron la indicación –de penalizar la tentativa del hurto-falta – “señalando que, a su parecer, no era la severidad de la sanción lo que interesaba sino la formación de un registro que permitiera penar la reincidencia y la utilización de menores en estos ilícitos, como también la persecución de las bandas organizadas para la comisión de este tipo de delitos”.

9.- Las modificaciones al tratamiento de la reincidencia implicaron el acuerdo de que la nueva regulación también abarcaría los casos de frustración y de tentativa y que la penalidad iría en aumento dependiendo de la cantidad de condenas por los mismos hechos.

10.- En definitiva, prevaleció la negativa a castigar el hurto-falta en grado de tentativa, dada la dificultad que, en esta hipótesis, encontrará la mayor parte de las personas para discernir si el comportamiento de otra es ilícito o no.

La representante del Ministerio de Justicia – dando a conocer un cambio de criterio- se sumó a esta posición, señalando que esa Cartera es contraria, incluso, a imponer una pena al hurto falta frustrado, haciendo, además, presente que este asunto debe ser también analizado a la luz de la Ley 20.084, normativa especial con la que podría eventualmente producirse un conflicto.

11.- El texto de la iniciativa quedó como sigue, conforme a los antecedentes proporcionados a quien informa:

Se transcribe sólo la parte que interesa para estos efectos:

Artículo 494 bis.-

Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasa de media unidad tributaria mensual.

La falta de que trata este artículo se castigará con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si se encuentra en grado de frustrada.

En caso de reincidencia en hurto falta frustrado, se duplicará la multa aplicada. Se entenderá que hay reincidencia cuando el responsable haya sido condenado previamente por delito de la misma especie, cualquiera que haya sido la pena impuesta y su estado de cumplimiento. Si el responsable ha reincidido dos o más veces se triplicará la multa aplicada.

LAS NUEVAS NORMAS SOBRE REINCIDENCIA FRENTE A LA DOGMÁTICA NACIONAL Y COMPARADA Y LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

I. El Código Penal chileno contiene en su artículo 12 un extenso catálogo de circunstancias agravatorias de la responsabilidad penal, de carácter genérico, a las que cabe agregar la causal “mixta” del artículo 13, susceptible de atenuar o agravar la responsabilidad. El sistema de “*numerus clausus*” seguido por los redactores del Código, opuesto a una creación analógica de agravantes, es aprobado, en general, por la doctrina nacional, “sin perjuicio que se objeta la enunciación fatigosa, casuística, inconexa y repetitiva de 19 circunstancias enumeradas sin ningún orden ni clasificación.”⁷

La reincidencia, antiquísima causal de incremento de la pena, ocupa un lugar destacado en el catálogo nacional, representándose a través de tres figuras: Nros 14, 15 y 16 del artículo 12. Ha sido caracterizada como “una de las más importantes circunstancias de agravación” y construida, en términos generales, sobre “el hecho de volver a cometer un delito después de haber sido condenado anteriormente por el mismo o por otro delito.”⁸

Es costumbre de nuestros autores distinguir entre una reincidencia “propia o verdadera” (Nros. 15 y 16) y una reincidencia “impropia o ficta” (Nro. 14). Dentro de la “propia”, se acepta la división entre “genérica” (Nro. 15) y “específica” (Nro. 16). La reincidencia verdadera o propia se da-apunta el Profesor Eduardo Novoa Monreal- cuando vuelve a cometer delito el que había sido condenado antes y había cumplido la pena impuesta. Es reincidencia ficta o impropia aquella en que incurre el que fue condenado antes a virtud de sentencia ejecutoriada y delinque nuevamente sin haber cumplido aquella condena. Se denomina reincidencia genérica la que consiste en la repetición de un delito de diversa especie del otro u otros que ya fueron objeto de juzgamiento y específica es aquella en que el nuevo delito cometido es de la misma especie que el delito antes sancionado.⁹

La historia de la reincidencia en nuestro Derecho Positivo se inicia con la Sesión Novena de la Comisión Redactora del Código Penal (21 de mayo, 1870), en la que se aprobó, previo un breve de intercambio de opiniones entre los señores Altamirano, Gandarillas y Rengifo, el número 17 del artículo 12, en los términos siguientes: “Haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena”. Sin discusión fue aprobado el numeral 18, “Ser reincidente en delito de la misma especie”. La figura de reincidencia –denominada “ficta”- que se contiene en el No 14 del artículo 12, no existía en el Código hispano que sirvió de modelo principal al nuestro. Este factor de agravación es original del texto nacional y su incorporación fue aprobada en la sesión 138, a indicación del señor Fabres, con ocasión de estudiarse el texto definitivo del actual artículo 91 del Código.¹⁰

Los comisionados Gandarillas y Fabres basaron su opinión favorable a legislar sobre esta agravante, en la “mala fama” del reo y de esto deduce Alejandro Fuenzalida que el ánimo

⁷ Carlos Künsemüller, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, T I, arts. 12 y 13, pp. 187 y ss.

⁸ Alfredo Etcheberry *Derecho Penal*, T.II, Edit. Jurídica, p. 26.

⁹ Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Edit. Jurídica, T.II, p. 87.

¹⁰ *Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno*, p. 497.

de la Comisión habría sido establecer la reincidencia como circunstancia agravante a título de reacción o contrapartida por la incorporación de la irreprochable conducta anterior del sujeto, como circunstancia atenuante. “Si el Código atenúa la pena de los delincuentes que han observado una conducta irreprochable, la lógica obligaba a establecer una agravación para los de conducta viciosa.”¹¹ En opinión de este autor, “... el legislador atendiendo a que no tiene una medida exacta para penar los delitos, puede i debe aumentar la pena de los delincuentes que estando cumpliendo una condena o que después de haberla quebrantado delinquen de nuevo e igualmente la de los culpables que habiendo sido castigados anteriormente cometen otra vez un delito de igual o distinta especie; porque esta conducta hace presumir que para ellos las penas comunes no han sido eficaces ni proporcionadas a su inmoral obstinación.”¹² Por su parte, el comentarista Pedro Javier Fernández, en su obra “Código Penal de la República de Chile”, señala, en relación a los nros 14, 15 y 16 del artículo 12, que “las tres causales que anteceden llevan envuelta una misma doctrina: agravar la responsabilidad del delincuente cuya perversidad se manifiesta por la reiteración de sus actos criminosos”.¹³

II. La reincidencia en un hecho punible aparece desde los primeros ordenamientos jurídicos, tanto en el Derecho Romano como en el Germánico, considerada como un indiscutible factor de exasperación de la severidad de la pena. En el devenir de las regulaciones legales se observan importantes diferencias cualitativas y cuantitativas, pero aparece muy claro “lo arraigado de la convicción de la necesidad de tratamiento penal especial de la reincidencia.”¹⁴

No obstante, en el desenvolvimiento histórico de la institución aparecen doctrinas que, hace ya más de doscientos años, le negaron todo efecto jurídico o le atribuyeron efectos atenuatorios de la sanción. Autores como Carmignani, Carnot, Alauzel, Köstling, Gesterling, Mittermaier, Pagano, Giuliani y también Merkel, mantuvieron la ilegitimidad de la agravación por causa de reincidencia, al no hallar en el concurso de esta circunstancia aumento de daño material, moral o político del delito. El núcleo de su rechazo residía en estimar que castigar más gravemente a un hombre a causa de un delito anterior, cuya condena había sido ya cumplida, constituiría una grave injusticia, un quebrantamiento del principio “nos bis in idem”.¹⁵ El Código Penal Toscano de 1786, establecía que “agotada la pena, no podrán ser considerados como infames para ningún efecto ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito, que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con la que habían sufrido.”¹⁶ Carrara, partidario de mantener la reincidencia, expresó que “No se puede afirmar que, a causa de la reincidencia, se aumente la cantidad del segundo delito, pues ella no es ningún motivo para aumentar la imputación, y este supuesto fue el error que ocasionó tan graves objeciones contra la pena de la reincidencia. Se afirma que el reo ha “saldado” ya la primera partida, y sería injusto ponerle en cuanta por segunda vez. En vano los moralistas declaman contra la mayor perversidad del reincidente, pues el Derecho Penal, juez competente de la maldad de un acto, no puede mirar la maldad del hombre, sino

¹¹ Alejandro Fuenzalida, *Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno*, Lima, 1883, p. 108.

¹² Fuenzalida, *op. cit.*, p. 109.

¹³ Pedro Javier Fernández, *Código Penal de la República de Chile*, 1899, p. 113.

¹⁴ Santiago Mir Puig, *La reincidencia en el Código Penal*, Bosch Casa Editorial, 1974, p.8.

¹⁵ Cit. por Luis Jiménez de Asúa, en *La Ley y el Delito*, p. 536.

