

CAROLINA RUDNICK VIZCARRA

**LA COMPENSACIÓN RACIONAL
DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS
EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA**

simplemente se suman las rebajas correspondientes"²⁷. De esta forma, un cómplice de delito frustrado le corresponderá una pena inferior en dos grados a la establecida en la ley para el hecho punible de que se trate; al encubridor de tentativa, la inferior en cuatro grados, todo esto, en estricta aplicación de los arts. 50 a 54 del CP.

1.2.6. *Circunstancias modificatorias*

Respecto de las circunstancias modificatorias, nuestro texto legal adopta el sistema de *numerus clausus*, con tabulación de atenuantes y agravantes con penas relativamente rígidas, sistema recogido en los arts. 65 a 68 bis del CP. La regla básica la da el artículo 62, que dispone: "Las circunstancias atenuantes o agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes". Son dos los aspectos que presenta esta materia: por un lado, el de la consideración de las circunstancias en la aplicación de las penas, regulados en los arts. 63 y 64, y, en segundo lugar, el de la modalidad de la aplicación según las circunstancias que concurren o falten, reglas prescritas en los arts. 65 a 68 bis.

1.2.6.1. *Art. 63 y la prohibición de doble valoración*

El art. 63 es la principal fuente positiva de la llamada prohibición de doble valoración, corolario del principio *non bis in idem*, al disponer: "No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse". En cuanto a la determinación de la pena, la prohibición de doble valoración implica en su forma más simple que, en principio, no es posible utilizar en la medición judicial los elementos que ya ha tenido en cuenta el legislador al tipificar una conducta, ni aquellos que afectan a todos los delitos de la misma naturaleza: en ambos casos se trata de

²⁷ *Ibidem*.

situaciones ya valoradas por el legislador, y esa valoración se ha traducido en un cierto marco punitivo. A pesar de que el artículo sólo regula las circunstancias agravantes, tanto la doctrina como la jurisprudencia han declarado el alcance general de la prohibición de doble valoración, y, por tanto, su aplicación en el caso de atenuantes²⁸. Incluso "atendida su inmediata derivación a partir del *non bis in idem*, el art. 63 es una verdadera regla general de interpretación en el sistema penal chileno. Por lo mismo, es habitual el uso de esta norma en la interpretación —e incluso en la integración analógica—, también fuera de los límites estrictos de la cuantificación penal"²⁹.

El art. 63 permite, para efectos de la compensación racional, definir claramente cuáles son las circunstancias modificatorias que participan válidamente en su concurso, evitando una doble valoración. El tenor de la norma establece tres supuestos de aplicación: 1) Cuando la agravante constituye por sí misma un delito especialmente penado por la ley; 2) Cuando la ley ha expresado una circunstancia agravante al describir y penar un delito; y 3) Cuando la circunstancia agravante es de tal manera inherente al delito, que sin su concurrencia éste no puede cometerse. En el primer supuesto no hay agravación y se está frente a un concurso real (art. 74 del CP) o ideal (art. 75 del CP) de delitos o, even-

²⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán de 3 de mayo de 1944, Gaceta Jurídica, año 1944, N° 1, pp. 43-238.

²⁹ POLTROFF LIRSCHT, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis, directores, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Libro Primero-Parte general artículos 1° al 105*, Primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 350. Se ha extendido la aplicación de esta norma a conclusiones tales como que un solo hecho no puede dar origen a dos o más circunstancias modificatorias diversas, como lo afirman diversos fallos. En efecto, ERCHENBERRY señala que "No hay una disposición expresa en el Código Penal según la cual un mismo hecho no pueda dar origen a dos circunstancias diversas modificatorias de responsabilidad criminal, pero puede decirse que ése es un criterio que se ha afincado en nuestra jurisprudencia, como una aplicación del principio de la consunción". ERCHENBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia, sentencias 1875-1966, Tomo II, Parte general y Parte especial*, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 200. A continuación, cita una serie de fallos que ilustran el punto. Dentro de jurisprudencia más actual mencionamos el fallo de la Corte Suprema de 19 de octubre de 1992 en RDI, año 1992, segunda parte, sección cuarta, p. 229.

tualmente, ante un concurso aparente de leyes penales. El tercer supuesto comprende dos situaciones diferentes: a) La inherencia de la agravante al delito se encuentra implícita en el tipo penal; y b) La inherencia de la agravante al delito deriva de las circunstancias concretas en las que se comete. Sin embargo, es el segundo supuesto del art. 63 —agravante expresamente descrita al penar un delito—, el más conflictivo a la hora de establecer claramente las circunstancias que entrarán en juego en calidad de tales y principalmente en la compensación racional. Desarrollaremos esta hipótesis en los párrafos siguientes.

La hipótesis de aplicación del segundo de los supuestos del art. 63 nos enfrenta a las siguientes situaciones:

1. Circunstancias modificatorias que califican o privilegian la figura delictiva, y

2. Circunstancias especiales que, sin calificar el delito, tienen un contenido fáctico similar a circunstancias comunes.

Sin perjuicio de interrumpir abruptamente el curso de las ideas, entraremos en el detalle de ambas hipótesis una vez expuestos los criterios de clasificación de las circunstancias modificatorias, a objeto de tener a mano las definiciones legales que distinguen uno y otro caso³⁰.

1.2.6.2. Art. 64. Las circunstancias subjetivas y objetivas y su comunicabilidad³¹

El art. 64 del CP regula, en principio, el efecto de las circunstancias modificatorias llamadas "personales" y "reales" en los casos en que concurre más de un sujeto a la perpetración del delito o a su encubrimiento. Según la regulación que establece, las circunstancias se dividen en *personales* o *subjetivas*, comprendidas éstas en su inciso primero: "Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran";

³⁰ Ver *Infra* 1.2.7.3.

³¹ Esto será objeto de detenido estudio en el Capítulo IV.

y reales u objetivas, estas últimas consagradas en el inciso segundo: "Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito".

La regla del art. 64 inciso 1°, establece que las circunstancias personales, en sus tres grupos, esto es, a) las que consisten en la disposición moral del delincuente; y b) las que consistan en las relaciones particulares del delincuente con el ofendido, y c) otras causas de índole personal, no se comunican a los partícipes: sólo surten efectos respecto de aquellos en quienes se verifica la cualidad personal en un sentido estricto. En cuanto a las circunstancias reales, la regla del inciso 2° dispone que sólo surtirán efecto respecto de aquellos intervinientes que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

1.2.7. Clasificación de las circunstancias modificatorias

Las circunstancias modificatorias, dependiendo de los distintos puntos de vista desde los cuales se les analice, admiten varias clasificaciones. Los criterios de clasificación "no son simples modos de clasificar formalmente las agravantes y atenuantes, sino que, al mismo tiempo, subrayan principios interpretativos, que vincularán inexorablemente en el posterior tratamiento científico y práctico de cada uno de los textos penales en particular"³². Sin perjuicio de volver a este punto una vez que nos adentremos en su estudio pormenorizado en el capítulo cuarto, mencioneré someramente estos criterios se hace perentorio, a fin de integrar una base a las referencias que haremos en los capítulos que siguen, previos al de las circunstancias propiamente tales. Al respecto, nos ceñiremos principalmente a las clasificaciones que Cury desarrolla, por presentar, a nuestro juicio, una mayor claridad dogmática y facilitar el análisis. El único elemento nuevo que introduciremos, es el de "clasi-

ficar las clasificaciones", atendiendo a dos criterios: la dimensión material de las circunstancias, esto es referido al contenido intrínseco de éstas, a su naturaleza y fundamentación, aquel contenido que define su razón de ser y le atribuye un sentido; y la dimensión formal de aquellas, que hace referencia a su actuar, a las formas de aplicabilidad. Ambas formas de agrupar las clasificaciones tienen efecto directo en la manera en que nos aproximaremos a la compensación racional. Mientras la dimensión formal nos ilumina la operatividad formal de la compensación, su funcionamiento o eficacia operacional, la dimensión material entrega los criterios que fundamentan una superioridad—valorativa o normativa, ya lo veremos—en que sustentan las decisiones respecto de la prevalencia de unas circunstancias sobre otras, permitiendo la anulación y consecuentemente la determinación del grado, meta ulterior de toda compensación de atenuantes y agravantes.

1.2.7.1. Criterios de clasificación que apelan a la dimensión material de las circunstancias

a) Atendiendo a los efectos que les atribuye la ley, las circunstancias modificatorias pueden clasificarse en atenuantes, agravantes o mixtas. Las primeras son aquellas cuya concurrencia determina la imposición de una pena más benigna; las agravantes, por el contrario, tienen como efecto aumentar la responsabilidad penal, y su concurrencia determina la aplicación de una pena más severa. Las mixtas, como su nombre lo insinúa, operan como atenuantes o agravantes según el caso, con la consecuencia propia de cada una de ellas.

b) En atención a su calidad³³, las circunstancias modificatorias se clasifican en subjetivas o personales y objetivas o reales. Esta distinción fue desarrollada al analizar en párrafos anteriores el art. 64 del CP, que

³² Cobo del Rosal, M. y Vives Anton, T.S. *Derecho penal, Parte general*. Tercera edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, p. 676.

³³ Este es el criterio utilizado por NOVOA MONREAL. *Curso de Derecho...* Tomo 2, ob. cit., 1985, p. 7. Recurrirnos a esta nomenclatura por su neutralidad: la significación en doctrina de los términos subjetivo y objetivo en relación a las circunstancias es de sumo compleja, pues cada autor realiza la distinción a partir de criterios diferentes, e incluso en ciertos casos, inconciliables entre sí. Como advertimos en la nota 31, esto será examinado en el Capítulo IV.

regula la comunicabilidad de las circunstancias en los casos en que concurre más de un sujeto en la perpetración del delito o a su enubrimiento. Según la interpretación del artículo, son personales o subjetivas las del inciso primero, y reales u objetivas, las del inciso segundo. Las personales no se comunican, es decir, solo atenuan o agravan la responsabilidad de aquellos intervinientes en el hecho en quienes concurren. Las objetivas, por el contrario, se comunican respecto de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

Autores como Cury acuden al término *naturaleza* de la circunstancia como denominación del criterio de esta clasificación. Sin embargo nos adherimos a lo señalado por Cobo y Vives respecto de lo equivoca de la alusión, al exponer que el art. 60 del Código español de 1944³⁴, análogo a nuestro art. 64, "lo único que ha puesto de relieve es algo del mayor sentido común: que las atenuantes y agravantes, sólo podrán ser referidas a aquellos en que efectiva y personalmente se den, es decir, a aquellos que cumplieren los requisitos de una forma personal o, por el contrario, a aquellos que hayan verificado las descripciones típicas con conciencia de las mismas"³⁵. Adscribir a una naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias modificatorias a partir del art. 60 es incorrecto, pues "el art. 60, en cierto modo, no está más que poniendo en evidencia y subrayando en todo caso, el personalismo e individualización que ha de regir en la medición de la pena, es decir, está expresando una manifestación del principio de culpabilidad"³⁶.

El problema radica en que aludir a la naturaleza, consecuentemente obliga a un tratamiento sistemático que obedezca a ese carácter, y es expuesto por la propia doctrina que los tintes de objetividad o subjetividad son caracteres presentes en todas las circunstancias. No podemos desconocer que hablar acerca de la naturaleza de una institución implica

³⁴ El Código Penal español de 1944 fue reformado sustancialmente en 1983, para luego ser reemplazado íntegramente por el nuevo Código Penal de 1995.

³⁵ Cobo y Vives Antón. *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, p. 677.

³⁶ Cobo y Vives Antón. *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, p. 678.

apuntar a un modo de ser que le es propio, a su esencia, a aquello que constituye su entidad. En este sentido, Novoa señala que "es frecuente que los comentaristas penales expresen que las circunstancias que nuestra ley menciona como aptas para mitigar o reducir la responsabilidad penal, tienen un carácter subjetivo o son de índole personal. Esto no constituye una verdad absoluta ni encuentra apoyo en la ley, que en el art. 64 del C. Penal expresa que tanto las atenuantes como las agravantes pueden tener carácter subjetivo y objetivo"³⁷. Cobo del Rosal y Vives Antón lo plantean en términos similares, al señalar que "en las circunstancias no cabe afirmar que unas son, sin más, subjetivas, otras objetivas y otras mixtas, pues se incurre desde luego, en grave simplismo: en todas ellas deberá ser valorada y considerada tanto la dimensión objetiva como la subjetiva, salvo que se lleve al efecto un planteamiento unitario de la cuestión. Podría decirse, por consiguiente, utilizando la terminología convencional, que son "mixtas", aunque es preferible en todo caso desecharlo todo ello y llevar a término una nueva perspectiva del tema, apuntando un distinto criterio y las consecuencias que del mismo se derivan"³⁸.

Lo que se esconde detrás de un criterio como *naturaleza* es la confusión o asimilación de dos tríos de conceptos que obedecen cada uno de ellos a: a) colocación sistemática en la teoría del delito, b) carácter, y c) Referencia al art. 64 del CP, y que desembocan en las siguientes relaciones:

1. Una circunstancia consistente en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido u otra causa personal, esto es, comprendida en el inciso primero del art. 64, es subjetiva y alude al elemento de culpabilidad.

2. Una circunstancia consistente en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, esto es, comprendida en el inciso segundo del art. 64, es de carácter objetivo, y por ende, alude al elemento de la antijuricidad.

³⁷ Novoa Monreal. *Curso de Derecho...*, Tomo 2, ob. cit., 1985, pp. 7-8.

³⁸ Cobo y Vives Antón. *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, p. 679.

Ahora bien, la calidad de subjetiva y objetiva no necesariamente influye estrictamente en la comunicabilidad, que podría ser el cuarto concepto a intervenir en estos tipos recién expuestos, pues por expresa disposición del art. 64, las circunstancias objetivas se comunican sólo si se tuvo conocimiento antes o en el momento de la acción o de su co- operación para el delito. Por ende, "atenta la redacción legal, si no hay prueba positiva del conocimiento de la circunstancia objetiva, ella no de- biera aplicarse a quien directamente no la realizó o no se valió de ella".³⁹

Diez Ripollés, en un estudio monográfico acerca de la materia, des- cribe la problemática en los siguientes términos: "Toda circunstancia de naturaleza subjetiva, se refiere a la culpabilidad, y en cuanto a su comunicabilidad acude al párrafo 1 del artículo 60. A su vez, toda cir- cunstancia de naturaleza objetiva, se refiere a la antijuricidad, y es co- municable a tenor del párrafo 2 del art. 60"⁴⁰. Sin perjuicio de adelan- tarnos en el análisis, la conclusión a la que llega Díez Ripollés es esclarecedora en este punto, quien aboga por una independencia de las parejas de conceptos: "entre la referencia de las circunstancias a lo in- justo o a la culpabilidad, o naturaleza objetiva o subjetiva, y los párrafos 2 ó 1 del artículo 60, no hay ninguna relación fija o unívoca. Cualquier relación que pueda darse entre algunos de los términos de las tres rela- ciones se ha de entender como mera coincidencia y ocasional, pues son tres parejas de conceptos que se han de analizar, y situar cada circuns- tancia en relación con ellos, de un modo independiente y por separado. Incluso puede ser cuestionable la utilidad de seguir manteniendo la di- cotomía naturaleza objetiva-subjetiva, relativa a las circunstancias"⁴¹.

En cuanto a la aludida naturaleza subjetiva u objetiva, el punto es discutir si se refiere a la comunicabilidad, o bien a su consistencia como causa personal o modalidad ejecutiva, que paralelamente, pero en sen- deros independientes, puede o no ser comunicable.

³⁹ NOVOA MONREAL. *Curso de Derecho...*, Tomo 2, ob. cit., 1985, p. 120.

⁴⁰ Díez Ripollés, José Luis. *Naturaleza de las circunstancias modificativas, su refe- rencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código Penal español*. En ADPCP, Tomo XXX, Fascículo 3, 1977, p. 598.

⁴¹ Díez Ripollés. *Naturaleza de las circunstancias...*, ob., cit., 1977, p. 649.