¹⁶ Cit. por Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal*, Ediar. 2002, p. 1059.

traspasando sus límites.¹⁷ En opinión del maestro de Pisa, la reincidencia no aumenta ciertamente la “cantidad material “del delito, pero sí la “cantidad política”, siguiendo a Bentham en cuanto a que si el delito es cometido por un reincidente, ello es motivo de aumento del daño mediato, ya que el temor de los buenos aumenta al ver que la pena no sirve para refrenar a los culpables y que aumenta el mal ejemplo al mostrarles a los malos como desprecia la pena el que ha sufrido sus rigores.¹⁸ El gran penalista italiano entendía que la “única razón aceptable” para aumentarle la pena al reincidente consiste en la insuficiencia de la pena ordinaria y esta insuficiencia la demuestra el reo mismo con su propio hecho, es decir, con la prueba positiva que resulta de su desprecio a la primera pena.¹⁹ Gesterling, vigoroso opositor a la reincidencia, presentó su argumentación en la forma del siguiente dilema: “Por medio de ella se pretende poner a cargo del delincuente, o el primer delito, o la primera pena; si es el primer delito, hay injusticia, pues ya se le imputó a la primera vez; si es la primera pena, también hay injusticia, porque esa pena es un hecho de la sociedad, no un hecho propio del delincuente.”²⁰

Para Bucellati y Kleinschrod, la reincidencia debía operar como una circunstancia de atenuación, toda vez que la repetición del delito implica una fácil tendencia al mal y una menor libertad de decisión, por tanto, menor imputabilidad en el agente. Kleinschrod encontraba en la sociedad la causa la causa de la reincidencia, por creer que el ambiente social y familiar de vicio y corrupción, escasez de trabajo, mala distribución de la riqueza y sobre todo, la defectuosísima organización penal y penitenciaria son culpables de que aquellos delincuentes, víctimas de las circunstancias que los rodean, se encuentren en situación propicia para recaer en el delito.²¹

Un par de siglos después de expresadas esas opiniones, un estudioso del Derecho Penal chileno, Eduardo Escalona Vásquez, alumno del Curso de Magíster en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (año 2003), ha propuesto incorporar la reincidencia como una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, atendida la imputabilidad disminuida del sujeto que, no obstante habersele aplicado la sanción más rigurosa del ordenamiento jurídico, es incapaz de adecuar su conducta a Derecho.

III. Como indica Mir Puig, la problemática de la reincidencia va mucho más allá de su interés meramente histórico, preocupa de forma especial en la actualidad, encontrándose en las cifras de reincidencia que ofrecen las estadísticas de muchos países, una justificación del interés y atención que le dispensan las ciencias penales.²² A fines del siglo XX y comienzos del actual el constatado incremento considerable de la reincidencia comenzó a traer una particular inquietud doctrinal, siendo muy representativas las palabras de Von Liszt: “La política criminal de nuestros días puede resumirse en dos problemas cuya

¹⁷ Francisco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Temis 1996, Vol. II, p.201 y ss.

¹⁸ Carrara, op. cit.

¹⁹ Idem.

²⁰ Gesterling, cit. por Carrara, op. cit., p. 205.

²¹ Luis Jiménez de Asúa, op. cit., p. 537.

²² Mir Puig, op. cit., pp. 10 y 11.

solución no puede ser aplazada por más tiempo: combatir la reincidencia y salvar a los criminales de ocasión.”²³

El continuo debate que ha mantenido a la reincidencia en el sitio de los graves problemas del Derecho Penal, tiene, sin duda, claros ribetes político-criminales y sitúa a la discusión en este específico ámbito político-jurídico. La reincidencia está vinculada a la política criminal general de un Estado y representa un poderoso índice- aunque no el único- de la eficacia de un sistema penal” o, como se ha dicho en alguna ocasión, su piedra de toque”.²⁴ Por ello no es extraño que un importante sector de la doctrina penal reconozca un nexo estrecho entre el fenómeno de la reincidencia y la problemática general de ius puniendi y el sentido de la pena.²⁵ Ha sido precisamente el fracaso de la legislación penal tradicional frente al fenómeno de la reincidencia uno de los principales incentivos para, a través de la observación de la necesidad de un cambio en la configuración y el sentido de la reacción penal ante los reincidentes, someter a revisión, con perspectiva político-criminal, la totalidad del sistema punitivo clásico imperante en el S.XIX.²⁶

La introducción de las medidas de seguridad, las cuales, aún junto a la pena o incluso, más exactamente, para liberar a ésta de finalidades incompatibles con el principio de culpabilidad, en la forma del sistema binario o de la doble vía (“Zweispurigkeit”), hoy dominante en la generalidad de las legislaciones penales,²⁷ ha sido la mejor prueba de los afanes revisionistas político-criminales.

IV. Parece estar fuera de discusión la intervención de primera línea que les cabe a la criminología y a la ciencia penitenciaria en el problema de la reincidencia; se ha llegado a clasificar a la reincidencia en **legal, penitenciaria y criminológica**.²⁸ La voz de la criminología debe ser escuchada atentamente- por tener mucho que decir- sobre la cuestión central de las causas de la repetición de la conducta criminal, así como en tópicos tan significativos como el de la relación existente entre la criminalidad precoz y la reincidencia, que podría llevar al conocimiento de datos de máxima importancia para el pronóstico, y, tal vez, evitación de la reincidencia. Por su parte, la ciencia penitenciaria reconoce desde hace tiempo que la reincidencia constituye un criterio central para medir el éxito o fracaso de un régimen carcelario.²⁹ Giannini califica a la reincidencia de “pietra di paragone per misurare il suceso del sistema penitenziari.”³⁰

V.- En una perspectiva “mixta”, político-criminal y político-penitenciaria, se reconoce y destaca en la actualidad la directa vinculación entre la crisis de la pena carcelaria y el problema de la reincidencia, postulándose la urgente necesidad de buscar caminos para asegurar el efectivo cumplimiento de la prevención especial, en cuanto función instrumental de la pena: la pena privativa de libertad y la prisión deben tener efectivamente como objeto “reeducar a la persona, reintegrarla socialmente, resocializarla, y como

²³ Cit. Por J.Sacker, en “Der Rückfall. Eine kriminal-politische und dogmatische Untersuchung”, Berlin, 1892.

²⁴ Mir Puig, op. cit., p. 9.

²⁵ Kunsemuller, “La circunstancia agravante de reincidencia”, Gaceta Jurídica nro. 212, p.63.

²⁶ Mir Puig, op. cit., pp. 9 y 10.

²⁷ Mir Puig, op. cit., p. 10.

²⁸ Mir Puig, op. cit., p. 13.

²⁹ Mir Puig, ídem.

³⁰ Cit. por Mir Puig, op. cit., p. 14.

colatorio de ello, que no haya reincidencia, es decir, que no vuelva el mismo sujeto a llevar a cabo un delito.”³¹ Es evidente que la cárcel- en su concepción y estructura tradicional- como método de “desocialización”, no puede resocializar a nadie y no está en condiciones, por ende, de prevenir la reincidencia. También se ha hecho patente la necesidad de revisar y rediseñar los sistemas de medidas alternativas a la prisión, a las cuales se concede la idoneidad (limitada, por cierto), para neutralizar las funciones no declaradas de la pena de encierro. Los especialistas llaman la atención de que en el ámbito de las funciones no declaradas de la pena- que son las realmente efectivas, que funcionan ciertamente- ella no es más que un castigo, se agota en esto, careciendo la privación de libertad de otro sentido y finalidad que no sea separar a unos individuos determinados del conjunto de la sociedad.³²

Numerosas investigaciones empíricas en torno a las penas de encierro denuncian el rotundo fracaso de los regímenes penitenciarios, sobre todo, en relación a los efectos de prisionización, que impiden en el condenado todo desarrollo de índole personal (despersonalización). Estos efectos- explica el profesor Bustos Ramírez- aparecen como inherentes a la privación de libertad, no sólo por los efectos mismos que la pena tiene, sino que también por los efectos de la organización penitenciaria. Las organizaciones de tipo cerrado, de organización total, como es el caso de la cárcel, tienen la tendencia a conformarse en un sistema justificado en sí mismo y para sí mismo. Por lo tanto su único efecto sobre el ciudadano es hacerlo cumplir los objetivos de la propia organización.³³ De esta evidencia desprende el mismo autor ,que los objetivos declarados de la prevención especial, incluido el de no reincidencia, cuyo logro todos esperan y que a todos complacen, fracasan, no se materializan, fracaso éste, que aumenta su propia gravedad, en virtud de la violencia discriminatoria que implica la cárcel, ya que los que se encuentran en su interior son- en cualquier país del mundo- los que presentan un mayor déficit social y requieren, por tanto, una mayor atención social compensatoria de parte del Estado.³⁴

Desde el ámbito de las medidas alternativas, se alzan voces que se oponen decididamente al criterio de dejar al margen de aquellas a los reincidentes, como ocurre en Chile con la Ley 18.216, por ser en la mayor parte de los casos justamente los más necesitados de asistencia. De otro modo, se condena irremediamente a estas personas a tener la cárcel como única respuesta a su problemática y a continuar su carrera delictiva en base a la presunción incontrastable de que no pueden llevar una vida en libertad sin delito. El reincidente, en cuanto ser marginado, queda- como señala Doñate- entonces doblemente marginado.³⁵

VI. La revisión atenta de la discusión producida a lo largo de dos siglos, demuestra, entre otros resultados, la imposibilidad de asignar un fundamento sólido, claro y generalmente compartido a esta agravante, lo que a su vez, explica la variedad de respuestas sobre el

³¹ Juan Bustos Ramírez, “La crisis de las penas privativas de libertad y de la institución penitenciaria en general”, en *Acerca de la cárcel, Cuadernos de Análisis Jurídico*, U. Diego Portales, p. 9.