En este sentido Novoa apunta a contenido⁴², Cury combina ambas⁴³. Garrido Montt realiza la clasificación utilizando la nomenclatura dual, esto es, circunstancias materiales-objetivas y subjetivas-personales, que define a partir de su inclusión en los incisos primero o segundo del art. 64. Sin embargo, vincula consecuentemente la calidad de materiales, a la comunicabilidad ("las materiales, por ser objetivas y referirse a la ejecución de hecho, afectan a todos aquellos que participaron y tenían conocimiento de las mismas"⁴⁴ y las personales a la incommunicabilidad ("las personales, que frecuentemente son subjetivas, afectan exclusiva- mente a aquellos intervinientes en los cuales concurren, no así a los demás que también pueden haber tenido intervención en el delito"⁴⁵.) La expresión "frecuentemente son subjetivas" interrumpe un tanto el panorama, al desvirtuar la estricta relación que hasta el momento se planteaba entre personales y subjetivas. Desconocemos la razón a que esta distinción obedece, pero refuerza la idea de que los conceptos son autónomos e independientes.

c) En atención a su *fundamento*, Cury distingue entre aquellas cir- cunstancias modificatorias que sólo obedecen a criterios político crimi- nales, aquellas que se basan en consideraciones relativas a la persona- lidad del autor y las que afectan a la antijuricidad o culpabilidad del delito. Sin perjuicio de estas distinciones, el propio autor señala que "muchas de las circunstancias no obedecen a un fundamento único y nítidamente diferenciado"⁴⁶.

⁴² La comunicabilidad es tratada con independencia del carácter mismo de la cir- cunstancia, como se observa en el tratamiento sistemático de su manual, sin perjuicio de que, implícitamente, se mantienen conexiones. NOVOA MONREAL. *Curso de Derecho...*, Tomo 2, ob. cit., 1985, p. 118.

⁴³ La particular interpretación de Cury será examinada posteriormente en el Capi- tulo IV.

⁴⁴ GARRIDO MONTT. *Derecho penal...*, Tomo I, ob. cit., 1997, p. 178.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ CURY URZÚA. *Derecho penal...*, Tomo II, ob. cit., 1992, p. 100.

1.2.7.2. Criterios de clasificación que apelan a la dimensión formal de las circunstancias. Punto de vista de la operatividad de la compensación racional

Para determinar el ámbito de aplicación de la compensación racional debemos comenzar por clasificar las circunstancias modificatorias.

a) Desde el punto de vista de la *extensión de sus efectos*, esto es, *respecto de qué las aplica*, distinguimos circunstancias *genéricas* y *circunstancias específicas*. Las primeras son aquellas que operan respecto de cualquier delito o, a lo menos, de su gran mayoría. Oseñan este carácter las circunstancias señaladas en los artículos 11 y 12 del CP. Las específicas, por el contrario, sólo surten sus efectos en relación con ciertos y determinados hechos punibles, respecto de los cuales se las consagra expresamente. Se encuentran dispersas a lo largo del Código Penal, principalmente en su Parte Especial.

b) Por otra parte, desde el punto de vista de la *magnitud o intensidad de sus efectos*, esto es, *el cómo las aplica*, distinguimos circunstancias *comunes*, que son aquellas cuyos efectos se encuentran regulados de manera general en los artículos 65 a 68 del CP, y circunstancias *especiales*, aquellas que poseen consecuencias atenuatorias o agravatorias más significativas, que se establecen expresamente para cada una de ellas en diferentes disposiciones⁴⁷.

Sin perjuicio de que ciertos autores tiendan a concentrar estas clasificaciones⁴⁸, englobando en un solo concepto las circunstancias genéricas con las comunes y las circunstancias específicas con las especiales⁴⁹, la realidad normativa del Código Penal admite tanto estas últimas conjunciones como combinaciones de circunstancias genéricas-espe-

⁴⁷ VAN WEEZEN las denomina *circunstancias de eficacia ordinaria* y *circunstancias de eficacia extraordinaria*.

⁴⁸ Cuestión que, como veremos, no es un mero asunto de simplificación dogmática, sino que incide directamente en los casos en que es aplicable la compensación racional.

⁴⁹ Tal es el caso de ERCHBERGER, Alfredo. *Derecho penal*, Tomo II, Tercera edición revisada y actualizada 1997, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 189 y LABAYEN, Gustavo. *Derecho penal*, Tomo I, Parte general, Ed. Jurídica de Chile, séptima edición, Santiago, Chile, 1976, p. 209.

les y circunstancias específicas-comunes. Las circunstancias genéricas-comunes se encuentran establecidas en los artículos 11 números 2 a 10, 12 y 13 del CP. Como circunstancias genéricas-especiales encontramos las disposiciones de los artículos 72 inciso primero en relación con el número 2 del artículo 10 y artículo 11; artículo 72 inciso segundo; artículo 73 en relación con el número 1 del artículo 11 y artículo 10, y artículo 103, que regulan los efectos de las circunstancias relacionadas con la minoría de edad, eximentes incompletas y la prescripción gradual, respectivamente. A modo de ejemplo, como circunstancia específica-común tenemos la norma del art. 120 del CP. Dentro de las circunstancias específicas-especiales, son ejemplos aquellas descritas en los artículos 400, 447 y 449. Coincide de forma obvia la generalidad o especificidad de las circunstancias con la ubicación geográfica de su regulación en el CP, parte general o parte especial.

Realizadas estas distinciones, retomemos el estudio del art. 63, y su relación con la delimitación de las circunstancias que participan en el mecanismo de compensación racional, que ya anunciáramos en el punto 1.2.6.1.

1.2.7.3. Circunstancias modificatorias que califican o privilegian la figura delictiva: Calificantes y Privilegiantes

Al analizar el primer factor al cual se atiene para determinar la pena aplicable, esto es, pena señalada por la ley al delito, afirmamos que su verificación debe tener en cuenta la concurrencia de calificantes y privilegiantes, no sólo porque inciden en la fijación del marco original, sustrato del que derivan las siguientes afinaciones para llegar al quantum exacto, sino además, porque opera en las figuras calificadas (y privilegiadas) la norma del art. 63 inciso primero segunda parte, que dispone que no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que la ley ha expresado para describir y penar un delito. Surge la duda, en atención a lo expuesto, de si una circunstancia específica, *descrita* para que opere en determinados delitos, y con prescindencia de su calidad original de común o especial, implica estar en presencia de una figura calificada o privilegiada.

El problema que se presenta, de especial interés para determinar el ámbito de aplicación de la compensación racional, radica en distinguir claramente cuándo estamos hablando de *figuras calificadas* de

delito y cuándo de *delitos circunstancialmente descritos en la ley*: en el primer caso, la descripción típica de una circunstancia se incluye en el primer factor de la determinación de la pena, "se trata ya no de elementos accidentales de cara a la ley, sino de rasgos considerados esenciales, en cuanto dan lugar al surgimiento de figuras delictivas que constituyen una *unidad valorativa independiente*. Estos elementos forman parte integrante del tipo delictivo y, por lo tanto, no pueden producir efecto atenuante o agravante en una segunda valoración, conforme al art. 63 del Código Penal"⁵⁰; en el segundo caso, la circunstancia es un elemento eminentemente accidental, no incorporado al tipo del hecho punible, sin perjuicio de que potencialmente implique una alteración del marco original. Es delito circunstanciado aquel en su forma simple, no calificado ni privilegiado, pero respecto del cual ha establecido la ley alguna o algunas circunstancias modificatorias específicas.

Van Weezel esgrime como criterios para distinguir si se está ante una unidad valorativa independiente o ante un delito circunstanciado los siguientes:

1) En primer lugar, comprobar si las circunstancias incorporadas al tipo determinan una **alteración del marco penal atribuido por la ley al hecho básico**. "De ser así, se tratará normalmente de una calificante o privilegiante. En efecto, por regla general las circunstancias modificatorias sólo suponen aumentos o disminuciones sobre la base del marco original"⁵¹.

2) En segundo lugar, y como criterio auxiliar del anterior, **verificar si el incremento de las penas o su disminución tienen para el juez el carácter de facultativos u obligatorios**. "De ser obligatorios, generalmente estaremos frente a una unidad valorativa independiente, calificada o privilegiada. Si sólo es facultativa, el delito será, en principio, circunstanciado, y no privilegiado o calificado"⁵².

⁵⁰ VAN WEEZEL, *Compensación racional de...*, ob. cit., 1997, p. 497.

⁵¹ VAN WEEZEL, *Compensación racional de...*, ob. cit., 1997, p. 498.

⁵² Ibidem.

"Es importante destacar que los criterios mencionados sólo tienen carácter orientador y por tanto, no ofrecen una solución instantánea a las dudas sobre si se trata, en el caso concreto, de una calificante o privilegiante o si, en cambio, sólo se está ante una circunstancia modificatoria especial. La decisión última siempre obedece a criterios axiológicos, cuya dirección debe hallarse por la vía hermenéutica"⁵³. Y, en efecto, la consideración extrema de estos criterios nos presenta una serie de inconvenientes.

Una vez establecido de qué hablamos cuando hablamos de circunstancias —elementos accidentales, que no modifican la sustancia del hecho punible, que posibilitan la concreción del marco penal concreto para la determinación de la pena exacta una vez establecido el marco penal genérico— Van Weezel postula una segunda clasificación, sean éstas genéricas o específicas, consistente en *aquellas de eficacia ordinaria* y *aquellas de eficacia extraordinaria*, nomenclatura referida a la distinción que ya hemos realizado en el apartado anterior, entre circunstancias *comunes* y *especiales*. De esta forma, son circunstancias de eficacia ordinaria aquellas cuyos efectos se encuentran regulados de un modo general en los artículos 65 a 68 bis del Código Penal; y son circunstancias de eficacia extraordinaria, aquellas cuyos efectos se encuentran intensificados por normas especiales. El problema se presenta en este punto: Van Weezel da como ejemplo de atenuante genérica de eficacia extraordinaria, las eximentes incompletas del art. 11 N° 1 del CP, en relación con el art. 73, y la atenuante de menor edad del art. 72 inciso primero del CP. Como agravante genérica de eficacia extraordinaria, señala el art. 72 inciso segundo, que consagra el prevailecimiento de menores por parte de mayores en la perpetración de un delito. Estamos de acuerdo con esta calificación, pero si observamos más detenidamente y utilizando los criterios por el autor expuestos, ¿no se trata acaso de *alteraciones del marco penal original* dispuestos de forma *imperativa*, y por consiguiente, de figuras privilegiantes o calificantes en el caso en que concurren?

Todos los factores de determinación de la pena implican alteraciones del marco penal original. El único factor que podría excluirse es la

⁵³ Ibidem.

modalidad de concurrencia de una *sola* circunstancia, que dispone reducción de recorrido dentro del grado o grados que componen aquel marco penal abstracto. Incluso, las circunstancias modificatorias expresamente consagradas como tales, que no presentan dudas en cuanto a su accidentalidad y su exclusión de las hipótesis del art. 63, pueden en ciertas ocasiones implicar alteración del marco penal, como es el caso de pluralidad de atenuantes sin presencia de agravantes y viceversa.

En nuestra opinión, para delimitar claramente la figura calificada o privilegiada, la referencia al *hecho básico* que exige el primer criterio planteado por Van Weezel, debería apelar a la existencia de una figura simple frente a la cual compararla. Este criterio correctivo permite salvar la aplicación de las eximentes incompletas o la atenuante y agravante del art. 72 en su calidad de circunstancias y no de privilegiantes o agravantes.

Como segundo criterio correctivo, y en estricta relación al anterior, podríamos señalar el momento que legalmente se establece para la alteración del marco penal. Sin perjuicio de que los factores para la determinación de la pena se sucedan simultáneamente en la mente del juez, la pena señalada por ley al delito, por su propia naturaleza, antecede a cualquier otro factor. Sin él, no tenemos nada. Y en este sentido, la técnica legislativa y el fin de la norma darán la pauta en cuanto a determinar el sustrato sobre el que recaerán las consideraciones respecto del iter crimen, la participación criminal y las demás accidentalidades del delito. Si la nueva penalidad está dispuesta como la base sobre la que se concretan los distintos grados de iter crimen y participación y demás circunstancias, estaremos ante una privilegiante o calificante. En definitiva, se trataría de un ejercicio de análisis práctico: examinar si la alteración permite la sucesión de los factores consiguientes, o si, por el contrario, exige que aquellos le antecedan.

1.2.7.4. Circunstancias especiales, que sin calificar el delito, tienen un contenido fáctico similar a circunstancias comunes: Delitos circunstanciados

Como ya lo señalamos en el párrafo anterior, en las figuras calificadas, la circunstancia agravante forma una unidad valorativa con la conducta básica, lo que determina por lo general una traslación del marco

penal obligatorio para el juez. De esta forma, en el caso del art. 390 que tipifica el delito de patricidio, el art. 63 impide la aplicación de la agravante de parentesco prevista en el art. 13. Tal ocurre también con las calificantes del homicidio, art. 391 N° 1, respecto de las circunstancias agravantes comunes que coinciden con ellas⁵⁴. Respecto de los delitos que contemplan agravantes especiales, "suelen coincidir con los que se hallan circunstanciadamente descritos en la ley. Se trata de aquellas figuras simples—esto es, no calificadas—que sin embargo aparecen descritas con particular detalle por el legislador, o a las que éste ha asociado una o más agravantes especiales que *coinciden con alguna o algunas de las agravantes genéricas*. En estos casos, la ley sólo establece hipótesis especiales de agravación, que no forman una unidad valorativa con el delito básico, no determinan una alteración del marco penal, e incluso pueden ser de aplicación facultativa para el tribunal. p. ej., en el tipo del art. 139 N° 1 se describe la acción de impedir que tumulto o desorden un culto permitido que se practicaba en un lugar destinado a él, e incrementa la pena del art. 138 añadiendo una multa a la privación de libertad. En tal caso, no puede operar la agravante prevista en el art. 12 N° 17 (cometer el delito en un lugar destinado a un culto permitido). En esta situación se encuentran también los hurtos agravados del art. 447, con respecto a la circunstancia del art. 12 N° 7. Para el abuso de fuerza (art. 12 N° 6) en el delito de violación (art. 361 N° 1) se aplica el mismo razonamiento. En cambio, cuando las circunstancias especiales no coinciden

⁵⁴ Sin lugar a dudas, lo expuesto no admite controversia en el caso que la coincidencia con la circunstancia común sea con la agravante especial que en el caso concreto califica el homicidio. Pero se plantea la duda, en torno a cuál sería el mecanismo correctivo frente a la concurrencia de las agravantes adicionales que admite el 391 N° 1 para su calificación. Por ejemplo, suponemos que un sujeto mate a otro con alevosía y ensañamiento, y se califique en virtud de la primera. El ensañamiento pierde su eficacia como calificante, pero ¿se considera concurrente a efectos de operar como circunstancia común? La jurisprudencia y doctrina es prácticamente unánime en declarar que las calificantes adicionales no entran posteriormente en las reglas de los arts. 65 a 68, pero pueden ser valoradas dentro de la esfera del art. 69, sin perjuicio de existir ciertos fallos aislados que expresamente lo permiten. Ver CS 19 de octubre de 1992, RDI, Tomo LXXXIX, N° 3, septiembre-diciembre 1992, segunda parte, sección cuarta, pp. 229-234.

con ninguna de las agravantes genéricas, el art. 63 no tiene aplicación. P. ej., las situaciones previstas en los arts. 120, 296 inciso 5º, 456 bis Nº 5... En estas hipótesis, *las circunstancias especiales concurren a la individualización de acuerdo con las reglas previstas en los artículos 65 a 69 del Código Penal*⁵⁵. En efecto, a través del art. 63 excluimos de considerar como circunstancias aquellas situaciones fácticas que fueron valoradas en un primer momento. Pero una cosa es la exclusión en virtud de la prohibición de doble valoración, y otra muy distinta, que aquellas circunstancias no excluidas sean susceptibles de aplicárseles las reglas de los arts. 65 a 68 bis del CP.

La hipótesis en cuestión del art. 63 –agravante que la ley ha expresado para describir y penar un delito– exige potencialmente el concurso de dos circunstancias de igual contenido fáctico, la específica, descrita como acompañante de la figura típica y otra, genérica. Nos enfrenta, en otras palabras, a un concurso aparente de circunstancias modificatorias. Ahora bien, aquel contenido fáctico, manifestado como circunstancia específica, no puede ser valorado nuevamente a través de su reconocimiento como circunstancia genérica. La prohibición del art. 63 va dirigido a la tentación de considerar esa segunda circunstancia de tipo genérico, no a la circunstancia específica, que perfectamente aumenta la pena cuando así ha sido dispuesto imperativamente (porque es la genérica la que se amula por el art. 63).