³² Bustos Ramírez, *op. cit.*

³³ *Idem.*

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ María Inés Horvitz, “Las medidas alternativas de la prisión. Su inserción en el sistema penitenciario chileno y presupuestos para su profundización en Chile”, en *Acerca de la cárcel, Cuadernos de Análisis Jurídico*, U. Diego Portales, p. 55.

particular, las variaciones detectadas en su regulación por los textos legales, así como la paulatina disminución de su radio de acción.³⁶

“Ciertamente, el fundamento de la reincidencia, así como su naturaleza, son cuestiones tremendamente controvertidas, que han suscitado multitud de posiciones doctrinales y una falta de orientación unitaria en la jurisprudencia.”³⁷

Desde hace doscientos años se repite la pregunta acerca de si se puede aplicar una pena más severa a la que corresponde a la clase de delito de que se es culpable, si han cometido un primer delito por el que fueron penados, infligirles una nueva pena por ese crimen ¿no será violar abiertamente a su respecto el non bis in idem, que es una de las bases fundamentales de toda legislación en materia criminal? Y es respondida mediante la afirmación de tal violación por los defensores de un estricto Derecho Penal liberal o de garantías. Lo cierto es que en ese mismo lapso “nadie ha podido responder satisfactoriamente la objeción de que la mayor gravedad de la pena del segundo delito es un plus de gravedad a causa del primero.”³⁸

Tenemos, en consecuencia, una “asignatura pendiente” con el tema de la reincidencia, específicamente en cuanto al desarrollo armónico y racionalmente fundamentado de los motivos que, enraizados en principios fundamentales de Derecho Penal y Política Criminal, se oponen a su vigencia en los Códigos Penales en calidad de causal de agravación de la pena. En esta tarea resulta “alentadora la tendencia de la legislación comparada que la eliminó total o parcialmente de varios textos.”^{38a} Doña Bárbara Kunicka-Michalska, Doctora y Profesora Titular, Catedrática de Derecho Penal del Instituto de Ciencias Jurídicas de la Academia de Ciencias de Polonia, refiriéndose al nuevo Código Penal peruano de 1991, destaca que los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad no existen ahora en la Parte General del Código, pues el legislador estuvo en contra de ellas. En la Exposición de Motivos se dejó constancia que no era válido conservar estas formas aberrantes de castigar y que según la Comisión revisora, carece de lógica, humanidad y sentido jurídico el incremento sustantivo de la pena, correspondiente a un nuevo delito, por la reincidencia o habitualidad, teniendo sólo como fundamento la existencia de una o varias condenas anteriores cumplidas. En la parte correspondiente, se dejó constancia de que, “.

Dentro de este razonamiento castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ha satisfecho, conlleva una violación del principio “non bis in idem” (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito) el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233, inc. 11 de la Carta Política.”³⁹

Resulta sin duda de interés recordar, aún cuando ello tenga hoy en día una relevancia más que nada histórica, las discusiones habidas y conclusiones obtenidas en la labor de

³⁶ Esperanza Vaello Esquerdo, “Aspectos problemáticos de la reincidencia”, en Libro Homenaje al Profesor Dr. Marino Barbero Santos, Edic. U.Castilla La Mancha, 2001, Vol. I, p. 1360 y ss.

³⁷ Idem.

³⁸ Zaffaroni, op. cit.

^{38a} Idem.

³⁹ Bárbara Kunicka-Michalska, “El nuevo Código Penal del Perú”, Revista de Derecho, U. Católica de la Santísima Concepción, Vol. V, 1996, p. 241 y ss.

preparación de la Parte General del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica-entre 1963 y 1971- , iniciativa jurídica de la más alta envergadura continental, debida al talento y esfuerzo visionario del maestro Eduardo Novoa Monreal, que supo incorporar a esta magna tarea a destacados penalistas de la mayoría de los países latinoamericanos. En el Capítulo Segundo, denominado “Reincidencia, Habitualidad y Profesionalidad”, el artículo 69 dispone que: ”al que volviere a cometer delito después de haber sido condenado por sentencia firme ,se le podrá agravar la pena hasta la mitad del máximo de la establecida para el correspondiente delito.”⁴⁰ Como puede advertirse, en este proyecto se consagra una agravación facultativa a causa de reincidencia, lo que, no obstante mantenerse el instituto agravatorio y ser criticable por ello, significó un cierto progreso en la orientación restrictiva, al privarlo de su clásico carácter obligatorio. La Comisión Chilena, entre sus observaciones al proyecto de la Comisión Argentina I, que preparó el texto, no aceptó que la fórmula se satisficiera con la sola sentencia condenatoria que tenga el carácter de firme, anterior al nuevo delinquir. La mayoría de los miembros de la Comisión chilena fue de parecer que para los efectos agravatorios que podría llevar aparejados la reincidencia, debería exigirse el cumplimiento de la pena o sanción impuesta por aquella.⁴¹ El profesor Novoa Monreal, en sus observaciones al proyecto, hizo ver su punto de vista, opuesto a que revista por sí mismo un significado para el derecho penal el que un individuo que cometió delito y fue condenado por la justicia vuelva a delinquir, “no es la recaída lo que interesa jurídicamente, sino la tendencia al delito que esta recaída puede demostrar.” “De lo anterior, se sigue que la mera recaída no puede sufrir un efecto de aumento de la pena del delincuente en todo caso.” Agregaba el tratadista e impulsor del Código Tipo, algo que hoy en día es opinión común en la política criminal moderna: “En todo caso, la reincidencia debe quedar en relación con las medidas de seguridad de carácter reeducativo aplicables a individuos antisociales y ser vinculada directamente con la habitualidad criminal y las medidas que le son aplicables.”⁴²

VII. El debate entre los penalistas hispanos sobre la reincidencia ha sido muy intenso, a lo largo de los años, hallándose jalonado por una diversidad de razones o motivos que, mayoritariamente, han llevado a excluir—en la esfera doctrinaria- la reincidencia del campo de las agravantes de responsabilidad penal. Atendida la indiscutible paternidad del Código Penal hispano de 1848-1850 respecto del nuestro y la marcada influencia del sentir doctrinario peninsular, resulta sin duda ilustrativo traer a colación algunas de las opiniones más relevantes sobre esta compleja temática.

Mir Puig- principal estudioso de la reincidencia en España- concluye que, para dar razón satisfactoria al tratamiento de la reincidencia habría que reformar la ley, de manera que la agravación de la pena por reincidencia debería suprimirse o, al menos, hacerse facultativa.

⁴⁰ Código Penal Tipo para Latinoamérica, Parte General, T.I, Edit Jurídica de Chile, 1973, Capítulo Segundo , p. 464 y ss.

⁴¹ Código Penal Tipo para Latinoamérica, op. cit., p. 464 y ss.

⁴² Idem.

⁴³ En esta misma tesis, dirigida a proponer una nueva regulación,(agravante facultativa), se inscribe Diez Ripollés.⁴⁴

No nos parece que actualmente una “fórmula de compromiso”, como sería la de conformarse con una agravante facultativa, sea actualmente la más acertada y permita, endosándole el problema a los jueces, después de doscientos años de disputa, encontrar la solución adecuada. En verdad, no es solución alguna y significa, a fin de cuentas, mantener “más de lo mismo.” Como dejamos establecido en líneas anteriores, ya en el S. XVIII varios juristas se opusieron tenazmente a la reincidencia como causal de incremento de la pena rechazando su vigencia en los Códigos y requiriendo, por ende, su abrogación.⁴⁵

La solución verdadera, ajustada tanto a principios capitales del Derecho Penal, como a las exigencias político-criminales modernas, pasa- en nuestro concepto- necesariamente, por la eliminación de la circunstancia agravante de reincidencia, como lo ha venido exigiendo un importante número de representantes del pensamiento penal hispano desde hace tiempo.

El punto más controvertido ha sido y sigue siendo el fundamento atribuible a la reincidencia para seguirla manteniendo como factor de agravación, presentándose al respecto una gran variedad de explicaciones diversas. “Se ha hablado, al respecto, de mayor culpabilidad, mayor injusto, mayor peligrosidad, perversidad del reo, actitud de rebeldía y desprecio del mismo hacia el ordenamiento jurídico, necesidad de mayor pena para aquellos sujetos en los que la prevención especial no ha surtido el efecto deseado, etc., evidenciándose así lo difícil que resulta justificar la existencia de esta agravante al menos en los términos en que viene siendo concebida.”⁴⁶

Por encima de esa amplia gama de explicaciones, no faltan quienes optan lisa y llanamente por recomendar la supresión de la circunstancia, estimando que resulta imposible hallarle fundamento desde la perspectiva de un derecho penal culpabilístico.⁴⁷ Rodríguez Mourullo ha seguido este camino, expresando que estamos ante un supuesto en que la pena aumenta, a pesar que la culpabilidad no varía, debiendo renunciarse al intento de explicar la función agravatoria de la reincidencia desde la perspectiva del Derecho penal de culpabilidad. “En este sentido las agravantes de reiteración y reincidencia representan un cuerpo extraño en el marco de la concepción retributiva de la pena que profesa el Código español”(se trata del texto revisado de 1963)⁴⁸ A su entender, la actitud más realista es reconocer una quiebra de los principios fundamentales que inspiran al Código, antes que tratar de conseguir explicar artificiosamente a cualquier precio la agravación por reincidencia desde la perspectiva de un Derecho Penal de culpabilidad. “Las agravantes de reincidencia y reiteración no sólo representan un sensible quebranto del Derecho penal de culpabilidad, sino que además, aparecen, desde otra perspectiva, como medios político- criminales poco adecuados. Ambas

⁴³ Mir Puig, “Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993, p. 1139 y ss.

⁴⁴ Diez Ripollés, “Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992”, en La Ley, 1993, 2, p. 905.

⁴⁵ Supra 9) y 15).

⁴⁶ Vaello Esquerdo, op. y p. cit.