La dificultad que encierra el párrafo transcrito es que plantea que *la coincidencia o no coincidencia de una agravante especial con una genérica* marcaría el criterio para su inclusión en una operación de compensación racional. Sin embargo advertimos la confusión de nomenclatura ya denunciada con anterioridad: las circunstancias pueden ser, en contraposición, especiales o comunes, genéricas o específicas, y admitir combinaciones de ambas. *Las circunstancias especiales* enunciadas como *no coincidentes con las genéricas*, según las definiciones expuestas en el punto anterior, se tratarían más bien de circunstancias específicas comunes, es decir, aplicables a ciertos delitos, pero sin consecuen-

cias agravatorias (o atenuatorias) de intensidad extraordinaria. Una circunstancia propiamente especial, esto es, de eficacia extraordinaria, podría no coincidir con una circunstancia común, pero no por ello ser regulada de acuerdo a las normas establecidas en los artículos 65 a 69, pues, por el contrario, la especial intensidad de sus efectos, dispuesta imperativamente en ciertos casos, facultativa en otros, las sustrae del tratamiento común que para las demás se establece. Así, al menos, es la forma como las circunstancias especiales, esto es de eficacia extraordinaria, han sido tratadas en doctrina y jurisprudencia, y constituye el criterio básico a través del cual se determina el ámbito de aplicación de la compensación racional.

Por lo tanto, reorganizando los conceptos en base a una nomenclatura correcta, la conclusión de que "*las circunstancias especiales concurren a la individualización de acuerdo con las reglas previstas en los artículos 65 a 69 del Código Penal*", debería ser del siguiente tenor *las circunstancias específicas concurren a la individualización de acuerdo con las reglas previstas en los artículos 65 a 69 del Código Penal, siempre que sean comunes*.

1.2.8. Efectos de las circunstancias modificatorias en la responsabilidad criminal

Para determinar el efecto que producen las atenuantes y agravantes en la responsabilidad criminal, el Código atiende: a) a la composición de la pena asignada al delito, y b) al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes.

1.2.8.1. Artículo 65: marco penal constituido por una sola pena indivisible

El supuesto de aplicación de la norma es aquel en que la ley, en sentido abstracto y sin consideración de las peculiaridades del caso concreto, asigna al delito una sola pena indivisible, es decir, la pena de presidio perpetuo calificado u otra pena perpetua. Ahora bien, "la expresión "una sola pena indivisible" debe entenderse sin perjuicio de que la pena perpetua vaya acompañada por otras penas copulativas, pues en este caso, y respecto de la determinación de esta pena, rige el

⁵⁵ POLJOFF LIFSCHITZ y ORTIZ QUIROGA, directores. *Texto y Comentario del ...*, ob. cit., 2002, pp 351-352. La cursiva es nuestra.

art. 65⁵⁶. Tal como lo señalan los autores citados, aún realizada esta distinción, la norma es de aplicación excepcional en nuestro Código. "Con todo, la disposición puede encontrar indirectamente, en la regulación del concurso ideal de delitos, art. 75 del CP, un supuesto de mayor amplitud, si se entiende... que en tales casos es la ley la que asigna al delito una pena indivisible, y que actualmente no existe la facultad para no aplicar la pena máxima (presidio perpetuo calificado), vigente desde 1970 cuando ésta era la de muerte"⁵⁷.

Frente a este marco penal, el tribunal deberá aplicar la pena sin consideración a las circunstancias agravantes que concurren en el hecho. Sin embargo, si bien la presencia de una sola agravante no permite al juez incrementar la pena establecida en la ley, le impide rebajarla. La rebaja está supeditada a la presencia de dos o más circunstancias atenuantes y *ninguna agravante*, en cuyo caso podrá aplicar la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados. El art. 65 no establece un mecanismo de compensación de atenuantes y agravantes, como lo hacen las normas siguientes, lo que incide finalmente en la atribución de eficacia a las agravantes, tan desmejoradas en una primera impresión de la norma: éstas condicionan indirectamente la eficacia de las atenuantes, al desproveerlas de su intensidad atenuatoria si concurren unas y otras.

*1.2.8.2. Art. 66: marco penal
compuesto por dos penas indivisibles*

Este artículo tiene aplicación cuando la ley en forma abstracta, sin atender a las peculiaridades del hecho concreto, asigna al delito una pena compuesta por dos grados de penalidad, cada uno de ellos correspondiente a una pena indivisible. La aplicabilidad de esta norma es aún más restringida que el art. 65, verificándose en nuestro Código Penal en el art. 372 bis inciso segundo, una de las hipótesis de violación con homicidio, que se castiga con la pena de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado.

⁵⁶ POLITOFF LIPSCHITZ y ORTIZ QUIROGA, directores. *Texto y Comentario del Código Penal chileno...* Tomo I, ob. cit., 2002, p. 359.

⁵⁷ *Ibidem*.

Se hace aplicable en este caso la salvedad comentada anteriormente, en cuanto a que las penas accesorias copulativas, como podría ser inhabilitación para cargos y oficios públicos y derechos políticos, no forman con la pena principal un marco penal compuesto.

Si no acompañan al hecho circunstancias atenuantes ni agravantes, puede el tribunal imponerla en cualquiera de sus grados. Cuando sólo concurre alguna circunstancia atenuante, debe el tribunal aplicarla en su grado mínimo y si, habiendo una agravante, no concurre ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo. Siendo dos o más las circunstancias atenuantes, sin que concorra ninguna agravante, el juez podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

En el caso en que concurren atenuantes y agravantes, el tribunal deberá compensarlas racionalmente, graduando el valor de unas y otras, "luego de lo cual aplicará la pena con arreglo al resultado obteniendo y a las reglas precedentes (art. 66)"⁵⁸.

*1.2.8.3. Art. 67: marco penal
constituido por un grado de pena divisible*

El supuesto de aplicación es un grado de una pena divisible, marco penal de mucha mayor frecuencia que las dos normas anteriores en las figuras punibles que prescribe nuestro Código. "Además, la disposición puede encontrar directamente, en la regulación del concurso ideal de delitos, (v. art. 75), nuevos supuestos de aplicación, si se entiende... que en tales casos es la ley la que asigna al delito un grado de una pena divisible"⁵⁹.

En conformidad a este artículo, cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el juez puede recorrer toda la extensión de dicho grado al imponerla. Si concurre una sola atenuante o una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimo y en el segundo en su máximo, para cuya determinación se divide por la du-

⁵⁸ Cury Urzúa. *Derecho penal...* Tomo II, ob. cit., 1992, p. 393.

⁵⁹ POLITOFF LIPSCHITZ y ORTIZ QUIROGA, directores. *Texto y Comentario del Código Penal chileno...* Tomo I, ob. cit., 2002, p. 364.

ración de la pena, entendiéndose que la más alta constituye su máximo, y la más baja el mínimo. Siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. En el caso contrario, esto es, dos o más atenuantes sin agravantes, puede aplicar la pena superior en un grado.

Concurriendo atenuantes y agravantes, rige la regla sobre compensación racional de las mismas, graduando el valor de unas y otras.

1.2.8.4. Art. 68: marco penal compuesto por dos o más grados, sean éstos una o dos penas indivisibles y uno o más grados de pena divisible, sean éstos diversos grados de penas divisibles

El supuesto de aplicación consiste en que la pena señalada por ley al delito, conste de dos o más grados, bien sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de pena divisible. La pena conminada es compuesta, de tal manera que el marco penal se divide en grados según lo dispuesto en los arts. 57 y 58, donde la pena más leve es el mínimo y la pena más grave es el máximo. Es el supuesto de aplicación más frecuente en el Código Penal.

De conformidad a la norma, si no concurren en el hecho circunstancias modificatorias de responsabilidad, el tribunal al aplicarla puede recorrer toda su extensión. Habiendo una sola atenuante o agravante, no aplicará en el primer caso el grado máximo ni en el segundo el mínimo. Si son dos o más las atenuantes y no concurren agravantes, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos, o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias; en la situación inversa, podrá aplicar la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley.

Concurriendo en el hecho simultáneamente atenuantes y agravantes, se observará lo prescrito en los artículos anteriores para casos análogos. En otras palabras, el tribunal procederá a compensarlas racionalmente, según su número y entidad.

1.2.8.5. Artículo 68 bis: atenuante muy calificada

En cualquiera de las situaciones descritas anteriormente, el art. 68 bis permite al tribunal imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito si en el hecho concurre una sola atenuante muy calificada.

1.2.9. Artículo 69: determinación de la cuantía exacta de la pena dentro del grado establecido

Una vez determinado el grado en virtud de los artículos anteriores, el último de los factores señalados en la ley para la determinación de la pena, entrega las reglas para la cuantificación exacta dentro del grado ya determinado. En este sentido, el art. 69 dispone que el tribunal, dentro de los límites de cada grado, determinará la cuantía exacta de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

1.2.10. Compensación racional a la luz de las disposiciones que la consagran

La compensación racional de circunstancias modificatorias es una facultad otorgada por la ley al juez, para la determinación del grado de pena aplicable al caso concreto, cuando concurren en el hecho conjuntamente circunstancias atenuantes y agravantes, en los casos de penas compuestas o simples de un grado de una divisible. Para que opere la determinación del grado, la compensación debe producir la anulación de ciertas circunstancias por la presencia de otras, a objeto de reducir el hecho a las reglas que prescriben modificaciones de marco penal o recorrido dentro de él, cuestión reservada para la presencia de circunstancias del mismo signo. De otra forma, las circunstancias devienen inoperantes. Por consiguiente, la compensación racional es un mecanismo de anulación de circunstancias a través del cual se obtiene como resultado, y en atención a ciertos criterios que son precisamente los que queremos descubrir, una sola de ellas o bien pluralidad de éstas de igual naturaleza, atenuatoria o agravatoria, y que permite en definitiva obtener una directriz unívoca respecto de la reducción del marco penal. La com-

CAPÍTULO IV

EL OBJETO DE COMPENSACIÓN:

LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

4.1. CIRCUNSTANCIAS COMO CRITERIOS FÁCTICOS

En el segundo capítulo señalábamos que *las condiciones de racionalidad de la compensación son dos: la diferencia en el valor de las circunstancias y la superioridad de las atenuantes sobre las agravantes.*

A través de los criterios finalistas, la compensación se transforma en una anticipación de la medida de la pena dirigida por un propósito de *ampliación a través de la priorización de las atenuantes, cuando éstas concurren en multitud y posibilitan en potencia una reducción del marco penal.*

Sin embargo, las posibilidades de concurso son múltiples; podemos, asimismo, enfrentarnos a una pluralidad de agravantes y sólo una atenuante o bien, una sola atenuante y una sola agravante. Estas modalidades de concurrencia, en principio, dificultan aplicar los criterios finalistas como criterios de compensación, en atención a que la anticipación o pronóstico se muestra, formalmente, no tan unívoca. Cobra importancia, en este escenario, la diferencia en el valor dentro del grupo de las propias atenuantes y dentro del catálogo de las propias agravantes. Es necesario, por ende, indagar en la alternativa de que las circunstancias porten en sí mismas un valor específico que sea perceptible en el caso que su concurrencia formal sea insuficiente para entregar directrices fácilmente recurribles. La tarea a la cual abocarnos ahora consiste en indagar en el valor específico que recoge cada circunstancia, a través del estudio de su fundamento y naturaleza. ¿Qué es especialmente

valorable a juicio del legislador, y qué es especialmente reproachable? Las razones tras la consagración de ciertos hechos como atenuantes y agravantes se nos revelan como criterios fácticos; esto, en atención a dos órdenes de cuestiones: en primer lugar, liberados de la influencia de los fines de la pena, atendemos ahora exclusivamente al valor *per se* del hecho consagrado—sin perjuicio que en esa apreciación puedan influir razones preventivas; en efecto, ya vimos cómo un criterio finalista puede influir en la interpretación misma de una circunstancia—; y en segundo lugar, porque las circunstancias apuntan directamente a construir, o más bien afinar la *gravidad del hecho*.

La cuestión acerca del fundamento y naturaleza de las circunstancias es una problemática de sumo discutida, como ya fue posible apreciar al analizar el tipo penal desde la perspectiva planteada por Bacigalupo. Sin lugar a dudas, es posible una interpretación que las conciba como elementos del tipo penal, como accidentes que influyen en la gravedad del delito, o bien como meros factores que afectan la graduación de la pena.

Por muy tentadora que sea la intención de descubrir una fundamentación que provenga de un sustrato común, la realidad de las cosas pareciera obligar a asumirlos como elementos disímiles, cohesionados exclusivamente por cuestiones de orden en el estudio: se encuentran aglutinados más bien por sus efectos, que por su naturaleza. La geografía del Código o de cualquier manual de Derecho penal refleja claramente la situación que planteamos, cuestión que desorienta al investigador al presumir una cohesión por cuestiones netamente metodológicas.

Lo que intentaremos en el presente capítulo es descentrañar la fundamentación última de las circunstancias; en primer lugar, analizándolas en su conjunto para luego descender en el estudio particularizado de cada una de ellas. Debemos advertir que el estudio pormenorizado sólo abarcará las circunstancias genéricas comunes, pues, en principio, son las únicas aptas de ser compensadas racionalmente.

4.2. RAZÓN (O FUNCIÓN) DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Con el título de *razón de las circunstancias* hacemos referencia a algo ya adelantado en páginas anteriores: las circunstancias modificacio-

rias contribuyen a afinar el juicio sobre el hecho punible, en atención a las particularidades que definen la identidad del caso concreto. Si bien son elementos accidentales, dotan al delito en el que concurren de una fisonomía propia e individual, que es justamente lo que debe reflejarse en la pena. Novoa Monreal afirma que las circunstancias se explican por una necesidad de justicia: como la ley sólo puede prever lo general, “mediante estas circunstancias modificatorias puede considerar las particularidades que presentan un hecho concreto o un sujeto determinado y llegar a regular una pena acorde con sus características propias. En una medida muy importante, pues se logra una individualización de la pena por la consideración y efectos de dichas circunstancias. Las circunstancias modificatorias, en consecuencia, pretenden la obtención de una valoración jurídica más completa y más fina en relación con un hecho delictuoso determinado que sea sometido al juzgamiento penal, agregando a los elementos constitutivos de la responsabilidad penal, otros factores, especialmente relativos al delincuente, que el ordenamiento jurídico estima como aptos para perfeccionar esa valoración”⁴⁹⁸.

Su función no es otra que condicionar “no el sí, sino quantum de la pena”, su graduación o determinación, esto es, modificarla, o dicho con la sencillez de los antiguos “*poena secundum facti contingentiam commensuranda delicti*”⁴⁹⁹. Su razón de ser “reside en la necesidad de estimar la respectiva gravedad del caso delictivo en su concreción e individualidad, dentro del género al que pertenece”, para luego repertu-
tir “en la commensuración de la penalidad, dentro de los límites de la correspondiente pena abstracta o amenaza retributiva”⁵⁰⁰.

Como lo señaláramos en el capítulo anterior, la estimación de la gravedad está dada por el mayor o menor injusto del caso en cuestión y su mayor o menor reprochabilidad. Para complementar o perfeccionar

⁴⁹⁸ NOVOA MONREAL. *Curso de Derecho...*, Tomo 2, ob. cit., 1985, p. 3.

⁴⁹⁹ DE RIVACORBA Y RIVACORBA, Manuel. *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*. Revista Doctrina Penal, julio-septiembre 1988, N° 43, año 11, 1985, p. 475.

⁵⁰⁰ DE RIVACORBA Y RIVACORBA. *Las circunstancias modificativas...*, ob. cit., 1985, p. 476.

la estimación de estos elementos debe considerarse la concurrencia o no "de datos de hecho que puedan darse en todas las infracciones criminales o en ciertas especies de familias de delitos, que las valoraciones dominantes en la sociedad hacen objeto de una reprobación más o menos intensa y que por ello las leyes consignán en su texto o permiten que tomen en cuenta los jueces"⁵⁰¹. No es menor, en este sentido, la constatación de que el desarrollo y aplicación de las circunstancias modificatorias van unidas al desarrollo y extensión que se conceda al arbitrio judicial.

En definitiva, las circunstancias modificatorias permiten adaptar el esquema abstracto del precepto, tanto al supuesto concreto como a la personalidad del delincuente. "Dicha posición fue postulada en base a un espíritu realista y de justicia, de clara orientación político-criminal, dirigido a captar la singular persona del delincuente"⁵⁰². La gradualidad que supone su referencia al delito y a la personalidad del delincuente, expresa "un proceso de subjetivación del Derecho penal evolucionado"⁵⁰³.

4.3. CONCEPTO

Cualquier concepto que se dé de una institución jurídica presupone una toma de posición en relación a su fundamento. Como es nuestra intención avanzar detenidamente en cada uno de los ítemes, mencionaremos las definiciones que se han dado en doctrina, sin tomar partido necesariamente por una o por otra, para posteriormente introducirnos a su naturaleza y fundamento.