⁴⁷ Vaello Esquerdo, op. cit., p. 1362.

⁴⁸ Rodríguez Mourullo en Córdoba Roda/ Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código Penal, reimpresión 1976, I, p. 741 y ss.

suelen mostrar el fracaso de los efectos preventivos de la pena anteriormente impuesta. Ante este fracaso parece poco oportuno que el ordenamiento jurídico reaccione, a su vez “reincidiendo” en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención precisamente a través de la misma sanción que fracasó ya con anterioridad. El medio más apropiado para conseguir estas finalidades no será ciertamente el aumento de la cantidad de la sanción retributiva que ya fracasó, sino la aplicación de una sanción de naturaleza distinta.”⁴⁹

También abogan por la eliminación de la reincidencia Cobo del Rosal y Vives Antón⁵⁰, García Arán⁵¹ y Zugaldía Espinar⁵².

Ante la realidad de que “los problemas que ha planteado la reincidencia son sumamente importantes y controvertidos”⁵³, un sector doctrinal ha puesto en duda la compatibilidad de la reincidencia con la Constitución, generándose, a la par, “discutibles y polémicas interpretaciones del Tribunal Supremo, sobre todo, a raíz de la sentencia de 6 de abril de 1990, en la que se negaba la constitucionalidad de la obligación de atribuir efecto agravatorio a la reincidencia.”⁵⁴ Zugaldía Espinar⁵⁵, Jareño Leal⁵⁶ y Garzón Real/Manjón-Cabeza Olmeda⁵⁷, han sostenido categóricamente su inconstitucionalidad. En las obras de estos autores pueden examinarse en detalle los argumentos dados para sustentar tan capital interpretación y que, atendida su naturaleza, justifican un estudio separado en otra sede.

VIII. La reincidencia ha dado lugar, en nuestro medio científico, a comentarios de los autores, principalmente en lo tocante a su fundamento y justificación, con ocasión del análisis en el contexto de las circunstancias generales de agravación de la responsabilidad penal. Actualmente, el pensamiento dominante en nuestra doctrina se manifiesta opuesto a la reincidencia y ha sido explícitamente recogido en el Foro Penal encargado de elaborar el proyecto de nuevo Código Penal, que acordó suprimirla totalmente del catálogo de agravantes, poniéndose de este modo-acertadamente- a tono con los criterios político-criminales que desde hace ya tiempo venían siendo requeridos como única solución adecuada para una cuestión plagada de controversias, ligadas a caracteres fundamentales y principios limitativos del ius puniendi estatal.

Revisaremos someramente las opiniones vertidas por los distintos autores, que, en cuanto patrimonio cultural-penal, evidentemente influyeron exitosamente en la resolución del Foro Penal, la que, de aprobarse en la instancia parlamentaria y transformarse en ley de la República, nos situará entre las naciones más avanzadas en la tarea reformadora.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Cobo del Rosal/Vives Antón, Derecho Penal, Pte General, 5ª edición, 1999, p. 901.

⁵¹ García Arán, Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español, Barcelona 1982, p. 164.

⁵² Zugaldía Espinar, “Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia”, Poder Judicial Nro 13, 1989, pp. 85 y ss.

⁵³ Cobo del Rosal/Vives Antón, op. cit.

⁵⁴ Cit. por Vaello Esquerdo, op. cit., p. 1363.

⁵⁵ Zugaldía Espinar, op. cit. supra 52).

⁵⁶ Jareño Leal, “Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad”, en Poder Judicial nro 22, 1999, p 254.

⁵⁷ Garzón Real/ Manjón-Cabeza Olmeda, “Reincidencia y Constitución”, en Actualidad Penal, 1991, 1.

Después de pasar revista a los fundamentos habitualmente dados para la agravación por reincidencia, Enrique Cury concluye que ella, en cuanto circunstancia 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 gran mayoría de la literatura contemporánea. Tras ella, en efecto, parece ocultarse una confianza casi candorosa en la eficacia preventiva de las amenazas penales, con arreglo a la cual, si se conmina una pena más severa en contra del reincidente, se detendrá con alguna certeza a quien ya sufrió una sanción punitiva y se propone delinquir por segunda vez; esta premisa la considera falsa, ya que lo esperable de la eficacia preventiva general de la pena es muy poco en relación con un reiterante; y más aún, si se trata de un habitual o profesional. Asimismo, estima que la agravante enmascara un propósito disimulado de atribuir a la pena finalidades vindicativas, que si bien muchos creen encontrar en su origen, nadie querría suscribir actualmente. Concluye “resignadamente que la reincidencia es una agravante sin fundamentos, que permanece suspendida en el vacío de unas normas positivas injustificables. Por eso debe ser bienvenido todo cuanto se haga para excluirla de la ley en vigor.”⁵⁸ Por fortuna, hemos tenido ya ocasión de pronunciar la bienvenida de que habla Cury, con su personal concurso y el de muchos otros colegas, en las propuestas del Foro Penal.

Mario Garrido Montt, en una clara línea político-criminal, propugna la eliminación de la agravante de reincidencia, “porque tal instituto no concuerda con los principios que inspiran las actuales formas de reacción del Estado ante los comportamientos injustos”.⁵⁹

En la misma tendencia crítica que Garrido, el profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, al sentar lo que denomina “un conjunto de ideas rectoras a que debe ajustarse cualquiera reforma punitiva, sea total o parcial, a la altura de nuestro tiempo”, y proponer un conjunto de principios “que hoy no cabe ignorar ni eludir”, señala como consecuencia del respeto al principio de actividad, “la proscripción de la reincidencia”.⁶⁰

Por su parte, Sergio Politoff, al referirse a la dicotomía “Derecho penal del hecho y Derecho Penal de autor”, después de señalar que nuestro sistema penal mantiene la tradición liberal de un Derecho penal del hecho y no de un Derecho penal de autor, reconoce la existencia de ocasiones en que nuestro sistema se aparta, en mayor o menor grado, del Derecho penal del hecho. Entre las expresiones de un Derecho penal de autor, incluye a las disposiciones sobre la reincidencia- generalmente controvertidas en la doctrina- “ya que ellas constituyen (sobre la base de criterios de peligrosidad) una contradicción con el principio non bis in idem, ya que el hechor recibe un castigo adicional en consideración a un hecho del pasado por el cual ya sufrió la pena correspondiente y que es ajeno al hecho sobre el cual decide la actual sentencia.”⁶¹ El profesor Jorge Mera Figueroa, en un estudio científico de los Derechos Humanos en el Derecho Penal chileno, sostiene que, en general, se respeta el principio del Derecho Penal de acto en nuestra legislación, pero existiendo, sin embargo, algunas excepciones. A su juicio, la más relevante desde el punto de vista del Derecho Penal sustantivo, es quizás la agravante de

⁵⁸ Cury, Derecho Penal, Parte General, Edit. Jurídica de Chile, 1994, T.I, p. 138 y ss.

⁵⁹ Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General, Edit. Jurídica de Chile, T.I, p. 207.

⁶⁰ De Rivacoba y Rivacoba, “Tentaciones, Principios y Perspectivas para una Política Criminal en Chile a la altura de los tiempos”, en Política Criminal y Reforma Penal, Edit. Jurídica Conosur, 1996, pp.25 y ss.

⁶¹ Politoff Sergio, Derecho Penal, T. I., Edit. Jurídica Conosur, 1997, pp.243 y ss.

reincidencia, de raigambre peligrosista y que además viola el principio non bis in idem. Se agrava la responsabilidad del sujeto, no en atención a una intensificación del injusto o de la culpabilidad en relación al hecho que motiva la condena, sino en consideración a su comportamiento anterior, el que ya fue objeto del correspondiente reproche y sanción.⁶²

En nuestra obra “Culpabilidad y Pena”, hemos establecido que en nuestra legislación se suele identificar muy claramente con un Derecho Penal de autor- la reacción penal responde a lo que el individuo es, no a lo que ha hecho- a la circunstancia agravante de reincidencia específica (art.12 nro 16 del Código Penal), que tiene por base el “ser reincidente”, implicando, además de la infracción al principio de culpabilidad por el acto, un notorio abandono del límite esencial “non bis in idem.”⁶³

Las objeciones precedentes se han visto recientemente corroboradas por las intervenciones que en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia les cupo, entre otros, a los profesores Raúl Tavolari Oliveros y José Luis Guzmán Dálbora. Transcribimos los párrafos pertinentes de tales intervenciones:

a) Profesor Tavolari:

“En lo que se refiere a la reincidencia, ya que se pretende intensificar sus efectos, creía necesario hacer presente que deberían tenerse en cuenta los reparos que ésta merece a la doctrina, la que considera que lo que permite agravar la responsabilidad del autor, no es la culpabilidad o la pena del hecho ya juzgado sino una especie de etiqueta que afecta al autor de una condena ya cumplida. No es que se vuelva a juzgar o a penar nuevamente, sino que la pena sufrida determina una clase especial de autor a quien afecta exclusivamente la agravante. Por ello, estimaba que el sistema así estructurado discriminaba a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado de acuerdo a la ley penal.”

b) Profesor Guzmán:

Después de explayarse sobre los dos arquetipos posibles de distinguir en el Derecho Penal, uno de corte liberal y otro totalitario, expuso:

“Sobre la base de lo anterior, considera que sancionar la reincidencia resulta contrario a todo ordenamiento de signo liberal, porque si bien la agravación de la responsabilidad penal por la repetición de actos que ya fueron objeto de una sanción, pareció, por el hecho de estar de antiguo incorporado en los códigos penales, formar parte de la tradición liberal, ha ido siendo abandonada porque no encuentra una explicación científica acertada y como consecuencia, también, del nutrido cuestionamiento de la doctrina penalista. Al respecto, se sostiene que el nuevo delito que comete el que antes delinquiró, no muestra un aumento de la antijuridicidad de la fechoría, la vida segada por un reincidente vale lo mismo que la que se pierde a manos de quien no tiene antecedentes penales; tampoco existiría un aumento de la culpabilidad, salvo que el juicio se retrotraiga a lo que la persona es, es decir, no a lo que ésta hizo sino a la forma en que organizó su vida, razón de la repetición de conductas. Por ello, concluye que la reincidencia revela una forma aberrante de imputación, lesiva del principio de personalidad de las penas, como quiera que la acción penal no apunta a lo que el individuo obra, sino a lo que le ocurre o sucede.”