Dentro de nuestros primeros comentaristas, Robustiano Vera las define como "aquellas razones incompletas de escusa que disminuyen la responsabilidad del autor de un delito, en atención a los accidentes que concurren a su ejecución"⁵⁰⁴. Jiménez de Asúa señala que "circunstancia es todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esen-

cia. Circunstancias atenuantes y agravantes son las que modifican las consecuencias de la responsabilidad, sin suprimir ésta"⁵⁰⁵. Novoa Monreal las define como "factores que modifican en un caso particular la gravedad de la lesión jurídica propia del hecho delictuoso, o afectan la intensidad de la culpabilidad del agente que en él interviene, o influyen en el poder de evitarlo, o disminuyen o acentúan la peligrosidad social del delincuente"⁵⁰⁶.

Cury concibe las circunstancias modificatorias como "un conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales ésta atribuye la virtualidad de concurrir a determinar la magnitud de la pena correspondiente al delito en el caso concreto, ya sea atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo"⁵⁰⁷.

Las definiciones de lo que son las circunstancias están dadas por la función que desempeñan, más que por su contenido intrínseco. La nota característica de los conceptos es la referencia a su virtualidad modificatoria de la gravedad del delito, con la consiguiente modificación de la magnitud de la pena. Pero no existe, en principio, una conceptualización sustantiva acerca de ellas. No se afirma si, como institución jurídica, son hechos, calidades o características del sujeto activo del delito, roles, etc. Sin embargo, podemos adelantar dos conclusiones: en primer lugar, son accidentales y accesorias al delito, estos es, pueden o no presentarse en un caso concreto, sin que por ello se desvirtúe la existencia del hecho punible, y en segundo lugar, verificándose, no alteran en principio la calificación jurídica del acto en cuanto delito. La referencia al delito que es, primero que todo, acción, permite concluir que las circunstancias importan una cierta porción de acción o una cierta calidad del delincuente que se manifiesta en la acción. Por consiguiente, son *hechos*, y en atención a sus consecuencias, son hechos *jurídicos*.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

⁵⁰² CORO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, p. 673.

⁵⁰³ *Ibidem*.

⁵⁰⁴ VERA, *Código Penal...*, ob. cit., 1883, p. 111.

⁵⁰⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA citado por DE RIVACORBA Y RIVACORBA, *Las circunstancias...*, ob. cit., 1988, p. 474.

⁵⁰⁶ NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho...*, Tomo II, ob. cit., 1985, p. 3-4.

⁵⁰⁷ CURY, *Derecho penal...*, Tomo I, ob. cit., 1992, p. 99.

4.4. UBICACIÓN SISTEMÁTICA. CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS

No es desconocido que el origen de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal obedece al proceso histórico de individualización y personalización de las penas, motivado por arribar a una medición más justa y equitativa de ésta, en atención a la individualización del delincuente y del hecho por él verificado.

Preliminar a cualquier introducción en el tema de las circunstancias es la cuestión en torno a su inclusión en la teoría del delito o bien en la teoría de la pena. Optar por una u otra ubicación sistemática no es antojadizo ni por caprichos "estéticos"⁵⁰⁸, para efectos de la compensación racional, si recomendamos las circunstancias a los elementos del delito y, por ende, las entendemos como manifestación de injusto o reprochabilidad —siempre accidental, esto es, sin afectar el elemento constitutivo, dícese antijuricidad y culpabilidad, que configura el delito concreto y siempre como manifestación de gradualidad—, los criterios de compensación dirán relación con el juicio en torno a la compatibilidad o incompatibilidad de los objetos a valorar y la superioridad de un elemento para la construcción de la esencialidad del acto, atendido a qué es lo más importante a juicio del legislador para la imposición de un castigo; por el contrario, si las circunstancias modificatorias obedecen a razones de política criminal, la compensación girará en torno a la priorización de ciertos fines por sobre otros.

4.4.1. Circunstancias y teoría de la pena

Como se advirtió brevemente en el capítulo anterior, Cobo del Rosal y Vives Antón entienden que las circunstancias modificatorias son "causas modificativas de la pena"⁵⁰⁹. "En su relación con el delito debe

⁵⁰⁸ "En efecto, es común creer que el rigor y la pulcritud en la ordenación de éstos (los conocimientos jurídico-penales) se reduce a un juego formal o a una disposición más o menos clara o artística de la materia, perdiendo de vista que, por el contrario, depende esencialmente de la intelección de su contenido y finalidad y que, por tanto, está preñada de consecuencias prácticas, es decir, para su aplicación". De RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Las circunstancias modificativas...*, ob. cit., 1988, p. 479.

⁵⁰⁹ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, p. 673.

reseñarse que, la simple lectura de dichas causas y, en suma, la expresión más utilizada de circunstancias, revela que no afectan su sustancia, sino que más bien la dejan totalmente "intacta". El delito existe, se denota o no las circunstancias agravantes o atenuantes, que no guardan, por tanto, ninguna relación esencial con el mismo, puesto que únicamente afectan al quantum de la pena, e incluso a la calidad de la misma, o por mejor decir, de acuerdo con la terminología del Código español, modifican, en última instancia, la responsabilidad criminal⁵¹⁰. Se trata, pues, de algo accesorio o accidental, que únicamente repercute sobre la mayor o menor gravedad de la reacción punitiva, es decir, de simples circunstancias, al fin y al cabo.

Por consiguiente, su existencia o inexistencia repercute en lo que es la consecuencia jurídica de la afirmación del delito, que no es otra sino la pena, y, por tanto, a ella deben ser reconducidas, y en ellas deben ser estudiadas, en atención, fundamentalmente, a que la pena es un concepto eminentemente graduable, sujeto a medición, prestándose mucho más a ello que el propio delito, sin desconocer la graduabilidad que pudiera concedérsele a sus elementos (culpabilidad y contenido del injusto), pero siempre obedeciendo al siguiente dilema: o existe delito o no existe delito. *Tertium non datur*⁵¹¹.

⁵¹⁰ Pero qué es la responsabilidad penal sino la consecuencia de la concurrencia conjunta y copulativa de conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad?

⁵¹¹ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, pp. 673-674. No deja de ser curioso que se plantee la pena como un elemento más propiamente graduable que el delito: si el delito es presupuesto de la pena, en términos de que "en Derecho penal la única forma existente para que se genere el nacimiento de la pena es la previa afirmación del delito: no hay pena sin delito", idea esgrimida por los propios autores en comentario, ob. cit., p. 673, la necesidad de graduación obedece a que el propio presupuesto es graduable. Independizar la graduación de su causa carece de lógica, por cuanto hace caso omiso del presupuesto. Sin embargo, si bien es cierto que subyace a esta crítica la consideración de las circunstancias como manifestación de mayor o menor injusto o reprochabilidad, posición en que es indiscutible la vinculación al delito, como lo señala RIVACOBIA Y RIVACOBIA "Tampoco (cabe comprender las circunstancias) en el (estudio) de la pena, pues, si bien es cierto que depende de ellas la graduación de ésta, es porque son propias del delito, el cual se gradúa, en cada caso concreto, en su virtud, lo que, naturalmente, ha de repercutir en la individualización e imposición de la pena.

Sin lugar a dudas, la posición de estos autores contradice la doctrina dominante que entiende, por el contrario, que las circunstancias se fundamentan en "una mayor o menor antijuricidad" o en una "mayor o menor culpabilidad". A juicio de Cobo del Rosal y Vives Antón, en aquella postura "se manifiesta... el deseo de reconducir sistemáticamente las circunstancias a la estructura fundamental del delito y respetar a ultranza, en una de sus más claras formulaciones, un planteamiento unidimensional de la pena, cuyos únicos módulos o presupuestos serían el contenido del injusto y la culpabilidad"⁵¹². Sin desconocer las ventajas que dicha posición podría comportar, entendemos que se trata más de un criterio de "lege ferenda", que de una deducción extraída de nuestro derecho positivo: revela más bien un deseo que una realidad"⁵¹³.

Ahora bien, sin perjuicio que la reconducción a los elementos del delito pueda tener viabilidad en el marco de las eximentes incompletas, estos autores plantean que "aun en dicho ámbito ha de tenerse en cuenta que la antijuricidad, como relación de contradicción entre la conducta delictiva y el ordenamiento jurídico, no es susceptible de graduación: se da o no se da, sin perjuicio, desde luego, de que una conducta pueda albergar un mayor o menor contenido de injusto o causar más o menos daño"⁵¹⁴.

Continuación nota 511

Además, su misma noción, su razón de ser y hasta sus denominaciones vienen siempre determinadas por su pertenencia al delito, del que la pena es consecuencia y con el que se corresponde y proporcional. El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno, en Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código Penal chileno, ob. cit., 1975, pp. 111-112; no es menos cierto que aún bajo la perspectiva de que las circunstancias obedecen a razones político-criminales, podemos permitimos graduar la consecuencia, léase pena, sin antes admitir o afirmar la graduación del delito en esa sede.

⁵¹² Es relevante la afirmación en torno a la unidimensionalidad que importa concebir las agravantes y atenuantes en referencia a los elementos del delito, por cuanto podría implicar prescindir de aspectos preventivos que podrían influir a una circunstancia o bien a la compensación racional en sí. En este sentido, la crítica cobra importancia a la luz de las conclusiones sobre la operatividad de los criterios finalistas.

⁵¹³ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, p. 674.

⁵¹⁴ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, p. 681, nota 16. "Así, sucede que el carácter incompleto de una eximente puede transmutar su naturale-

4.4.2. Circunstancias y teoría del delito: Reconducción a los elementos del delito

Dentro de la tesis contraria, Mir Puig reclama para las circunstancias su estudio en la teoría del delito. "Este (camino) tiene la ventaja de que vincula a la teoría del delito la determinación de la pena por razón de circunstancias. La determinación de la pena pertenece a la teoría de la pena, pero no puede desvincularse de la gravedad de su principal presupuesto, el delito, y dicha gravedad ha de poder explicarse según el esquema de la teoría del delito. Es comprensible que las circunstancias que aumentan o disminuyen la cantidad de injusto penal o la posibilidad de imputación personal del hecho agraven o atenúen la pena. De ahí que importe decidir qué circunstancias afectan al injusto penal y cuáles su imputación personal"⁵¹⁵.

Son de la misma opinión Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, para quienes "su lugar adecuado dentro del sistema se encuentra dentro de los presupuestos de la pena, esto es, entre los elementos del delito"⁵¹⁶.

Rivacoba y Rivacoba es otro partidario de que sólo cabe estudiarlas en relación con el delito, "o más exactamente, en el tratado correspondiente a éste, dentro de su teoría general, como elementos accidentales de él y en el apartado, con otras, de sus diversas formas especiales de aparición"⁵¹⁷. Expone los siguientes argumentos: "a) si, según recono-

Continuación nota 514

za. Un homicidio llevado a cabo en situación de legítima defensa incompleta, por ejemplo, no es menos antijurídico que el realizado sin tal circunstancia, sino, en cualquier caso, menos reprochable. La transformación del estado de necesidad en causa de inculpabilidad cuando el bien que se intenta salvar deja de ser mayor que el sacrificado para pasar a ser igual (con lo que devendría una forma incompleta del otro supuesto) ilustra perfectamente ese proceso de transmutación", ibidem.

⁵¹⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Cuarta edición corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995. TECOFOTO, S. L., Barcelona, 1996, pp. 621-622.

⁵¹⁶ RODRÍGUEZ DEVESEA Y SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal Español...*, ob. cit., 1995, p. 689.

⁵¹⁷ DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *Las circunstancias modificativas...*, ob. cit., 1988, p. 482.

cen, las circunstancias modifican la responsabilidad criminal, es decir, en términos del propio Del Rosal, la cifra y compendio de la realización del acto punible, o de manera más concreta, el deber jurídico de atenderse a las consecuencias de un acto delictuoso o punible, o sea, que pertenecen al delito, lo cual, por lo demás, viene muy bien significado por la denominación tradicional de accidentalia delicti, y que, en consecuencia, sólo en relación con él deben ser estudiadas y pueden ser comprendidas adecuadamente; b) no sólo la proyección práctica de la concurrencia de tales circunstancias o elementos accidentales del delito se ordena a la hora de aplicar la pena, sino que todos los elementos de la infracción criminal, por más esenciales que sean, y aun todo el Derecho criminal, se proyectan prácticamente en esa hora y se hallan encaminados a ella; c) si todavía se sostiene que los elementos del delito son necesarios y han de concurrir para que exista, y que las circunstancias son contingentes y sólo sirven para graduar la pena en un determinado sentido, esta función únicamente puede ser cumplida porque contribuyen también, y antes, a la graduación del delito y formen así, parte de él, de cuya gravedad, con o sin circunstancias, depende, en definitiva, la medición y concreción de la pena; d) el que las circunstancias surtan ciertos efectos en el momento de aplicar la pena, no difiere en nada, en el fondo, de que ésta sea un efecto o consecuencia de todo el delito y, por tanto, de todos sus componentes y formas de aparición; y e) que desplazarlas al ámbito de la pena supondría, lógicamente, trasladar a él todo el estudio del delito, por la sencilla razón de que el delito, con cuantos elementos lo integran y cuantas formas tiene de manifestarse, es, sin duda, presupuesto de la pena.⁵¹⁸

Un comentario analizando lo dicho por De Rivacoba y Rivacoba: pareciera que la posición que sostiene que las circunstancias corresponden propiamente a la teoría de la pena, lo que hace en el fondo, es un recorrido que modifica el orden de tres momentos de valoración, y los traduce en delito-pena-circunstancias, a diferencia de la postura

⁵¹⁸ De RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Las circunstancias modificativas...*, ob. cit., 1988, pp. 481-482.

contraria que lo plantea como delito-circunstancias-pena, otorgando a las atenuantes y agravantes un *contenido de eficacia*, y no de *sustancia*, cuestión que si hace aquella posición que los ubica en la teoría del delito.

4.4.2.1. Vinculación con la pena:

cuestión de eficacia y no de elemento.

Importancia para su ubicación dogmática. Consecuencias

En los apartados del Código penal referidos a las circunstancias modificatorias, las expresiones utilizadas son las siguientes:

1) Libro Primero Título I De los delitos y de las circunstancias que exigen de responsabilidad criminal, *la atenúan o la agravan*;

2) Párrafo 3 De las circunstancias que *atenúan la responsabilidad criminal*;

3) Párrafo 4 De las circunstancias que *agravan la responsabilidad criminal*;

4) Párrafo 5 De las circunstancias que *atenúan o agravan la responsabilidad criminal* según la naturaleza y accidentes del delito.

5) Art. 64 Las circunstancias atenuantes o agravantes..., *servirán para atenúar o agravar la responsabilidad...*;

Las que consistan en..., *servirán para atenúar o agravar la responsabilidad...*

A partir de la consagración legislativa del sistema de atenuación y agravación podemos concluir —de perogrullo— que las circunstancias modificatorias alteran la responsabilidad criminal. Si la responsabilidad criminal significa la consecuencia jurídico-penal proveniente de la comisión de un delito, concepto que cubre por sí mismo todo el ámbito de la conducta típica, antijurídica y culpable, alterar la responsabilidad criminal implica la alteración de los presupuestos en que esta última descansa para su concurrencia. En otras palabras, y al menos en la superficie, la vinculación de las circunstancias estaría referida, de forma mediatamente, a los elementos del delito. Sin embargo, la responsabilidad criminal puede no surgir en atención a otros factores, como las ideas de merecimiento y necesidad de pena. En este sentido, si bien la referencia a los elementos del delito se presenta como primordial, la alusión directa a la responsa-

bilidad criminal permitiría la introducción de consideraciones político criminales en cuanto a su surgimiento o no surgimiento.

Asimismo, las expresiones utilizadas en el art. 62: "Las circunstancias atenuantes o agravantes *se tomarán en consideración* para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes"; y art. 63: "*No producen el efecto de aumentar la pena...*", manifiestan la relación de dos entidades distintas e independientes, autónomas en cuanto a su existencia, circunstancias y pena, *pero vinculadas por razones de eficacia*; se relacionan entre sí a través de la influencia que las primeras pueden producir en la segunda, pero no las admite como elementos propios de esta última, esto es, de la pena.

Ahora bien ¿qué consecuencias tiene su inclusión en la teoría del delito en oposición a la teoría de la pena? Precisa la fundamentación en que descansan. En otras palabras, las hace portadoras de significación en atención a la gradualidad de ciertos elementos de delito, injusto y culpabilidad.

4.5. NATURALEZA Y FUNDAMENTO. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Naturaleza y fundamento no son sinónimos, a pesar de ser utilizados indistintamente y, a veces de forma muy poco rigurosa por los autores. En los apartados que siguen intentaremos delimitar claramente a qué atiende uno y otro concepto.