⁶² Mera Figueroa, Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno, Edit. Jurídica Conosur, 1998, p.141-142.

⁶³ Künsemüller, Culpabilidad y Pena, Edit. Jurídica de Chile, 2001, p.221.

Se manifestó totalmente contrario al proyecto, indicando que, además de los defectos que notaba en el texto mismo, sobresale en el conjunto una contradicción insanable con los principios inspiradores de nuestro Derecho Penal y la tradición liberal en el plano constitucional.

XIX. De todo lo expresado precedentemente, aparece que los mayores conflictos que plantea la reincidencia, a la hora de procurar encontrar su fundamentación como causal agravatoria de la sanción penal, surgen de la notoria pugna entre la institución y los principios fundamentales de acto (Derecho Penal del hecho), non bis in idem y culpabilidad.

Los principios limitativos del ius puniendi- “principios cardinales”⁶⁴, representan, en opinión de Muñoz Conde, un patrimonio común- en cuanto sistema equitativo que ampare nuestros derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y las arbitrariedades- una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del ius puniendi estatal.⁶⁵

A la importancia dogmática y político-criminal de estos principios limitadores – no siempre destacada- hemos aludido específicamente con anterioridad⁶⁶, reconociéndoles como finalidad esencial la de servir de “línea directriz en la creación, aplicación y ejecución de las normas penales, y en caso contrario, proporcionar la base racional para su crítica”.⁶⁷ Otros autores denominan a estas bases, fundamentos y barreras del poder penal estatal, “principios básicos”, “principios fundamentales”, “principios informadores”, “principios constitucionales” y “principios limitadores del Derecho Penal”, dejando todas estas denominaciones bien en claro la significación capital que tales postulados revisten para el Derecho Punitivo.⁶⁸

En Argentina, Luis M. García, nos informa que una de las objeciones constitucionales al régimen de la reincidencia reside en que con ella se viola el principio “non bis in idem”, entendido en su sentido más amplio, comprensivo no solamente de la prohibición de juzgar dos veces por un mismo hecho, sino también como prohibición de imputarle al autor “consecuencias posteriores que violarían el principio”.⁶⁹ “Se cuestiona a la reincidencia en la medida que se traduce en una mayor gravedad de la pena del segundo delito violando el mencionado principio, puesto que esa mayor gravedad es el resultado del anterior delito, ya juzgado en definitiva”⁷⁰, pues la condena anterior, presupuesta de la reincidencia, es consecuencia del delito anterior; se llevaría a cabo un doble juego de penas: primero se lo

⁶⁴ De Rivacoba y Rivacoba, “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho Penal”, en Instituto de Estudios Judiciales, Cuadernos Judiciales nro 6, p. 12 y ss.

⁶⁵ Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte General, 2ª edición, tirant lo blanch, 1996, p. 69 y ss.

⁶⁶ Künsemüller, “Importancia dogmática y político-criminal de los principios limitadores del ius puniendi”, en Gaceta Jurídica nro. 264, p. 7 y ss.

⁶⁷ Idem; enfr. Garrido Montt, op. cit. supra 48).

⁶⁸ Künsemüller, op. cit. supra 55), p. 8.

⁶⁹ García, Reincidencia y Punibilidad, Astrea, 1992, p. 127.

⁷⁰ Voto del juez Zaffaroni, CN Crim Corr. Sala VI, 27/12/85, ED, 118-147 y JA 1987-I-194, cit. por García, op. cit., supra 69)

castiga al autor por el hecho cometido, luego este hecho vale para que en la segunda o tercera condena se aplique otra pena más agravada.⁷¹

Al tratar el “Principio del hecho”, según el cual el ser humano responde ante la ley penal por lo que hace- acciones y omisiones-,no por lo que es, García – Pablos de Molina ,desprende como una de las consecuencias de tal principio, “que la forma de ser del sujeto, la propia personalidad de ésta- abstracción hecha de su conducta –no ha de servir de fundamento a la responsabilidad criminal o a la agravación de la misma”. A su juicio, el llamado “Derecho Penal de autor” constituye la antítesis del Derecho Penal del hecho y es un “modelo de Derecho Penal totalitario”, defendido por la doctrina alemana próxima al régimen nacionalsocialista, al tenor del cual el hombre ha de ser enjuiciado por lo que es,no por lo que hace, de modo que para un Derecho Penal de autor no importa tanto qué se hace u omite (el hecho),sino quién- personalidad ,notas y características del autor- hace u omite (la persona del autor).⁷²

Lo fundamental, al tenor de esta corriente, no es tanto lo El principio del Derecho Penal de acto-que se opone al Derecho Penal de autor- circunscribe, como es sabido, la reacción penal sólo a la concreta y exteriorizada conducta típica, antijurídica y culpable desarrollada por el autor ,dejando al margen de la intervención punitiva los caracteres o notas personales del sujeto, así como su forma de conducir la propia vida, en tanto no trasciendan socialmente en forma de comportamiento antijurídico, socialmente lesivo y adecuado a un tipo penal . El punto de partida de nuestro sistema punitivo debe ser el castigo **por el hecho** y no por el culpable **ser así** del hechor.⁷³

Para una concepción antiliberal, propia de regímenes totalitarios, el hecho tiene una importancia secundaria⁷⁴ ,pero para un Derecho Penal “clásico” o “liberal”- el “viejo, bueno y decente Derecho Penal liberal” de Lüddersen- reviste importancia de primer orden.

Partiendo de la base que la culpabilidad es un juicio de reproche normativo fundado en que el autor del acto típico y antijurídico había podido obrar diversamente a como lo hizo en la situación concreta, realizando un comportamiento (activo o pasivo) conforme a Derecho, no cabe duda que lo esencial es “el acto”, “el hecho” efectivamente realizado- opuesto a las normas- en el cual se basa la reprobación personal dirigida a su autor, que debió actuar a favor del Derecho. Lo que se le reprocha es haberse comportado – acto- en el sentido A, en vez de haberse comportado- acto exigido y omitido-en el sentido B. La culpabilidad, en cuanto elemento del delito, significa- como precisa Torío López- siempre una “desaprobación” de la conexión personal entre sujeto y conducta, al que obra sin culpabilidad la acción injusta no puede serle atribuida o imputada subjetivamente, ya que tal atribución o imputación es un “juicio individualizador”,personalísimo.⁷⁵ Adhiriendo a este mismo concepto, hemos sostenido que la culpabilidad verifica –y desaprueba- la

⁷¹ Donna-Iuvaro, Reincidencia y culpabilidad, p. 75, cit. por García, op. cit. supra 58)

⁷² García Pablos de Molina, Derecho Penal, Introducción, U. Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones, 2000, p. 360.

⁷³ Politoff,op. cit., supra 50) , p. 243.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Torío López,“El concepto individual de culpabilidad”, en ADPCP, t. XXXVIII, fasc. II, p. 359.

conexión subjetiva, personalísima, entre el agente y su conducta, en términos de atribuírsela como “un producto suyo”.⁷⁶

Siendo –o mejor dicho, debiendo ser- el Derecho Penal **de acto, no de autor**, no puede responsabilizarse penalmente a alguien como culpable de delito si no se tiene ningún acto, ninguna acción, ningún comportamiento lesivo susceptible de serle atribuido como obra suya. La reacción penal sólo puede responder a lo que el sujeto ha hecho, no a cómo es. Por lo tanto, deben excluirse, por incompatibles con el carácter “personal” o “individualizador” de la culpabilidad, los reproches por la personalidad o el modo de conducir la vida del individuo.⁷⁷ Welzel admite expresamente la culpabilidad por la conducción de la vida (“Lebensführungsschuld”), y sostiene que “en la medida que el hombre se desarrolla en forma progresiva en la vida social por medio de la educación y la experiencia a través de la recepción pasiva y el hacer activo, construye en sí mismo esta estructura inconsciente de la actitud...⁷⁸. La culpabilidad puede por ello, tener su raíz ya en esta construcción deficiente o errónea de este estrato de la personalidad, como fundamento determinante de la acción antijurídica individual. La culpabilidad del hecho individual tiene su raíz en un momento permanente, esto es, en la estructura defectuosa del estrato de la personalidad, en un defecto reprochable del carácter (llamado “culpabilidad de autor”).⁷⁹ Jescheck afirma que el concepto de culpabilidad del Derecho Penal germano está vinculado fundamentalmente a la culpabilidad por el hecho singular,” lo que se deriva ya de una decisión por un derecho penal del hecho.” El injusto ,en el que se apoya el reproche de culpabilidad, consiste en la comisión de un hecho determinado o en la omisión de una determinada acción mandada por el ordenamiento jurídico,” y no en una conducción de la vida desaprobada jurídicamente”. Sin embargo, seguidamente sostiene que la experiencia acerca del obrar del individuo, habla a favor de dar importancia en derecho penal a la culpabilidad por la conducción de la vida, concluyendo que una vinculación de ambas concepciones parece ser la correcta.⁸⁰ La “culpabilidad por el carácter o por la conducción de vida” es rechazable, ya que como apunta Kaufmann, significa abandonar el principio básico de la culpabilidad penal.⁸¹ El objeto de juzgamiento en el Derecho Penal no es la “manera de vivir” (“manner of living”), ni el carácter de un individuo, sino el hecho por él cometido. Con gran claridad indica Baumann que el súbdito del derecho puede conducir su vida tan mal como le plazca: lo que interesa al derecho penal son los hechos amenazados con pena, no otros.⁸² “También es verdad- expone Politoff- la hipótesis contraria: puede el hechor haber llevado la mejor de las maneras de vivir en el pasado, sin que ello obste a la existencia del hecho punible y de la culpabilidad por el hecho cometido. La doctrina de la culpabilidad por la conducción de la vida significa trasladar el reproche a una época anterior al hecho constitutivo de delito (es decir, a la época en que en vez de ir a la escuela se prefería faltar a clase, se comenzó a beber, a llevar una vida desordenada, etc.). Conducir el reproche a esos hechos pasados que no son materia de prohibición conminada con pena constituye una evidente violación al

⁷⁶ Künsemüller, op.cit., supra 52)

⁷⁷ Künsemüller, op. cit. supra 52), p. 219.

⁷⁸ Welzel, Derecho Penal Alemán, Edit.Jurídica de Chile, 1970, p. 212.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Jescheck, Lehrbuch, párr. 7, III, p. 48.

⁸¹ Kaufmann,Arthur, Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg,1976, p. 150 y ss.

⁸² Baumann, Strafrecht,Allgemeiner Teil, Bielefeld 1977, p. 372.

principio nullum crimen nulla poena sine lege.”⁸³ La categoría de la culpabilidad de autor importa la traslación del centro de gravedad del Derecho Penal a una comprobación del ánimo conforme a derecho, con lo que el hecho punible queda reducida a un síntoma; un signo de desvinculación del sujeto de los valores del sistema, poniéndose de manifiesto entonces la premisa ideológica subyacente: el papel formativo del Derecho Penal en el ámbito ético.⁸⁴ En concepto de Baumann, el llamado “Derecho Penal de autor” (“Täterstrafrecht”), es una negación del carácter jurídico del Derecho penal, que lo desnaturaliza, configurándolo como instrumento de opresión de la libertad moral.”⁸⁵ Entre “las infiltraciones que padece la concepción del Derecho Penal de autor”, De Rivacoba y Rivacoba sitúa precisamente a la reincidencia, cuya conservación le reprocha al Código Penal Español de 1995.⁸⁶ Al desarrollar su completa relación sobre “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, el mismo autor concluye que la culpabilidad en nuestro Código es culpabilidad por el acto, no por la conformación de la personalidad, ni por la conducción de su vida, no obstante, reconoce que este principio está limitado por una serie de excepciones, entre ellas, la agravante de reincidencia.⁸⁷

XX. El estudio detenido de las principales objeciones actuales a la agravación de la pena por la reincidencia, demuestra que entre ellas destaca la infracción del principio cardinal de culpabilidad personal por el hecho concreto, no por características personales o modos de ser del hechor.⁸⁸

En opinión de Rodríguez Mourullo, la agravante de reincidencia representa un sensible quebranto del Derecho Penal de culpabilidad.⁸⁹ Cobo del Rosal y Vives Antón ven en la agravante una ruptura del Derecho penal de culpabilidad, sin perjuicio del fracaso total de los efectos preventivos de la pena en su día impuesta.⁹⁰

Refiriéndose al Código Español –texto posterior a la reforma de 1983- Juan Bustos anota que no se ve fundamentación precisa para su existencia como agravante, ya que generalmente se funda en el desprecio permanente en contra de los bienes jurídicos por parte del sujeto, lo que no puede implicar ni mayor responsabilidad (ya que se funda en un rasgo permanente) ni mayor injusto. La nota de permanencia que implica necesariamente la reincidencia lleva o a tipos de autor o bien a un Derecho Penal por el carácter (la propia ley parece darse cuenta de ello, pues reza **ser reincidente**). Tal rasgo de carácter no puede fundamentar, por tanto, una agravación (salvo para una concepción peligrosista radical, ajena a un derecho penal de un Estado de Derecho), a lo más podría servir para determinar la forma de ejecución de la pena.⁹¹ (El actual artículo 22 del estatuto español, en su numeral

⁸³ Politoff, op. cit. supra 50), p. 417.

⁸⁴ Politoff, “Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho”, en Nuevo Foro Penal nro 45, p.318 –319.

⁸⁵ Baumann, op. cit., pp. 100 y ss.

⁸⁶ De Rivacoba y Rivacoba, op. cit., supra 49), p.32.

⁸⁷ De Rivacoba y Rivacoba, “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal Chileno, Edeval, 1975, p. 49 y ss.

⁸⁸ Künsemüller, op. cit. supra 19), p. 66.

⁸⁹ Rodríguez Mourullo, op. cit.

⁹⁰ Cobo del Rosal-Vives Antón, op. cit.

⁹¹ Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª edición, 1989, p. 376.

8, consagra como circunstancia agravante, "Ser reincidente", por lo que se mantiene plenamente vigente la crítica del profesor citado). Sobrepasando el ámbito meramente penal-político criminal en su crítica, Bustos considera a la reincidencia como claramente **inconstitucional**, pues va en contra del principio de responsabilidad (o culpabilidad) por el hecho.⁹² Hemos citado anteriormente a varios autores españoles que en época más reciente adhieren a dicha tesis de la inconstitucionalidad, vinculándola a los vaivenes de la jurisprudencia.

En nuestro Código, el artículo 12 nro 16 –"ser reincidente en delito de la misma especie"- construye la denominada "reincidencia específica" sobre un estado del sujeto, sobre un determinado modo de ser suyo frente al orden penal, "su ser así", "ser incorregible" o "ser inmune a la advertencia de la sanción impuesta", lo que resulta evidentemente contrario a un Derecho Penal fundado en la culpabilidad –reproche normativo personal- por el concreto comportamiento antijurídico realizado. En opinión de Jescheck, el presupuesto material de la reincidencia como agravante reside precisamente en que el reo no tuvo en cuenta, al cometer el nuevo delito, la advertencia contenida en la anterior sentencia condenatoria; al incurrir en el nuevo delito, "debería haberse acordado de la condena anterior". Reconoce, no obstante, la existencia de múltiples causas configurativas de un "abandono social", que pueden no dejar penetrar prácticamente esa advertencia.⁹³

Al igual que Bustos Ramírez, Enrique Bacigalupo vincula la reincidencia a una disyuntiva entre culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor. Estima que para una culpabilidad del hecho –significativa de que no debe considerarse otra cosa que el hecho delictivo-no importa una mayor culpabilidad, en principio, la circunstancia de haber sido el infractor ya condenado con anterioridad (reincidencia).⁹⁴

El penalista uruguayo Gonzalo Fernández advierte que en los esquemas de culpabilidad de autor, el hecho punible en sí mismo pierde fuerza como elemento reflector del reproche y, de un modo u otro, diríase que hasta sirve de pretexto ocasional para cuantificar la pena. Lo que realmente se evalúa al efectuar el juicio de reproche-con nítida preferencia a la estimación del acto concreto cometido-es la **personalidad integral** del sujeto o el desarrollo de su curso vital.⁹⁵ Entonces, el comportamiento antijurídico ya no es más el baremo del reproche, la reprochabilidad y, en consecuencia, la pena tienen otra base o cimiento, el modo de conducir o la decisión sobre la propia vida asumidas por el culpable.⁹⁶

Al abordar el "Principio de la culpabilidad por el hecho singular", como "principio de elevada jerarquía, que deriva directamente del principio de la culpabilidad", el profesor Cousiño Mac Iver lo caracteriza como aquel que afirma que la culpabilidad solamente comprende o abarca el hecho singular realizado, esto es, el acto aislado, puesto que el juicio se pronuncia sobre la acción típica y antijurídica, sin consideración ESENCIAL de la personalidad del autor, sino de la acción emprendida, lo que exige la afirmación de un

⁹² Idem.

⁹³ Jescheck, op. cit. supra 69), p. 1222.

⁹⁴ Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, Parte General, 1989, p. 148.

⁹⁵ Fernández, "El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal", en De Las Penas, homenaje al profesor Isidoro de Benedetti, 1997, p. 220.

⁹⁶ Politoff, op.cit. supra 73)

“derecho penal del hecho”. “La culpabilidad por el hecho singular significa únicamente que una persona tan sólo puede ser juzgada por sus acciones y no por su personalidad, pero no involucra ningún pronunciamiento acerca de esta última.” Si bien no es la personalidad del hechor lo que fundamenta la existencia del juicio de reproche, ella asume interés o importancia para otros efectos, ligados a ella, como el miedo insuperable, la reincidencia, la habitualidad de la conducta, etc.⁹⁷ El problema delicado – y hasta ahora, carente de solución aceptable- que se plantea es que, si bien no es la personalidad del hechor el fundamento del reproche de culpabilidad y sólo deba serlo el hecho injusto concreto, esa personalidad, el “ser” del individuo, que es un elemento preexistente, se tome en cuenta – tratándose de la reincidencia, al menos- para agravar la cuantía de la sanción correspondiente al nuevo hecho culpablemente perpetrado, en circunstancias que tal factor no pertenece al “juicio personalizado del hecho injusto perpetrado.”