4.5.1. Fundamento de las circunstancias modificatorias

Con el término *fundamento* apelamos a la razón última que descansa tras la decisión del legislador de que una circunstancia atenúe o agrave la pena. Esta razón última variará conforme varíen las posiciones de los autores respecto de la ubicación sistemática de las circunstancias, e incluso dentro de una misma postura en cuanto a ello, según el hecho valorado al que otorguen preeminencia, las distintas concepciones con que impriman los elementos del delito o las particulares visiones acerca de la política criminal.

De esta forma, *es el predicado de la proposición acerca del fundamento* lo que define ser precisamente fundamento, y no la nomenclatura

o terminología que se utilice para denominarlo. En algunas ocasiones, por ejemplo, se hace uso de expresiones tales como "naturaleza dogmática" para referirse al fundamento, pero un análisis más detenido del contenido que describe el término permite concluir que se trata de aquella razón última que justifica la atenuación o la agravación, esto es, su fundamento, y no su naturaleza propiamente tal.

En líneas muy generales, podemos distinguir un fundamento *mediato* de un fundamento *inmediato*. A partir de la posición que se tenga acerca de la ubicación de las circunstancias dentro de la teoría dogmático-penal, el fundamento *mediato* se despliega en dos direcciones: se observa una corriente que, consecuente con ubicarlas en la teoría del delito, fundamenta las circunstancias en su referencia a los elementos eminentemente graduables de éste: culpabilidad y antijuricidad. Por el contrario, aquellas posiciones que sitúan las circunstancias en la teoría de la pena o simplemente renuncian a ubicarlas en la sistemática del delito, reconocen su fundamento *mediato* en razones de política criminal. En cuanto al fundamento *inmediato*, éste apunta al contenido fáctico de la circunstancia *que realiza o contiene* el aumento o disminución del injusto o reproche o la necesidad de pena, y que se manifiesta a través de la apelación de términos tales como móviles, personalidad del delincuente, modos de ejecución, etc., y que coincide en cierta forma con las descripciones que realiza el art. 64 del CP. El fundamento que hemos denominado *inmediato* apunta al *núcleo* de la descripción como el lugar en el que *reside* la razón de la agravación.⁵¹⁹ Como en ocasiones este núcleo requiere un conocimiento especial del sujeto, es ese conocimiento el que se transforma en núcleo, reconduciendo la circunstancia a la culpabilidad, entendida esta última como momento de examen del sujeto. Esto será objeto de detenido análisis en el apartado 4.6.1.

⁵¹⁹ Nuestra definición de fundamento *inmediato* es muy cercana a como ha sido conceptualizada la *naturaleza* de una circunstancia. Pero como naturaleza y fundamento son exámenes autónomos e independientes, no repercute en nada que sea el mismo hecho el objeto a valorar, siempre y cuando se mantengan claramente diferenciados los criterios de análisis de ambos exámenes.

De forma general, es interesante el pronunciamiento jurisprudencial en torno al fundamento de las circunstancias modificatorias. Ilustrativo en este punto, es una sentencia de 1978 de la Corte Suprema que declara: "La materialización de toda idea punible, que constituye delito, es reprimida con las sanciones penales que con anterioridad a su comisión estén enmarcadas en la ley, sin perjuicio de los factores que, como *atenuantes*, pueden disminuir el castigo en atención al *escaso grado de peligrosidad del agente*, o de *ser menos temible*, *dados sus antecedentes*, o de *tener condiciones favorables de readaptación social*; o bien de *otras circunstancias*, que a su vez, *por denotar perversidad o mayor maldad, vehemencia exagerada o aversión social*, imponen o facultan al juez para *agrarar* la responsabilidad que se enjuicia. Situaciones ambas que han de ser consideradas y evaluadas con abstracción cierta de todo aquello que sea elemento constitutivo del delito que se analiza, según lo dispone expresamente la ley."⁵²⁰

4.5.2. Naturaleza de las circunstancias modificatorias. Estado del conflicto

El término naturaleza no es, por el contrario, tan claro. En efecto, el único consenso en torno a la naturaleza de las circunstancias es su calidad de elementos accidentales del delito, esto es, "con existencia marginal a la estructura penal"⁵²¹, "se limitan a circundarlo, sin alterar su esencia".⁵²²⁻⁵²³

La dificultad en delimitar claramente qué entendemos por naturaleza, obedece, precisamente, a la confusión o vinculación de ésta con el fundamento. Si el fundamento es el *sustrato* de la circunstancia, la na-

⁵²⁰ CS 5 de junio de 1978, RDJ, Tomo LXXV, enero-junio 1978, p. 371.

⁵²¹ GARRIDO MONTT, *Derecho penal... Tomo I*, ob. cit., 1997, p. 177.

⁵²² CURY, *Derecho penal... Tomo I*, ob. cit., 1992, p. 99.

⁵²³ El consenso no es absoluto. Hay autores que las conciben como elementos del tipo. En este sentido, BACCALUPO, ver Supra 1.3.1.2. Desde otra perspectiva, existen circunstancias incorporadas al tipo penal, como los casos de figuras privilegiadas o calificadas.

turaleza es su *característica*. La pregunta radica en si es la naturaleza independiente del fundamento o, por el contrario, su correlato necesario. Esto se evidencia claramente en aquellos autores que esgrimen afirmaciones del tipo "los términos objetivo y subjetivo, (se refieren respectivamente) aquel "al hecho externo" y éste "a la culpabilidad y a la valoración de la persona responsable que a través del juicio de culpabilidad se realiza"⁵²⁴. Sin embargo una afirmación como la recién citada confunde fundamento y naturaleza: por un lado asiumila subjetividad a la culpabilidad, y relaciona objetividad con *hecho externo*, cuestión que no coincide necesariamente con la categoría antijurídica. En otras palabras, si una circunstancia es subjetiva, ¿hace referencia necesaria a la culpabilidad, y a la inversa en el caso de circunstancia objetiva, alude ésta al injusto?

Al ser la naturaleza una característica, admite dos polaridades: ser objetiva o ser subjetiva. La naturaleza de una circunstancia alude a su posible carácter *objetivo* o *subjetivo*. Que signifique uno u otro carácter, depende, en definitiva, de distintos criterios.

En primer lugar, es usual el criterio que las distingue a partir de su correspondencia con las descripciones fácticas que realiza el artículo 64 del CP.

En este sentido, se entiende por circunstancia *subjetiva* las comprendidas en las hipótesis del inciso primero de la norma en comentario, esto es, aquellas atenuantes o agravantes que consistan en la *disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal*. Por su parte, son circunstancias *objetivas* las comprendidas en el inciso segundo del art. 64 del CP, que consisten en la *ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo*. La nota particular de unas y otras radica en su comunicabilidad: las subjetivas se caracterizan por ser incommunicables, esto es, sirven para *atenuar o agravar la responsabilidad* de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren. Las objetivas, por el con-

⁵²⁴ ANTÓN OMCA citado por De RIVACOSA y RIVACOSA, *Las circunstancias...*, ob. cit., 1988, p. 484.

trario, se caracterizan por su comunicabilidad, esto es, pueden *atenuar o agravar la responsabilidad* únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. Sin embargo, también es posible asignar naturaleza subjetiva a una circunstancia por estar referida a la culpabilidad, y a la vez, asignar naturaleza objetiva a una circunstancia por remitirse al injusto.

Deseñanar la naturaleza de una circunstancia a partir de su mera comprensión en una de las hipótesis del art. 64 no encierra en sí mismo grandes dificultades. El problema se presenta cuando aquella subjetividad u objetividad devienen la consecuencia de encontrarse la circunstancia referida a la culpabilidad o a la antijuricidad. En esta situación, *la naturaleza de la circunstancia se adjetiviza en función de su fundamento*. Consecuencialmente, la distinción del art. 64 y su consecuencia, esto es, la comunicabilidad e incommunicabilidad, se sustraen de su autonomía, y se hacen dependientes de la vinculación con los elementos del delito.

La exigencia de precisar los criterios de fundamento y naturaleza radica primordialmente en que las categorías que estos términos proporcionan, se confunden entre sí, y al confundirse, no proporcionan adecuadamente la estructura real de la circunstancia. Como lo señaláramos, usualmente, la *naturaleza* de las circunstancias apunta a la dualidad subjetivo-objetivo y, a través de la introducción de la categoría *fundamento*, esta dualidad se remite a la culpabilidad y antijuricidad. Pero el panorama se complejiza al entrar un tercer elemento: su inclusión en alguna de las hipótesis del art. 64 del CP y la correspondiente comunicabilidad o incommunicabilidad que ésta imparte. En este sentido, las hipótesis descritas en el art. 64 funcionan de dos formas: por un lado, dotan de contenido propio a lo que la doctrina nacional mayoritaria define como subjetivo y objetivo —y en este sentido, la subjetividad u objetividad de una circunstancia estaría dado por su inclusión en alguna de las hipótesis del art. 64—, y por otro lado, determinan la comunicabilidad en base a esas mismas conductas descritas.

En definitiva, nos encontramos con las siguientes categorías:

— el fundamento, entendido como referencia a la culpabilidad o antijuricidad;

— la naturaleza, entendida como subjetiva u objetiva;
— la clasificación del art. 64.

El estado de la cuestión, atravesada por la confusión que hemos advertido, exhibe las siguientes correspondencias:

1. Una circunstancia referida al elemento culpabilidad, es subjetiva, se encuentra comprendida en las hipótesis del inciso primero del art. 64, y por ende, es incommunicable.

2. Una circunstancia referida a la antijuricidad es objetiva, se encuentra comprendida en las hipótesis del inciso segundo del art. 64, y es, por tanto, comunicable.

Como deducciones de estas afirmaciones principales, podemos establecer, muy a priori, y sólo como reflejo de las relaciones que hacen los autores, que:

1. a Las circunstancias referidas a la culpabilidad aluden a la disposición moral del delincente, sus relaciones particulares con el ofendido u otra causa personal.

1. b Las circunstancias subjetivas consisten en la disposición moral del delincente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal.

2. a Las circunstancias referidas a la antijuricidad pueden manifestarse como ejecución material del hecho o los medios empleados para realizarlo.

2. b Las circunstancias objetivas consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo.

Advertimos lo perogrullesco que pueden parecer las relaciones recién indicadas, pero nos es necesario para posteriormente examinar si efectivamente se dan estas identidades en la doctrina y, lo más importante, hasta qué punto entregan utilidad y tienen validez en el escenario dogmático.

Lo que sí se advierte, es que la naturaleza o criterio subjetivo-objetivo es de mayor utilización respecto de las agravantes que las atenuantes, en la medida que éstas últimas son calificadas mayoritariamente como subjetivas. En este sentido, la dualidad tiene mayor aplicabilidad para las agravantes.

Diez Ripollés en su ensayo sobre el tema, presenta la discusión en los siguientes términos: Las posturas acerca de la naturaleza y funda-

mento de las circunstancias modificatorias en los distintos autores arranca de la equiparación de tres parejas de conceptos, que conducen a las siguientes vinculaciones: La apelación a la subjetividad de una circunstancia hace referencia a ser manifestación del elemento del delito culpabilidad, y se incluye en las hipótesis del inciso primero del art. 60 CP español, siendo, por ende, incommunicables a los intervinientes del hecho punible. Por el contrario, las circunstancias objetivas hacen referencia al elemento antijuricidad, y se encuentran comprendidas en las hipótesis del inciso segundo del art. 60 del mismo cuerpo legal, siendo comunicables a los partícipes. Llevada la problemática a nuestra legislación nacional, ésta se desenvuelve en idénticos términos, salvo el recemplazo del art. 60 por el art. 64 del CP chileno, tal como lo señalamos en las correspondencias planteadas más arriba.

La discusión en torno a la triple identidad —fundamento entendido como apelación a algún elemento del delito; naturaleza subjetiva u objetiva; e inclusión en alguna de las hipótesis del art. 60 del CP español o art. 64 del CP chileno— y que constituye el epicentro de la dificultad en definir qué es la naturaleza, presenta un escollo difícil de superar: nunca se define qué se entiende por subjetivo y objetivo. Las relaciones entre las tres categorías, lo que hacen es referir lo subjetivo o lo objetivo a las otras dos categorías, pero nadie plantea una conceptualización autónoma que sea efectivamente el sustrato del que dependan las vinculaciones. En otras palabras, o la subjetividad está dada por la inclusión en el artículo 60 inciso primero del Código español o 64 inciso primero de nuestro código, en cuyo caso *si se le otorga un contenido*, o bien hace referencia a la culpabilidad, en cuyo caso *el término subjetivo deviene en adjetivo de la culpabilidad*. Lo mismo ocurre con lo objetivo: o se entiende conceptualizado *a través del contenido del art. 60 ó 64* o bien se *convierte en adjetivo de antijuricidad*. Sin embargo, detrás de estas distinciones se esconde una concepción puramente causal, que se da o no se da, tanto en el aspecto objetivo, de relación entre un efecto y un antecedente, como subjetivo, de pura relación psicológica mecánica con el hecho, que debe ser rechazada ante la concepción valorativa general en la teoría del delito, “una concepción más garantista y doctrinariamente

más profunda respecto del injusto y la culpabilidad en sus relaciones con el sujeto”⁵²⁵.

Como bien lo señala Díez Ripollés en cuanto a la *adjetivación* que sufren los términos subjetivo u objetivo en la vinculación entre referencia de la circunstancia a lo injusto, y párrafo 2 del art. 60, y referencia de la circunstancia a la culpabilidad y párrafo 1 del artículo 60, “la mayoría de los autores que han formulado (tal) vinculación... no lo han hecho de un modo directo, sino *actuando como gozne* la división de la naturaleza de las circunstancias en objetiva y subjetiva. En cuanto que una circunstancia es, por ejemplo, subjetiva, va al párrafo 1 y se refiere a la culpabilidad; el punto decisivo es la naturaleza subjetiva, que da pie a las otras dos afirmaciones. Como, por otra parte, ya he dicho que no resulta muy justificada según mi opinión, la indagación sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, en estos casos, si faltara tal elemento, la relación entre el artículo 60 y referencia a los elementos del delito se rompería, por faltarle el *elemento de conexión*”⁵²⁶. En otras palabras, la estrecha dependencia de los contenidos de las categorías, priva a éstas de sus correctos efectos. La correlación más bien paraliza el análisis, antes que entregar útiles herramientas de examen.

En nuestro país, los términos de la discusión acerca de la dicotomía naturaleza subjetiva-objetiva se reducen a su inclusión en alguna de las hipótesis del art. 64, que comprende dos órdenes de cuestiones: una cierta descripción fáctica del contenido de la circunstancia y la cuestión sobre la comunicabilidad. La vinculación de lo subjetivo con la culpabilidad y lo objetivo con la antijuricidad, no se da en términos absolutos, y más pareciera una cuestión de coincidencia que de intención declarada.

Si el fundamento de las circunstancias ya ha sido, a nuestro juicio, expresamente delimitado, (esto es, causa de la agravación o atenuación, que podrá deberse a la referencia a uno de los elementos del delito o bien a razones de política criminal), el examen de la naturaleza como

⁵²⁵ Bustos Ramírez, *Manual de Derecho...*, ob. cit., 1989, p. 360.

⁵²⁶ Díez Ripollés, *Naturaleza de las circunstancias...*, ob. cit., 1977, pp. 646-647.

dualidad subjetiva-objetiva carece de fundado contenido. Por ende, se hace imperioso conceptualizar los criterios que se tienen en cuenta para atender a la inclusión de las circunstancias en una u otra categoría, estos es, subjetiva u objetiva.

4.6. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE LA NATURALEZA DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS?

4.6.1. Dualidad subjetiva-objetiva como referencia a la culpabilidad y al injusto

Advertimos que la referencia a la antijuricidad o a la culpabilidad implica pronunciarse directamente sobre su fundamento. Sin perjuicio de ello, la vinculación entre fundamento y naturaleza subjetiva y objetiva que se advierte en los autores es muy fuerte, y por ello no puede ser tan fácilmente desatendida.

El planteamiento básico detrás de esta relación es que si las circunstancias suponen una modulación del injusto, serían subjetivas, y si suponen una modulación de la culpabilidad, serían subjetivas. La justificación de esta vinculación, sin embargo, no es en modo alguno, artificiosa. Si la antijuricidad implica un juicio sobre el hecho, y la culpabilidad, un juicio sobre el sujeto (en relación a ese hecho, pues no podemos olvidar que estamos hablando de *culpabilidad por el acto*), es comprensible que la objetividad y subjetividad ayuden principalmente a ese objeto valorado en cada examen de subsunción que se realiza, que diferirá según el elemento dogmático correspondiente. Sin lugar a dudas, cada una de las descripciones típicas de las circunstancias contiene, o una referencia material respecto del hecho, es decir, residentes en el mundo externo, o bien una referencia al sujeto delincente, a sus tendencias, móviles o características personales, todas notas residentes en él, y no en el mundo externo. La coincidencia entre el objeto valorado en el examen de la antijuricidad y la culpabilidad, con el núcleo de la descripción de la circunstancia, sin duda alguna admite que la subjetividad u objetividad sea respondida a partir del fundamento. Ahora bien, asumir un cierto fundamento condiciona el objeto a valorar en la naturaleza y transforma en a priori la cuestión acerca de la comunicabilidad. Sin embargo, el

problema principal es a la inversa; radica en que la subjetividad u objetividad de una circunstancia puede desvirtuar la conclusión acerca de su fundamento. Por ejemplo, si el núcleo de la descripción de una circunstancia versa sobre una característica personal del sujeto, y sentada esta especie de coincidencia entre el objeto valorado dogmáticamente y el objeto de la descripción, la circunstancia será subjetiva, concluyendo irremediablemente que la agravación es producto de una mayor culpabilidad; por el contrario, si mantenemos los exámenes en esferas autónomas, y concluyéramos a partir de los caracteres propios que infunden una u otra categoría, esto sería distinto, pudiendo afirmar respecto de una circunstancia, tanto su naturaleza subjetiva como, a la vez, un fundamento basado en un mayor injusto.

Muñoz Conde y García Arán denuncian la confusión expresamente: "La naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias viene enturbada en ocasiones por la atribución doctrinal y jurisprudencial de especiales fundamentaciones a ciertas circunstancias"⁵²⁷. Y con esto, queremos apuntar a una de las consecuencias que advertimos más graves en la doctrina: generalmente la agravación de ciertas circunstancias por concurrir una mayor culpabilidad se debe a una *sublimación de lo subjetivo en contra del sujeto*, por cuanto, peligrosamente, se aparece *personalidad* con expresión de *mayor voluntad*. Por ello, distinguir claramente el contenido de lo subjetivo —y consiguientemente, de lo objetivo—, se hace imprescindible en un intento por erradicar cualquier manifestación de derecho penal de autor.

4.6.1.1. Dualidad subjetiva-objetiva como referencia crítica a la culpabilidad y al injusto

"Pese a todo, la búsqueda de una naturaleza referida al injusto o a la culpabilidad resulta sumamente útil para criticar alguna circunstancia agravante en la que ninguno de dichos elementos resulta incrementado y, por tanto, no se justifica la aplicación de una pena más grave"⁵²⁸. La

⁵²⁷ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, ob. cit., 1996, p. 498.

⁵²⁸ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, ob. cit., 1996, p. 499.

crítica de Muñoz Conde y García Arán cobra significativa importancia a la hora de elaborar un contenido de los criterios de la clasificación objetivo-subjetivo, pues pone de manifiesto cómo la importancia de lo subjetivo implica un pronunciamiento a priori acerca del aumento del reproche. Al efecto, señalan que "son circunstancias *objetivas* aquellas en las que es posible apreciar una mayor gravedad del mal producido por el delito o bien una mayor facilidad de ejecución que supone mayor desprotección del bien jurídico, *con independencia* de que de ellas se deduzca o no una mayor reprochabilidad del sujeto. El principio de proporcionalidad entre la pena y la *culpabilidad por el hecho* permite explicar aquí el incremento de la pena. En cambio, calificamos como *subjetivas* aquellas en las que no es posible hallar datos por los que el hecho objetivamente considerado resulte más grave o por los que aumente el reproche al autor *por el hecho cometido*. En realidad, lo que está presente en ellas es una mayor desvalorización del autor, pero referida a su vida anterior, su forma de pensar o su actitud ante el ordenamiento jurídico, sin que ese mayor reproche se refiera al hecho concreto objeto del enjuiciamiento"⁵²⁹. La caracterización de la naturaleza subjetiva se elabora a partir de criterios eminentemente negativos, lo que pone de manifiesto:

1. que es un criterio de corrección y enmienda; e
2. implícitamente, denuncia la incapacidad de la culpabilidad para fundamentar la agravación⁵³⁰.

4.6.1.2. Vinculación de la comunicabilidad con los elementos del delito

Advertimos en el apartado anterior, que la similitud entre el objeto valorado en los elementos del delito y la descripción que constituye el núcleo de una circunstancia, justifica en apariencia la utilización de los términos subjetivo y objetivo a partir de la referencia a la culpabilidad y la antijuricidad. El otro extremo de la triple identidad a la que hemos

⁵²⁹ MUÑOZ Conde y GARCÍA Arán. *Derecho penal...*, ob. cit., 1996, p. 508.

⁵³⁰ En este sentido, la fundamentación de las agravantes que postula la doctrina española, se desentiende de su posible referencia a la culpabilidad, la cual no entra en el análisis. Ver *Infra* 4.7.2.1.1 y 4.7.2.1.3.

aludido, es la conexión con el art. 64 del CP (art. 60 en el Código español de 1944). Y de la misma forma en que justificamos la anterior relación, la vinculación entre antijuricidad y culpabilidad y comunicabilidad e incomunicabilidad, que perfecciona en cierta forma la triple identidad, adquiere cierta fuerza por la coincidencia entre sus efectos. En otras palabras, si la comunicabilidad del art. 60 del CP español o 64 de nuestro Código es, en el fondo, la consagración del principio de culpabilidad, la asimilación no puede ser más obvia. Así, al menos, se advierte en Rodríguez Devesa, quien señala: "Interesa particularmente intentar clasificarias con relación al elemento del delito al que la agravante afecta, porque de ello depende que el sujeto deba ser consciente o no de su concurrencia para que se produzcan los efectos agravatorios. Pues si la agravación es por causa de una mayor antijuricidad de la conducta y no es preciso elemento subjetivo alguno, entonces el dolo ha de captar aquellos elementos objetivos determinantes de una mayor antijuricidad, cosa que no sucede si la circunstancia agrava por determinar una mayor culpabilidad. Esta clasificación implica, por supuesto, esclarecer si la causa en cuestión es de índole objetivo, subjetivo o mixta, porque solamente las puramente subjetivas pertenecen a la culpabilidad"⁵³¹.

4.6.2. Dualidad subjetivo-objetiva como referencia a los elementos del tipo

"Desde Baumgarten y Kant... se ha usado con frecuencia 'objetivo' para designar 'lo que no reside [meramente] en el sujeto', en contraposición a 'subjetivo', entendido como 'lo que está en el sujeto'. El objeto es entonces equiparado a 'realidad' - 'realidad objetiva', la cual, una vez más, puede ser declarada cognoscible o incognoscible - en contraposición con el sujeto, el cual visto, por así decirlo, 'desde fuera' es un objeto, pero visto 'desde dentro' es lo que conoce, quiere, siente..., etc., el objeto"⁵³².

⁵³¹ RODRÍGUEZ DEVESEA, José María. *Derecho penal español, Parte general*. Gráficas Carasa, séptima edición, Madrid, España, 1979, p. 684.

⁵³² FERRATER MORA, J. *Diccionario de Filosofía, Tomo III (K-P)*..., ob. cit., 1999, p. 2604.

Definir lo subjetivo como lo inherente al sujeto y objetivo, como lo externo al sujeto, como ese mundo fuera de él, es una inclinación casi natural en el ser humano; se nos presenta como evidente. Sin embargo, la significación de los términos a partir de la distinción kantiana es rechazado por ciertos autores para el ámbito de la dogmática penal. En este sentido, Cury señala que "es evidente que en este caso, las expresiones (subjetivo-objetivo) tampoco pueden emplearse refiriéndolas respectivamente al 'objeto' o 'sujeto' del acto cognoscitivo o valorativo, porque tales nociones tienen poco que ver con el asunto en cuestión"⁵³³. Igualmente, para Cobo y Vives (sin perjuicio de que el análisis rodea otros temas), "puesto que para Kant la realidad última del mundo externo (la 'cosa en sí') es incognoscible, no podemos aspirar, en nuestro conocimiento, a otra objetividad que la consistente en la captación de las leyes generales que rigen el mundo de los fenómenos (esto es, las leyes generales que rigen el aparecer de las 'cosas en sí' en nuestra conciencia). Esta concepción de la objetividad del conocimiento se halla fuera de lugar en el tema que nos ocupa, pues no estamos tratando de determinar cuándo es o no objetivo nuestro saber, sino cuándo es objetivo un juicio de desvalor, que pertenece al ámbito de la razón práctica"⁵³⁴.

Cobo y Vives distinguen que la objetividad y la subjetividad pueden ser entendidas desde puntos de vista muy diferentes. "Desde un punto de vista *ontológico*, objetivo sería lo perteneciente al mundo externo, perceptible por los sentidos, y subjetivo lo perteneciente al ánimo... Pero también puede adoptarse para efectuar la distinción una perspectiva *epistemológica*: desde ella, objetivo sería todo lo que se halla fuera de la conciencia del sujeto cognoscente, con lo cual la referencia psicológica podría ser subjetiva, si alude a un elemento presente en la conciencia del que actúa, y objetiva, si con ella se menciona... algo perteneciente al ánimo de la persona distinta del autor. Estrechamente conectada con esta perspectiva epistemológica se halla la *axiológica* que, ubicada en el seno de la dogmática penal, atiende, para calificar a un elemento de

objetivo o subjetivo, a su enclave en la conciencia del agente o fuera de ella"⁵³⁵.

Por lo tanto, lo psicológico implica existencia de ánimo en la descripción típica, pero no necesariamente ánimo del sujeto activo del delito, sino de un tercero, como, por ejemplo, de la víctima.

Diez Ripollés, rechazando la conceptualización de lo subjetivo y objetivo desde una referencia a los elementos del delito, propone su definición a partir exclusivamente de los *elementos del tipo*. "No cabe hacer ninguna relación entre la naturaleza objetiva o subjetiva, y la referencia a lo injusto o a la culpabilidad, siendo estos dos análisis independientes, el primero basado en el *análisis de los elementos del tipo de las circunstancias*, y el segundo, en el *fundamento de ella en función del contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito*. Todo ello basado en que actualmente está claro que no puede pretenderse hacer una vinculación entre subjetividad y culpabilidad, y objetividad e injusto, ni siquiera con las lógicas excepciones que algunos autores ya establecen respecto a elementos subjetivos de lo injusto de una circunstancia, por las graves confusiones a que se presta. Sabido es que cuando surgen algunos elementos subjetivos que pueden presentar dudas respecto a su clasificación en lo injusto o en la culpabilidad, se ha de ir a un análisis pormenorizado de tal elemento, existiendo criterios como los de Welzel o Gallas para ayudar a tomar tal decisión"⁵³⁶.

Establecer la formulación típica como el ámbito en que se distingue la subjetividad y objetividad de una circunstancia, revela la necesidad de esclarecer los posibles elementos del tipo. En este sentido, Cobo y Vives señalan que los elementos descriptivos del tipo, pueden ser clasificados en objetivos, esto es, si la referencia pertenece al mundo exterior, o psicológicos, si pertenecen al ámbito anímico. "Desde el punto de vista del esclarecimiento de los términos, nos importa destacar la contraposición objetivo-psicológico porque designa dos clases diferenciables de operaciones que hemos de llevar a cabo para captar su

⁵³³ Cury. *Derecho penal...* Tomo II, ob. cit., 1997, p. 130.

⁵³⁴ Cobo del Rosal y Vives Antón. *Derecho penal...* ob. cit., 1991, p. 234.

⁵³⁵ Cobo del Rosal y Vives Antón. *Derecho penal...* ob. cit., 1991, p. 265, nota 9.

⁵³⁶ Díez Ripollés. *Naturaleza de las circunstancias...* ob. cit., 1977, p. 644.

sentido. En cambio, desde el punto de vista del sustrato (es decir, el modelo de hecho aludido por la proposición), nos interesa la contraposición objetivo-subjetivo. Subjetivo y psicológico no son sinónimos. Psicológico es lo que pertenece al ánimo; subjetivo, lo que se halla dentro de la conciencia del agente. A la hora de determinar el significado de los términos, lo que nos importa es si su referencia pertenece al ánimo o al mundo exterior. Por el contrario, a la hora de precisar el sustrato material sobre el que se apoya la valoración típica, lo que nos interesa es determinar si y en qué medida reside un determinado elemento del hecho en la conciencia del que actúa o fuera de ella. Subjetivo es, pues, en este sentido, sólo lo que se halla en el seno de la conciencia del autor. Los elementos anímicos residenciados, v.g., en la conciencia de la víctima son, en esa misma línea, objetivos. De este modo, la objetividad revisita un significado distinto según se predique como nota de los términos legales o como característica del sustrato de la valoración típica, esto es, del hecho³³⁷.

En definitiva, para efectos de delimitar el contenido de los términos subjetivo y objetivo, los autores citados exponen el examen de los elementos del tipo: valorar el modelo de hecho de la proposición. Si la circunstancia exige un elemento residenciado en la conciencia del sujeto, será subjetiva; si no, será objetiva, y esto, con prescindencia de una posible fundamentación en la culpabilidad o en la antijuricidad.

4.6.3. Dualidad subjetivo-objetivo como correspondencia con las hipótesis fácticas del art. 64 del CP

Quintano Ripollés señala: "si es cierto que, como dice Cuello, remozando la tesis de Dorado, todas las agravantes lo son por presuponer una mayor perversidad o peligrosidad en el sujeto, eso no basta para ser calificadas de subjetivas, sino a lo más, de personales, es decir, que han de concurrir en la persona, con lo cual no se hace más que poner de manifiesto el más obvio de los truismos. De otra parte, la subjetividad o la objetividad de una circunstancia sólo es referible a una preeminencia

y no a una integridad, puesto que aun las subjetivas más caracterizadas, como la premeditación o la reincidencia, necesitan manifestarse en un plano objetivamente comprobable, como es el transcurso del tiempo o la existencia real de antecedentes penales. Y las más netamente objetivas, cual la de morada o lugar sagrado, requieren un mínimo conocimiento personal de tales condiciones. De todos modos, y en base a la prevalencia, la clasificación por la naturaleza objetiva o subjetiva... es la única... que puede ostentar una razón de ser dogmática en relación con el art. 60 del Código penal, que distingue, efectivamente, entre causas personales, intransmisibles, y de ejecución y medio, susceptibles de transmisión por su mero conocimiento. Atentos a este criterio legal, las únicas agravantes de rigurosa naturaleza intransferible habrían de ser las de precio, premeditación, abuso de confianza o público carácter, reincidencia y reiteración. El resto no pueden ocultar su prevalente naturaleza objetiva, sea en lo comisiivo o en lo ocasional"³³⁸.

Lo expuesto por Quintano grafica la tercera alternativa de definición de los términos subjetivo y objetivo: su comprensión en las hipótesis del art. 64 del CP

El art. 64 es susceptible de ser examinado desde dos perspectivas: como fuente de la clasificación subjetivo y objetivo, o bien como explicitación del principio de culpabilidad.

4.6.3.1. ¿Cuál es la función del art. 64 del CP?

Diez Ripollés, en el contexto español, señala que "El legislador, cuando elaboró el artículo, y el mismo tenor literal de él, no se encaminan a formular una distinción entre las circunstancias de naturaleza objetiva y las de naturaleza subjetiva, en base a los párrafos del artículo 60, sino que se pretende únicamente dar una norma clara a través de la cual no pierda vigencia el principio de culpabilidad en relación con las circunstancias. El artículo 60 sólo tiende a asegurar que nadie puede ser responsable de algo que carece de cualquier vínculo con él, como sería el

³³⁷ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, p. 260.

³³⁸ QUINTANO RIPPOLLÉS, Antonio, *Compendio de Derecho penal, Tomo I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1958, pp. 328-329.

caso de una circunstancia que no sólo no estuviera relacionada con su persona, sino que ni siquiera conociera que se daba su existencia en un hecho en el que él interviniera de algún modo"⁵³⁹.

Cobo y Vives reiteran el criterio detrás del art. 64 (60 en el texto de referencia): "el artículo 60 (64 en nuestro texto legal) lo único que pues-to de relieve es algo del mayor sentido común: que las atenuantes, y también las agravantes, sólo podrán ser referidas a aquello en que electiva y personalmente se den, es decir, a aquellos que cumplieren los requisitos de una forma personal, o, por el contrario, a aquellos que hayan verificado las descripciones típicas con conciencia de las mismas"⁵⁴⁰.