En su cuestionamiento a la reincidencia, Garrido Montt pone de manifiesto que la legislación nacional mantiene el principio de la responsabilidad por el acto, pero recoge en parte criterios propios de la culpabilidad de autor, como ocurre con los nros 14,15 y 16 del artículo 12 del Código Penal. Se consideran sucesos y comportamientos realizados por el sujeto en el pasado, aparte de aquel por el cual debe responder en el momento que se le procesa. No otra cosa es tener en cuenta la reincidencia como circunstancia de agravación de la responsabilidad.⁹⁸

Náquira Riveros, después de resaltar la trascendencia del principio de culpabilidad por el acto concreto realizado, explora las diversas maneras en que el mismo puede ser negado, señalando entre ellas, a los delitos o agravante por el estado o condición de la persona (reincidencia) ,con el siguiente fundamento: “Si la imposición de una pena va unida no ya a la culpabilidad del autor por un hecho concreto que ha ejecutado, sino a su especial tipo de carácter o a su eventual peligrosidad, la sanción penal se establece y determina no por lo que ha hecho el sujeto, sino por lo que éste es y cómo es.”⁹⁹

Si bien pudo estar en lo cierto Bacigalupo, al afirmar en un ponencia escrita en 1972- que “En términos generales puede decirse que la idea de culpabilidad por el hecho como base y límite de la medida de la pena ha sido hasta ahora extraña a los derechos penales hispano – americanos”,¹⁰⁰ poniendo como ejemplo de esta orientación a la agravante de reincidencia (incluyendo al Código chileno), actualmente la opinión doctrinaria dominante en Chile es ciertamente contraria a la agravación de la pena basada en la reincidencia, adhiriendo así a un Derecho Penal eminentemente culpabilístico y distanciándose notoriamente de cualquiera forma de Derecho Penal de autor, como ya ha quedado consignado. En el ámbito legislativo-preparatorio, representa sin duda un cambio importante en la tendencia destacada hace más de 30 años por el autor argentino citado, la aprobación en el seno del Foro Penal de la supresión de la circunstancia agravante que nos ocupa.

⁹⁷ Cousiño Mac Iver, Derecho Penal Chileno, T.III,1992, pp. 15-16.

⁹⁸ Garrido Montt, op. cit. supra 48)

⁹⁹ Náquira Riveros, Derecho Penal, Teoría del Delito, I, 1998, p. 328.

¹⁰⁰ Bacigalupo, “Acerca de la personalidad y la culpabilidad en la medida de la pena”, en Revista de Ciencias Penales, 3ª Época, Enero-Abril 1973, No. 1, T. XXXII, p. 38 y ss.

La propuesta de ley a que se refiere el Boletín 4321-07, ciertamente transita por una senda totalmente contraria a la que hasta ahora ha marcado con especial convicción y decidida incardinación en principios capitales la dogmática nacional.

XXI. La jurisprudencia nacional no se ha ocupado, con mayor profundidad, del instituto de la reincidencia, en lo tocante a su posible fundamentación, siendo escasos los pronunciamientos sobre este punto.

En los considerandos de una sentencia hemos recordado que “el fundamento clásico de la reincidencia, como agravante de la responsabilidad penal, ha sido la circunstancia de que el cumplimiento del encierro derivado de la condena penal –“la experiencia de la cárcel”- no ha sido eficaz para disuadir al penado de incurrir en nuevo delito, hecho éste, que refleja su desprecio por la primera pena que se le aplicó.”¹⁰¹ En la sentencia de 28 de agosto de 1997, la Excm. Corte Suprema estableció que “en cuanto al fundamento de la reincidencia, la Escuela Clásica plantea que el nuevo delinquirimiento, pese al castigo sufrido, demuestra que la sanción no era suficientemente severa como para disuadir al agente de cometer otros delitos; y aunque para los positivistas lo verdaderamente importante es la peligrosidad que ha de procurarse contener o evitar, y no la reincidencia misma, es lo cierto que este punto de vista parte de la base de que la pena se haya cumplido en el caso del reincidente.”¹⁰²

Alejandro Fuenzalida, al hacerse cargo de la agravación del nro 16 del artículo 12, argumentó que “La reincidencia supone que el delincuente va adquiriendo el hábito de caer en un delito de la misma especie, i por lo tanto, que las penas determinadas por la ley no han sido eficaces: por esto es que la agravación de los reincidentes es casi general en los códigos modernos.”¹⁰³

Pues bien, si el propio sistema penal no ha sido eficaz para lograr la enmienda y resocialización del penado, y ha, por ende, fracasado en sus esfuerzos preventivo-especiales, contenidos en la primera pena aplicada, parece inconducente que el ordenamiento jurídico reaccione, a su vez, “reincidiendo” en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención precisamente a través de la misma sanción que ya fracasó anteriormente, pero ahora agravada. El medio más apropiado para conseguir estos fines no será ciertamente el aumento de la cantidad de la sanción retributiva que ya fracasó, sino la aplicación de una sanción de naturaleza distinta.¹⁰⁴

Carrara planteó en su tiempo que la reincidencia prueba una insuficiencia relativa de la pena, advirtiendo que renovar contra el reincidente la misma pena es fútil. Ello es exacto-hace ver Rodríguez Mourullo- pero es inadecuada la solución que propone para superar esa insuficiencia: un aumento cuantitativo de la pena (en definitiva, la misma pena). En verdad, no se trata de un problema de cantidad, sino de cualidad de la sanción.¹⁰⁵ El criterio de Carrara se ve reflejado nítidamente en las normas de nuestro Código: al reincidente se le

¹⁰¹ SCA San Miguel, 02.01.1988, Gaceta Jurídica No. 211, p. 152.

¹⁰² SCS, 28.08.1997, Gaceta Jurídica No. 206, p. 114.

¹⁰³ Fuenzalida, op. cit. supra

¹⁰⁴ Cobo del Rosal-Vives Antón, op. cit.

¹⁰⁵ Rodríguez Mourullo, op. cit.

impone la misma pena, pero aumentada en su cantidad de privación de la libertad, ya que le afecta una circunstancia agravante. Ello, sin perjuicio de que la reincidencia tenga en nuestra ley otros efectos distintos.¹⁰⁶

Al respecto, es pertinente la cita de Zaffaroni, para quien "... cabe añadir que no puede ocultarse por más tiempo lo que señalaba Mittermaier a mediados del siglo XIX, y que confirma la criminología moderna en términos más sociológicos: en la generalidad de los casos es el propio estado y el sistema penal el que debe cargar con la responsabilidad de la reincidencia de las personas."¹⁰⁷

Por ende, se produce –en el caso de la reincidencia- una traslación, un traslado del reproche (que no es el propio de la culpabilidad), desde el concreto individuo infractor de la ley penal, al sistema jurídico-penal en sí mismo, el que ha de enfrentar su propia ineficiencia, su propia incapacidad para realizar exitosamente fines preventivo-especiales. La pregunta que surge entonces –y que ya tiene más de doscientos años- es: ¿porqué debe sufrir el individuo un aumento de la duración de la pena que el Estado le impone por el nuevo delito si su actual culpabilidad (reprochabilidad) no puede verse incrementada por el delito anterior, ya castigado?

En todo caso, y más allá de las fundadas críticas recién transcritas, resulta interesante señalar que numerosas decisiones de nuestros tribunales han suscrito la tesis de que, para que concurra la reincidencia, genérica o específica, es menester que la condena anterior haya sido materialmente cumplida, probablemente vinculada al argumento de la "experiencia de la pena", requisito cuya inexistencia obstaría a la concurrencia de la agravación, ya que la sanción aplicada, al no haberse cumplido, no habría podido actuar sobre el sujeto y demostrar su "insuficiencia" como mecanismo disuasivo. La Corte Suprema ha resuelto, "... cabe tener en cuenta que las formas de reincidencia a que se refieren los nros 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal –y que parte de la doctrina llama reincidencia propia o verdadera- requieren del cumplimiento efectivo de la pena, lo que se desprende del fundamento mismo de la agravante en cuestión, como del uso de la voz "castigado" presente tanto en el número 15 recién aludido, como en el artículo 92 Nos 1 y 2 del mismo cuerpo legal. En efecto, el artículo 92 comienza diciendo "Si el nuevo delito se cometiere después de haber cumplido una condena, habrá que distinguir tres casos:" ; y en su inciso final, expresa que en los dos primeros casos el hecho se considera revestido de circunstancia agravante, atendido lo que disponen los números 14 y 15 del artículo 12 (referencia que debe entenderse hecha a los números 15 y 16).¹⁰⁸ Este predicamento ha traído como consecuencia que en los casos de suspensión condicional de la ejecución de la sanción previamente impuesta y delinquimiento posterior, se rechaza la concurrencia de la agravante, precisamente por no haber existido cumplimiento material de la primera pena: "De acuerdo al artículo 3º de la Ley 18.216, la remisión condicional de la pena consiste en la suspensión de su cumplimiento y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo. Según constante doctrina y jurisprudencia, la circunstancia agravante de reincidencia, sea genérica o específica, exige,

¹⁰⁶ Etcheberry, op. cit., supra 2)

¹⁰⁷ Zaffaroni, op. cit., supra 10)