Por ende, la comunicabilidad o no comunicabilidad como criterio para distinguir una circunstancia objetiva de una subjetiva, no sería más que poner en funcionamiento los principios que regulan la participación en el delito, poniendo a salvo de la responsabilidad objetiva, a través de la exigencia de recriminar sólo si el sujeto tuvo conocimiento de la circunstancia que agrava su responsabilidad. En este sentido, la regla general del art. 64 es la comunicabilidad de las circunstancias, salvo aquellas cuya descripción coincida con las del inciso segundo y sean conocidas antes o al momento de la comisión del delito. Por el contrario, no se consagra la comunicabilidad y la comunicabilidad como instituciones autónomas, sino que es un solo principio, con una excepción.

Se observa una tendencia en ciertos autores en que, para salvar la intransmisibilidad de una circunstancia, aseveran su referencia a la culpabilidad, concibiendo por carambola su subjetividad. Sin embargo, si nos atenemos estrictamente al tenor del art. 64, la regla general de comunicabilidad de las circunstancias denominadas objetivas carece de la peligrosa amplitud que los autores parecerían temer. "Las circunstancias modificatorias objetivas sirven generalmente para atenuar o agravar la responsabilidad de todos los que participen penalmente en el mismo delito, a menos que alguno haya ignorado su existencia en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. La ley emplea una

forma de expresión inversa, pues manifiesta que únicamente servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de los que tuvieron conocimiento de ellas, pero como el carácter objetivo de las circunstancias hace que normalmente ellas aparezcan a la vista de todos los partícipes, prácticamente afectarán a todos, salvo los que hubieren desconocido su existencia. Sin embargo, atenta la redacción legal si no hay prueba positiva del conocimiento de la circunstancia objetiva, ella no debiera aplicarse a quien directamente no la realizó o no se valió de ella". La exigencia de ser comprendidas en el dolo, pone un límite suficiente ante el peligro de extender ampliamente su alcance agravatorio a los partícipes. Es una cuestión de hecho, que deberá ser probada.

4.6.3.1.1. Art. 64 como criterio indirecto de la naturaleza subjetiva-objetiva y referencia a los elementos del tipo

Ciertos monografistas nacionales han elaborado un criterio para distinguir la naturaleza subjetivo-objetiva de las circunstancias a partir del examen del contenido de las circunstancias y en relación al art. 64 del CP, en cuanto a sus efectos.

Así, los González Parada definen como circunstancias objetivas, "las que se refieren a la naturaleza, especie, medios, objeto, tiempo, lugar y cualquiera otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o del peligro, es decir, las circunstancias que están en relación con los elementos materiales constitutivos del hecho"⁵⁴¹; y subjetivas, "las referentes a la intensidad del dolo o al grado de la culpa, a las relaciones de éste y el ofendido y a las condiciones inherentes a la persona del autor del delito"⁵⁴², afirmandose en la opinión de que "la circunstancia es de carácter subjetivo cuando lo que define el hecho es más el estado psíquico del sujeto activo que la materialidad del acto"⁵⁴³.

⁵⁴¹ GONZÁLEZ PARADA, Gustavo y GONZÁLEZ PARADA, Gastón. *De las circunstancias atenuantes y agravantes en la doctrina y en la jurisprudencia (1937-1957)*, Editorial Universitaria, S.A., Santiago de Chile, 1961, p. 96.

⁵⁴² *Ibidem*.

⁵⁴³ *Ibidem*.

⁵³⁹ DIEZ RUPOLLES, *Naturaleza de las circunstancias...*, ob. cit., 1977, p. 644.

⁵⁴⁰ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, p. 677.

4.6.3.1.1. ¿Es posible una definición de la naturaleza subjetiva-objetiva, al margen del art. 64 del C.P? Función de la distinción subjetivo-objetivo

El principio básico detrás de este título es que "la base de todo criterio para resolver la comunicabilidad de las circunstancias será la consideración del carácter subjetivo u objetivo de las mismas"⁵⁴⁴, por lo tanto, la subjetividad u objetividad se *funcionaliza* en virtud del art. 64⁵⁴⁵. La funcionalización implica que en las exigencias de la comunicabilidad se encuentran las bases para distinguir una circunstancia subjetiva de una objetiva. "La participación ofrece y requiere al mismo tiempo dos aspectos que se complementan: contribución objetiva a la producción de un evento determinado (principio de comunidad de acción), e intención o dolo de concurrir para que tal evento se realice (principio de convergencia intencional). En todos los casos, y ello es regla absoluta, se es participe en el hecho, subjetiva y objetivamente, pero no se es participe en la subjetividad o culpabilidad de los demás autores, cómplices o encubridores.

Consecuencia de lo anterior es que siempre la comunidad será extraída del hecho delictuoso, es decir, de la materialidad del delito y de las circunstancias que le sean propias, y que ella jamás se podrá fundar en la subjetividad o culpabilidad del reo o de los demás participantes en el delito. Tan importante nos parece esta afirmación, que sin exagerar, nos parece adecuado decir que factor comunicable es sinónimo de factor o circunstancia material"⁵⁴⁶.

Expuesto el problema de la comunicabilidad, para González Silva, son circunstancias subjetivas, personales o extrínsecas "aquellas que tienen su fundamento en una especial consideración de la personalidad del

⁵⁴⁴ GONZÁLEZ SILVA, Néstor: *Comunicabilidad de las circunstancias y elementos del delito*. Memoria de Prueba. Editorial Universitaria, S.A., Santiago de Chile, 1959, p. 20.

⁵⁴⁵ A diferencia de la propuesta que postula el art. 64 como criterio indirecto para la distinción entre subjetivo y objetivo: "Las circunstancias agravantes 'objetivas' lo son por su naturaleza, no por la forma en que operan" CURY, *Derecho penal...*, Tomo II, ob. cit., 1992, p. 131. Ver infra 3.4.6.1.2.

⁵⁴⁶ *Ibidem*.

delincuente. Como su propio nombre lo está indicando, éstas miran y están referidas a la subjetividad del reo. Nuestro código penal se preocupa de ellas en el inciso primero del artículo 64, y son para él las que consisten en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal"⁵⁴⁷.

A juicio del autor, la característica esencial de las circunstancias subjetivas "es su vinculación directa y principal con la persona del hechor, aunque puedan tener ellas alguna relación, pero de carácter secundario, con la materialidad u objetividad del delito (¿podría ser el caso de agravantes que son medios de comisión, pero morales, y por ende subjetivos, es decir, reconducción total al reo?).... Se trata entonces de factores consistentes en estados anímicos, situaciones internas o procesos pertenecientes al alma del hechor, o bien se trata de relaciones, cualidades o estados de su persona que no se han fundido o penetrado en la materialidad del delito"⁵⁴⁸.

Enumera como subjetivas a todas las circunstancias atenuantes, pues "veremos que todas ellas corresponden a una consideración o valoración especial del ánimo que presenta el delincuente, vale decir, corresponden a una especial valoración de la subjetividad de éste"⁵⁴⁹. En cuanto a las agravantes, serían subjetivas: cometer el delito mediante precio, recompensa, o promesa, la premeditación, y las N^{as}. 14, 15 y 16 del art. 12.

Las circunstancias objetivas, materiales, reales o intrínsecas, "se distinguen por su naturaleza material... por estar vinculadas directa y principalmente con la objetividad del hecho punible. Ellas pueden concebirse sin necesidad de una relación o vinculación inmediata con la persona del reo. No importa en ellas nada saber quién es la persona del reo. Nuestro Código se refiere a ellas en el inciso segundo del artículo 64, definiéndolas como aquellas que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo"⁵⁵⁰. Considera como

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

⁵⁴⁸ GONZÁLEZ SILVA, *Comunicabilidad...*, ob. cit., 1959, p. 21.

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁵⁰ *Ibidem*.

objetivas la alevosía, la Nº 3 del art. 12, las Nº 4, 5 segunda parte, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18 y 19.

La diferenciación entre una circunstancia subjetiva de una objetiva radica en "si su noción o razón de ser puede considerarse total y absolutamente separada de la personalidad del hecho, en términos tales que para su comprensión sea totalmente indiferente una especial referencia o indagación de la subjetividad del agente. Si no podemos separarla de ese modo, si ella no es comprensible cualquiera que sea la persona del hecho o cualquiera sea la subjetividad o estado de ánimo de éste, la circunstancia será subjetiva. Ello es así porque entonces la circunstancia dubitada aparecerá como vinculada en forma principal a la fase subjetiva del agente"⁵⁵¹. A la inversa, las circunstancias objetivas "dicen relación con la fase material del delito en forma y en modo independientes de la persona del autor. Ellas pueden ser desvinculadas completamente de una especial consideración de la subjetividad del agente, sin perder su razón de ser ni obscurecerse su noción jurídica"⁵⁵².

4.6.3.1.1.2. Diferenciación entre circunstancia subjetiva y objetiva:

priorización del tipo de vinculación con el hecho

En este punto, es interesante cómo el autor resuelve la posibilidad de enfrentarse con circunstancias mixtas, que manifiesten tanto una vinculación con la materialidad hecho, como con la subjetividad propia del agente: "Si una circunstancia tiene alguna relación con la materialidad del delito, nada obsta a su calificación como circunstancia subjetiva si su vinculación a la fase material es secundaria o menos importante que su relación con la subjetividad del agente. A la inversa, podemos calificar de material a una circunstancia, pese a su vinculación con la subjetividad del reo, si dicha relación debe ceder frente a las poderosas in-

⁵⁵¹ GONZÁLEZ SILVA, *Comunicabilidad...*, ob. cit., 1959, p. 24.

⁵⁵² GONZÁLEZ SILVA, *Comunicabilidad...*, ob. cit., 1959, p. 25.

fluencias que la circunstancia tiene respecto a la materialidad del hecho punible"⁵⁵³.

Se destaca cómo, en caso de duda insuperable, el autor recomienda pronunciarse por el carácter subjetivo de la circunstancia dudosa, "por estimar que tal calificación es la más conforme con los principios generales que gobiernan la responsabilidad criminal"⁵⁵⁴.

4.6.3.1.1.3. Desarrollo de las hipótesis de clasificación del art. 64 en atención a las definiciones de subjetivo y objetivo

González Silva lleva a cabo una conceptualización de las hipótesis del art. 64 en los siguientes términos:

Dentro de las circunstancias subjetivas, a partir del art. 64 se reconocen:

1. Circunstancias consistentes en la *disposición moral del delincuente*: por disposición moral "debemos entender el impulso, el móvil, motivo o sentimiento que ha llevado al individuo hasta la comisión del delito, o las condiciones subjetivas en que lo ha realizado. Se trata de especiales estados anímicos considerados por la ley como capaces de producir una modificación de la responsabilidad penal, ya sea para atenuarla, ya sea para agravarla"⁵⁵⁵. Comprende, a juicio del autor, las de los Nºs. 1, 3, 4 y 5 del art. 11; y Nº 2 y 5 del art. 12.

2. Circunstancias consistentes en las *relaciones particulares del ofensor con el ofendido*: no define, sino que ejemplifica a través del Nº 7 del art. 12, esto es, abuso de confianza, y menciona (a diferencia de Cury, que las considera objetivas), las del art. 447, Nºs. 2, 3, 4 y 5, "que son formas especiales de abuso de confianza"⁵⁵⁶. Pero, principalmente, la del art. 13 del CP

⁵⁵³ Ibídem. Esto cobra singular importancia ante el hecho de cómo ciertos autores reconducen un medio de comisión moral al ente moral por excelencia, el hombre. En esta forma, GONZÁLEZ SILVA destaca como delimitorio el ser *medio de comisión*, más que el ser *medio moral* de comisión.

⁵⁵⁴ GONZÁLEZ SILVA, *Comunicabilidad...*, ob. cit., 1959, p. 26.

⁵⁵⁵ GONZÁLEZ SILVA, *Comunicabilidad...*, ob. cit., 1959, p. 33.

⁵⁵⁶ GONZÁLEZ SILVA, *Comunicabilidad...*, ob. cit., 1959, p. 34.

3. Circunstancias consistentes en *otras causas personales*: resultan por exclusión de las dos anteriores, refiriéndose a estados o cualidades subjetivas del agente, no comprendidas en las otras dos hipótesis.⁵⁵⁷

Las circunstancias objetivas comprenden dos categorías:

1. Circunstancias consistentes en la *ejecución material del hecho*: Comprende "todas aquellas contingencias o modalidades contempladas por la ley en relación con el resultado, con la consumación, tiempo, lugar y demás condiciones de verificación del delito"⁵⁵⁸. Comprende dentro de este grupo las agravantes N°s. 1, 4, 6, 11, 13, y la de los cuatro primeros números del art. 456 bis.

2. Circunstancias consistentes en los *medios empleados para cometer el delito*: "pertenecen a esta categoría aquellas eventualidades que se revelan como instrumentos idóneos para el logro del fin delictivo, empleadas con tal objeto y que producen el efecto, de aumentar la entidad material del delito"⁵⁵⁹. Comprende dentro de esta categoría, las agravantes de los números 3, 5 segunda parte, 8, 9, 12, y 19 del art. 12. La ausencia de mención respecto de las atenuantes obedece a que el autor las considera todas subjetivas, desconociéndole validez a la mención del inciso segundo del art. 64, que expresamente reconoce la posibilidad de una atenuante objetiva. Ésto es rechazado categóricamente por el autor, quien adopta una postura similar a Labatut en esta materia, para quien las circunstancias atenuantes son siempre subjetivas⁵⁶⁰.

4.6.3.1.2. Art. 64 como criterio directo de la naturaleza subjetiva-objetiva y referencia a los elementos del tipo

En nuestro sistema, las descripciones del art. 64 cobran fuerza a la hora de establecer la posible naturaleza de una circunstancia. En este

⁵⁵⁷ GONZÁLEZ SILVA, *Comunicabilidad...*, ob. cit., 1959, pp. 35-36.

⁵⁵⁸ GONZÁLEZ SILVA, *Comunicabilidad...*, ob. cit., 1959, p. 39.

⁵⁵⁹ GONZÁLEZ SILVA, *Comunicabilidad...*, ob. cit., 1959, p. 40.

⁵⁶⁰ "El inciso segundo, que comprende únicamente circunstancias materiales u objetivas, está referido inexactamente también a las circunstancias atenuantes, y sabemos que en nuestro sistema penal no se conocen atenuantes de naturaleza material u objetiva". GONZÁLEZ SILVA, *Comunicabilidad...*, ob. cit., 1959, p. 28.

sentido, Cury señala que el art. 64 no emplea el contraste en circunstancias objetivas y subjetivas, sino que opone las "que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal" a "las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo". A partir de la descripción fáctica del art. 64, el autor plantea que lo que la doctrina denomina *subjetivo* "alude a *cualidades personales del sujeto que interviene en la realización de la conducta o participa en ella*, al paso que lo designado con la expresión *objetivo* se refiere a *las modalidades materiales de la ejecución del hecho o a los recursos físicos de que el autor se vale para llevarlo a cabo*"⁵⁶¹.

Al conceptualizar lo subjetivo y lo objetivo con referencia a su correspondencia con el concepto genérico que se deduce de las hipótesis particulares del art. 64, el sentido "se aparta de otros que también suelen atribuirse a los referidos conceptos. En especial, el que identifica lo subjetivo con lo psíquico o espiritual y lo objetivo con lo físico o perceptible sensorialmente"⁵⁶². Y en este sentido, se aparta de los autores que completan los términos a través de su referencia a los elementos del tipo. Sin embargo, el ejemplo que utiliza no es particularmente ilustrativo: señala, en apoyo de su posición, que hay cualidades personales de los participantes en el hecho (por ende "subjetivas" desde el punto de vista atribuido al art. 64 del CP), que sin embargo dependen de circunstancias externas, como ocurre característicamente con la de reincidente (art. 12, N°s. 14, 15 y 16) y con la de funcionario público (art. 12 N° 8 del CP). El ejemplo no es convincente, pues si lo que quiere demostrar Cury es que puede existir una materialidad física en que se sostiene la circunstancia, y que ello no obsta su carácter de subjetiva, lo que importa, y lo que importa a Cury, y en este punto volvemos a lo planteado por Cobo y Vives, es el sustrato de hecho de la proposición, en este caso, la cualidad de ser reincidente o ser funcionario público, que son inherentes al individuo, y por ende, reconducibles a su conciencia, no al mundo externo. El ejemplo no hace más que reafirmar lo que pretende negar.

⁵⁶¹ Cury, *Derecho penal...*, Tomo II, ob. cit., 1992, p. 130.

⁵⁶² *Ibidem*.

Sin embargo, Cury reconoce en cierta medida la referencia a los elementos del tipo, en cuanto le asigna al término subjetivo dos significados diversos, a pesar, eso sí, de que los deduce de las situaciones a que el art. 64 alude por vía de ejemplar. A juicio del autor son causa personal (nomenclatura del art. 64) o circunstancia subjetiva:

1. En primer lugar,
 - “ciertas características de tal manera inherentes a la persona del sujeto que sólo pueden afectar a la antijuricidad de su conducta, porque únicamente quien es portador de ellas es capaz de incurrir en la lesión accesorio de bienes jurídicos que fundamenta la agravación,
 - o bien sólo él es pasible, a causa de ella, de un reproche más acentuado por la ejecución del hecho en tal situación, o por fin,
 - únicamente a él en virtud de esa calidad, es posible relacionar los motivos que supuestamente aconsejan la exasperación de la punibilidad para el logro mejor de los fines de la pena”⁵⁶³.

A esta categoría pertenecen las circunstancias agravantes que consisten en las *relaciones particulares del delincuente con el ofendido* a que se alude entre los ejemplos del art. 64, inciso primero.

2. En segundo lugar, “son también causas personales o subjetivas de agravación:

– aquellas fundadas en ciertos ánimos o tendencias concurrentes en alguno o algunos de los participantes en el hecho, y cuya existencia sólo modifica la responsabilidad de aquellos en quienes se presenta, precisamente a causa de que opera desde una intimidad intransferible e incompañable. A esta segunda clase se refieren, en la enumeración del art. 64 inciso primero las circunstancias que consisten “*en la disposición moral del delincuente*.”⁵⁶⁴

Esto conlleva a que establezca dos tipos de circunstancias subjetivas:

1. las de la *primera clase*, esto es, basadas en *características personales del sujeto*, y que corresponden a las hipótesis de “*causa personal*” o “*relaciones particulares del delincuente con el ofendido*”, y que

⁵⁶³ Cury. *Derecho penal...*, Tomo II, ob. cit., 1992, p. 130. La cursiva es nuestra.

⁵⁶⁴ Cury. *Derecho penal...*, Tomo II, ob. cit., 1992, p. 131. La cursiva es nuestra.

comprende: el N° 7 de abuso de confianza, el N° 8 de la prevalencia del carácter público y la reincidencia en sus tres numerandos 14, 15 y 16 del art. 12.

2. las de *segunda clase*, esto es fundadas en *los ánimos, tendencias o actitudes especiales que se exigen del sujeto*, correspondiendo a la hipótesis de “*disposición moral del delincuente*” del art. 64 inc. 1°, comprendiendo en ellas, la N° 1 de alevosía, la N° 2 mediante precio, recompensa o promesa, la N° 5 primera parte de premeditación y la N° 6 de abuso de la superioridad del delincuente.

Las causales de agravación *objetivas* son circunstancias relativas a la forma de ejecución material del hecho, cuyo empleo o aprovechamiento en el caso concreto depende de la voluntad de cada uno de los intervinientes en su realización, los cuales se presume que han asentido en que se eche mano de ellas si sabían que se lo haría “en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”⁵⁶⁵.

4.6.4. Situación en la doctrina nacional

No es fácil distinguir qué criterio utiliza Garrido Montt para aludir a la naturaleza, o cuáles son las relaciones entre las parejas de conceptos. Si bien reconduce los términos materiales y personales a objetivas y subjetivas, la cuestión se dificulta frente a expresiones como “*las materiales, por ser objetivas y referirse a la ejecución del hecho*” o “*las personales, que frecuentemente son subjetivas*”, si con anterioridad ha así-milado como sinónimos ambos conceptos. En otras palabras, no vemos qué puede agregar a una circunstancia material el hecho de ser objetiva. No obstante, las parejas de conceptos, en cuanto a su contenido, están referidas a la descripción fáctica del art. 64, y la comunicabilidad se presenta como la consecuencia de la regulación impuesta por el artículo. De esta forma, a juicio del autor, son materiales “*las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo*”, y personales las “*atenuantes y agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el*

⁵⁶⁵ *Ibidem*.

ofendido o en otra causa personal". Las materiales por ser subjetivas y referirse a la ejecución del hecho, afectan a todos aquellos que participaron y tenían conocimiento de las mismas, y las personales, que frecuentemente son subjetivas, afectan exclusivamente a aquellos intervinientes en los cuales concurren, no así a los demás que también pueden haber tenido intervención en el delito⁵⁶⁶.

Novoa no utiliza la nomenclatura de subjetivo y objetivo para clasificar las atenuantes. Sólo recurre a los términos *objetivo* y *personal*, en atención a su inclusión en las hipótesis del art. 64⁵⁶⁷. Igual cosa hace Etcheberry, quien se independiza aún más de la distinción subjetivo-objetivo, al utilizar la nomenclatura de *personales* y *materiales*, todo esto, a través de su correspondencia con las descripciones fácticas del art. 64⁵⁶⁸. Así, son personales las que se refieren especialmente a las condiciones o actitudes del sujeto activo, y, materiales, las relativas a la ejecución misma del delito.

4.7. SISTEMA DE CONSAGRACIÓN LEGAL. NUMERUS CLAUSUS. CONSECUENCIAS

Los sistemas de atenuación y agravación consagrados en nuestro Código corresponden al de *numerus clausus*, en oposición al de *numerus aperti*. El sistema cerrado o de *numerus clausus* es aquel "en virtud del cual la ley señala en forma exclusiva, precisa y taxativa las circunstancias consideradas agravatorias y atenuatorias de la responsabilidad criminal, ordenando asimismo la obligatoriedad de su apreciación y señalando los efectos que su concurrencia producen en la determinación de la pena"⁵⁶⁹. La ley es su única fuente formal, la aplicabilidad es obligatoria ante su concurrencia y sus efectos, una vez acreditadas en los he-

⁵⁶⁶ GARRIDO MONTT. *Derecho penal...*, Tomo I, ob. cit., p. 178.

⁵⁶⁷ NOVOA MONREAL. *Curso de Derecho...*, Tomo 2, ob. cit. 1985, p. 7, y pp. 118-120.

⁵⁶⁸ ETCHEBERRY. *Derecho penal...*, Tomo II, ob. cit., 1998, p. 28.

⁵⁶⁹ SALAS VALLADARES, Arnaldo. *Sistemas de agravación de las penas*. Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, 1996, p. 11. La cursiva es nuestra.

chos, se encuentran legalmente tasados. Se señalan como características de un sistema cerrado, la enumeración taxativa y casuista, esto último, especialmente en relación con las agravantes, a la vez que la apreciación preceptiva y general de las circunstancias.

4.7.1. Sistema de atenuación y fundamento de las atenuantes

A partir de la tradicional vinculación del carácter subjetivo de una circunstancia con la referencia a la culpabilidad, y la calidad de objetiva con la antijuricidad, son numerosos los autores que plantean que las atenuantes serían todas subjetivas. Dentro de la doctrina nacional, sin embargo, son escasos los autores que se adhieren irrestricamente a esta postura. En este sentido, Novoa, si bien advierte que la mayoría de las atenuantes consisten en condiciones o calidades personales del delincuente, no sólo rechaza la adopción estricta de la calidad de subjetivas para el caso de las atenuantes —teniendo presente para ello ciertas eximentes incompletas que consisten en la situación objetiva de falta de requisitos "que en su conjunto excluirían la antijuricidad"⁵⁷⁰ — sino que además, afirma que el criterio del sistema de atenuación es eminentemente pragmático, sin una estructura sistemática buscada y querida por el codificador: "Allí se han reunido, sin más, todos aquellos casos que se creyeron adecuados para atenuar la responsabilidad del delincuente y si algún concepto general quisiera buscarse, él no podría ser otro que el muy vago de una menor alarma o inquietud social por el delito cometido en tales circunstancias, o para expresarlo con un lenguaje cronológico —mente posterior a la factura del código, el de una menor peligrosidad"⁵⁷¹.

4.7.2. Sistema de agravación

El tratamiento legislativo de las agravantes es uno de los aspectos más criticados por la doctrina nacional. En este sentido, Garrido Montt denuncia que la ley en esta materia "no sigue un ordenamiento sistemático; hace una relación agotadora de diecinueve circunstancias, con una

⁵⁷⁰ NOVOA MONREAL. *Curso de Derecho...*, Tomo 2, ob. cit., 1985, p. 8.

⁵⁷¹ *Ibidem*.

casuística que se puede calificar de abigarrada e inconexa. No se visualiza el fundamento teórico-genético que respalda a estas circunstancias, sin perjuicio de que de cada una de ellas se infiera el particular presupuesto a que responden. Buena parte encuentra sustento en criterios de política criminal, numerosas en el mayor reproche del acto (más culpabilidad) y otras en la intensificación del injusto⁵⁷².

4.7.2.1. Fundamento de las agravantes

A diferencia de las atenuantes, las agravantes revelan en doctrina una mayor elaboración conceptual en torno a su fundamento. En los apartados que siguen revisaremos las propuestas, que ilustrarán el análisis pormenorizado de cada una de ellas, posteriormente.

4.7.2.1.1. Referencia al disvalor del acto y disvalor del resultado

Bustos plantea que la alusión a la naturaleza debiera atender "al aspecto valorativo que se ha tenido en consideración; por tanto, en el injusto habría que distinguir aquellas que están en relación con el desvalor del acto o bien, con el desvalor del resultado y, en cuanto al sujeto responsable, aquellas podrían decir relación con la exigibilidad de una determinada conciencia del injusto o bien con la exigibilidad de la conducta"⁵⁷³. Bustos hace caso omiso de la clasificación entre subjetivas y objetivas, si bien incurre en el error de asimilar este par de términos a la cuestión de fundamento y no de naturaleza.

4.7.2.1.2. Agravantes y prevención general

Cobo del Rosal y Vives Antón reconocen una fundamentación preventiva como sustrato de las agravantes. Así lo indican expresamente, al señalar que "las agravantes, por el contrario (de las atenuantes), se configuran generalmente sobre razones de prevención general: la indefensión de la víctima o del bien jurídico objeto del ataque, la correlativa facilidad para cometer el delito, el aumento de las posibilidades de

impunidad, la alarma social producida por la infracción, etc."⁵⁷⁴. Sin embargo, el reconocimiento de una naturaleza preventivo general no necesariamente se aprecia como algo positivo. Es presupuesto conatural al delito el proveerse de una ocasión propia que contribuya a la evitación del castigo; pues bien, es esa conaturalidad el objeto mismo de la agravación. "En consecuencia, dado el sistema de agravantes que nuestro Código contiene, el delito normal sufrirá, regularmente, una pena agravada, lo que no parece muy correcto. Así, v.g., la mayor indefensión del bien jurídico y la facilidad para cometer el delito que integran, al menos en parte, el fundamento de varias de las agravantes, sirven, a la hora de fijar los marcos penales genéricos, para determinar atenuantes de la pena, en razón a la menor intensidad que el ataque revista en tales casos (así, v.g., el hurto o la estafa se hallan, generalmente, menos castigados que el robo con fuerza en las cosas)."⁵⁷⁵

Esta posición concuerda con el fundamento de las circunstancias en general, al que se adhieren los autores, y al que aludimos al señalar la ubicación sistemática de éstas en la teoría general del delito o de la pena: "la *ultima ratio* de las circunstancias ha de verse en principios de naturaleza políticsocriminal, de muy variado carácter (entre los que operan, desde luego, en ocasiones, la disminución del daño y la del reproche culpabilístico)"⁵⁷⁶. En este sentido, señalan que "las consideraciones preventivas, en el marco de las circunstancias, obedecen, según dijimos, por regla general y con las excepciones apuntadas, a motivos pragmáticos, ajenos a las valoraciones básicas de la infracción"⁵⁷⁷. Sin embargo, una advertencia: "A diferencia de lo que ocurría, sobre todo con la prevención general, a la hora de fijar el marco legal abstracto, representan aquí criterios puramente *extrínsecos*, que no suelen guardar relación ni con la intensidad del ataque ni con el grado del reproche culpabilístico"⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN. *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, p. 722.

⁵⁷⁵ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN. *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, p. 722.

⁵⁷⁶ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN. *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, p. 675.

⁵⁷⁷ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN. *Derecho penal...*, ob. cit., 1991, p. 722.

⁵⁷⁸ *Ibidem*.

⁵⁷² GARRIDO MONTT. *Derecho penal...* Tomo I, ob. cit., 1997, p. 199.

⁵⁷³ BUSTOS RAMÍREZ. *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 362.

4.7.2.1.3. Agravantes como exclusivo aumento del injusto del hecho. Posición de Mir Puig

Esta no se refiere a la parte subjetiva del hecho, ni tampoco a la actitud interna del sujeto, sino sólo a los elementos que condicionan la *atribuibilidad* del injusto penal a su autor: "Lo único que se pregunta al comprobar la imputación personal es, según esto, si las condiciones en que tuvo lugar la motivación del autor son normales y permiten atribuirle plenamente el injusto penal, o si son plena o parcialmente anormales, le entonces no puede atribuírseles en absoluto o sólo parcialmente. Así y entendida, como condición de atribución del injusto penal, la imputación personal puede no ser posible en absoluto e impedir la atribución, o no ser plenamente posible y permitir sólo una atribución parcial. No puede en cambio, *crear* un nuevo desvalor que no provenga ya del injusto penal, porque no puede más que atribuir el injusto penal que concurre. *Toda* la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal, la imputación personal sólo condiciona la atribución total o parcial de dicha gravedad. O impide por completo la atribución o funciona como un *filtro* que sólo deja pasar (atribuir) una parte del desvalor del injusto penal.

Se sigue de este planteamiento dogmático que *todas las circunstancias agravantes deben aumentar lo injusto penal del hecho*, sin que puedan "elevant" la imputación personal"⁵⁷⁹.

Mir Puig rechaza expresamente la relación entre circunstancias subjetivas como referentes a la culpabilidad y circunstancias objetivas, como relativas al injusto: "Que todas las agravantes aumenten la gravedad del injusto penal no impide que unas sean 'objetivas' y otras 'subjetivas', puesto que el injusto comprende una parte objetiva y otra subjetiva"⁵⁸⁰. Pese a esta aclaración, el autor clasifica las agravantes en subjetivas y objetivas. La razón de esa distinción radica "en el sentido de que en ellas es una *razón objetiva o subjetiva*, respectivamente, la causa primera de la agravación". Lo enlaza con la exigencia propia de nuestro siste-

⁵⁷⁹ Mir Puig, *Derecho penal...*, ob. cit., 1996, pp. 636-637.

⁵⁸⁰ Mir Puig, *Derecho penal...*, ob. cit., 1996, p. 637.

ma: "la distinción es importante en orden a la *comunicabilidad* de las agravantes en caso de codeinencia: a los efectos del art. 65 CP sólo las objetivas serán comunicables a los distintos intervinientes del hecho".

4.8. ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LAS CIRCUNSTANCIAS

4.8.1. Circunstancias atenuantes

Los autores nacionales han recurrido a la clasificación de las atenuantes propuesta por Elicheberry, atendido a criterios fácticos, esto es, a la situación objetiva que describen cada una de las circunstancias, y que distingue cuatro grupos: *las eximentes incompletas, las relativas a los móviles, las relacionadas con la personalidad del culpable y las derivadas de su conducta posterior al hecho*⁵⁸¹. Creemos que su utilización se basa exclusivamente en cuestiones de orden, y recurriremos a ella solamente en pos de cierta ordenación sistemática y para evitar caer en repeticiones cada vez que nos adentremos en una en particular. Advertimos, sin embargo, que esta clasificación nada dice respecto del fundamento que descansa tras ellas y que intentaremos, en los siguientes párrafos, descifrar.

4.8.1.1. Circunstancia 1ª. Las eximentes incompletas

El fundamento de las eximentes incompletas discurre por tres carriles: se observa una posición que las basa en su afectación en la culpabilidad, otra que les concede el mismo fundamento que aquel de la causalidad de exención de responsabilidad a la que están ligadas, y otra que distingue el hecho base que posibilita la atenuación, independientemente de la ligazón originaria con una eximente respectiva. Esta última postura dice relación mayoritariamente con la respuesta que se ha dado a las justificantes incompletas de legítima defensa y estado de necesidad, en que, a pesar de hacer referencia a la antijuricidad en su formulación de exclusión de responsabilidad, en su aparición como atenuantes pueden obedecer tanto a una atenuación del injusto, como de la culpabilidad.

⁵⁸¹ Elicheberry, *Derecho penal...*, Tomo II, ob. cit., 1998, p. 17.