¹⁰⁸ SCS, 28.08.1997, Gaceta Jurídica nro. 206, p. 110.

como requisito esencial, el cumplimiento material y efectivo, de la pena que anteriormente se haya impuesto al acusado a quien se juzga con posterioridad con motivo de otro delinquiramiento. Debe haber tenido el condenado “la experiencia de la cárcel”, desde que el fundamento de la agravación de la responsabilidad penal se sitúa en el hecho de que el cumplimiento del encierro derivado de la condena criminal no ha sido eficaz para disuadir al penado de incurrir en nuevo delito... Que en nuestro sistema legal, la remisión condicional de la pena no constituye una forma de cumplimiento real de una pena privativa o restrictiva de libertad... Que, en tal virtud, al no haber cumplido el procesado de autos la pena que se le impuso en la causa... no le perjudica la agravante de reincidencia. ¹⁰⁹

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

Ahora bien, el proyecto no suprime ni modifica el artículo 92 del Código Penal, de cuyos numerales 1 y 2 se ha desprendido reiteradamente- junto a la expresión “castigado” del nro 15 del art. 12- la exigencia del cumplimiento material de la pena anterior al nuevo delinquiramiento y sanción, para legitimar la reincidencia como agravante de la cuantía de la segunda pena. ()

De acuerdo a dicho precepto, “Si el nuevo delito se cometiere después de haber cumplido una condena, habrá que distinguir tres casos:

1. Cuando es de la misma especie que el anterior.
2. Cuando es de distinta especie y el culpable ha sido castigado ya por dos o más delitos a que la ley señala igual o mayor pena.
3. Cuando siendo de distinta especie, el delincuente sólo ha sido castigado una vez por delito a que la ley señala igual o mayor pena, o más de una vez por delito cuya pena sea menor.

En los dos primeros casos el hecho se considera revestido de circunstancia agravante, atendido lo que disponen los números 14 y 15 del artículo 12, y en el último no se tomarán en cuenta para aumentar la pena los delitos anteriores.”

(La nota 3) escrita al pie de página señala que “La referencia a los Nros. 14 y 15 del artículo 12, debe entenderse hecha a los Nros. 15 y 16 del referido artículo.”)

Se advierte, por tanto, una contradicción entre este precepto legal –mantenido en la propuesta- y la nueva concepción de la reincidencia genérica y específica, que la vincula únicamente a la existencia de sentencia condenatoria anterior firme. Es oportuno recordar

¹⁰⁹ SCA San Miguel, Gaceta Jurídica 196, p. 146; en este mismo sentido, SCS, 23.10.1964, RDJ, t. LXI, 2ª parte, secc. 4ª, p. 415; SCA Santiago, 10.05.1980, RDJ, t. LXXVII, 2ª parte, secc. 4ª, p. 132; SCA Santiago, 04.10.1983, Gaceta Jurídica 41, p. 61; SCA Santiago, 08.04.1999, Gaceta Jurídica 226, p. 136; SCA San Miguel, 27.03.1998, Gaceta Jurídica 213, p. 173.

que Carrara señalaba que “cuando un condenado después de haber experimentado un **sufrimiento efectivo**, vuelve a delinquir, da una señal manifiesta de que desprecia ese sufrimiento y que para él no es freno suficiente esa suma de penas.”¹¹⁰

LA CRIMINALIZACIÓN DEL HURTO-FALTA FRUSTRADO Y SU CONSIDERACIÓN PARA EFECTOS DE LA REINCIDENCIA.

De acuerdo al artículo noveno del Código Penal, las faltas sólo se castigan cuando están consumadas, disposición adoptada sin discusión alguna en la Sesión 5ª de la Comisión Redactora.

Probablemente fueron razones prácticas- como la expuestas por Fernández I, 84 (“para castigar la tentativa i la falta frustrada habría sido necesario inventar otras penas que la prisión i la multa fijadas para las consumadas”) las que llevaron al legislador a aprobar el precepto. En todo caso, “esta disposición recoge un sano criterio de política criminal – compartido por la mayor parte de las legislaciones de nuestra órbita cultural- al no exacerbar la punición más allá de los hechos que causan verdadero daño a la sociedad.”¹¹¹

Novoa Monreal señala que si bien teóricamente es posible concebir una falta en grado de tentativa o frustrado, especialmente si se trata de algunas que son enteramente iguales a un delito, pero con menor gravedad, “el legislador, por razones de política criminal, ha estimado innecesaria la pena para hechos tan leves, cuando ellos no alcanzan su consumación.”¹¹²

En opinión de Cury, la exclusión contenida en este artículo “obedece, por consiguiente, a consideraciones materiales. El injusto de las contravenciones es tan tenue, incluso si se encuentran consumadas, que al legislador le ha parecido inútil amenazar con una pena su ejecución incompleta.”¹¹³

Como se advierte, la actual postura del legislador se aparta ostensiblemente de los criterios político-criminales que desde muy antiguo han justificado la impunidad de las contravenciones no consumadas y siguen actualmente orientando a la gran mayoría de los códigos.

Es oportuno recordar la trascendencia del principio cardinal de “lesividad “u “ofensividad”, según el cual, no hay delito, ni se justifica la intervención penal del Estado, sin una afectación real del bien jurídico protegido, en grado de lesión o de peligro concreto; “nullum crimen sine injuria”; en el caso de una falta frustrada, su ofensividad es levísima o prácticamente nula, ya que recae sobre especies de valor insignificante. Cuando se trata de la llamada “criminalidad de “bagatela”, las tendencias político-criminales actuales proponen su descriminalización, señalando que no parece conforme con el carácter subsidiario ,de última ratio, que se atribuye al Derecho Penal, mantener como delitos, con

¹¹⁰ Carrara, Programa, Parte General, vol. II, p. 207, 739.

¹¹¹ Politoff- Matus, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, T.I, arts. 5º a 9º, p. 66.

¹¹² Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Vol. II, p. 127.

¹¹³ Cury, Tentativa y Delito Frustrado, Editorial Jurídica, 1977, pp. 197-198.

todas las consecuencias estigmatizantes y de otro orden que produce el ingreso al sistema penal, infracciones menores, de poca monta, que no representan atentados insoportables contra bienes verdaderamente vitales ; dentro de esa delincuencia se incluyen los hurtos de especies de escaso valor.¹¹⁴

Los principios fundamentales del Derecho Penal son reglas de legitimación de la política criminal.¹¹⁵ Como apunta Silva Sánchez, la política criminal debe asumir tanto la instancia de los hechos como aquella que se corresponde con determinados juicios de valor político. Refiere que las decisiones no pueden ser tomadas como meras conclusiones necesarias emergentes de los hechos sino vinculándolas, tal como lo expone Kuhl, con ciertos principios.¹¹⁶

En su análisis de las faltas y contravenciones, Novoa Monreal señala que “no ofenden directamente un bien jurídico determinado ni llevan envuelta, de ordinario, una reprobación ética... no producen lesión de un bien jurídico concreto ni lo ponen en peligro inmediato”, constituyen sólo desobediencia a reglas de utilidad colectiva que se imponen por el Estado. “El contraventor actúa en la periferia del Derecho al quebrantar las disposiciones estatales adoptadas para una mejor conservación y aprovechamiento de las fuerzas sociales útiles, que miran a la sociedad y a su orden jurídico como un conjunto genérico; en cambio, el delincuente penetra en el núcleo central y más denso del Derecho al vulnerar disposiciones legales que protegen concretos bienes jurídicos de la más fundamental importancia para la vida social.”¹¹⁷ Estas consideraciones deberían ser siempre tenidas en cuenta al debatir sobre decisiones político-criminales que no sólo persiguen criminalizar una contravención, sino intensificar el rigor penal existente, con notorio abandono de principios fundamentales inspiradores de nuestra ley penal.

Ahora bien, de los antecedentes relativos a la discusión en el seno del Poder Legislativo, se desprende que la introducción de la especialísima regla sobre punibilidad de la falta tentada y frustrada, tuvo por finalidad no tanto el incremento de la severidad de la sanción, sino la formación de un registro que permita penar la reincidencia y la utilización de menores en estos ilícitos, como también la persecución de las bandas organizadas para la perpetración de esta clase de delitos. En tal virtud, la nueva regla sobre punibilidad de las faltas en grado imperfecto de ejecución- que se distancia del “sano criterio de política criminal” contenido en el artículo 9º- aparece como un mero instrumento dirigido al logro del mencionado “registro” sobre reincidencia. No resulta en absoluto claro por qué el logro de ese objetivo práctico requiera necesariamente modificar un precepto tan antiguo como el Código mismo , cuyo contenido refleja un principio formador u orientador de nuestra legislación penal, el que después de 131 años sigue inspirando a la gran mayoría de los ordenamientos punitivos.

Es evidente que el mencionado “registro” puede ser elaborado a base de la reincidencia en faltas consumadas, en las cuales, si bien su injusto es muy leve, existe al menos un grado

¹¹⁴ Mera Figueroa, Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno, Edit. Jurídica Conosur, 1998, pp.147 y ss.

¹¹⁵ Yacobucci, El sentido de los principios penales, Edit. Abaco de R.Depalma, 1998, pp. 367 y ss.

¹¹⁶ Silva Sánchez, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, Bosch, 1992, p. 98.

¹¹⁷ Novoa Monreal, op.cit., p. 241.

objetivamente comprobable de lesión material efectiva (ofensividad) al respectivo bien jurídico tutelado (la apropiación lograda de la cosa ajena).