

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

TEXTO Y COMENTARIO DEL CODIGO PENAL CHILENO

TOMO I

LIBRO PRIMERO - PARTE GENERAL
ARTICULOS 1° AL 105

Obra dirigida por

SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ y LUIS ORTIZ QUIROGA

Coordinador

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

AUTORES

Juan Bustos Ramírez

Felipe Caballero Bruun

Miguel Cillero Bruñol

Enrique Cury Urzúa

José Luis Guzmán Dálbora

Carlos Künsemüller Loebenfelder

Jean Pierre Matus Acuña

Jaime Náquira Riveros

Sergio Politoff Lifschitz

Manuel de Rivacoba y Rivacoba

Alex van Wezel

© SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ

LUIS ORTIZ QUIROGA

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual

Inscripción N° 125.400, año 2002

Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta primera edición
de 800 ejemplares en el mes de febrero de 2003

IMPRESORES: Trama Color Impresores S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1393-2

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

§ 3. De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal

Artículo 11

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

COMENTARIO PRELIMINAR AL ART. 11

1. **Historia legislativa.** Salvo la derogación de la circunstancia 2ª, cuyo contenido pasó a regularse en el art. 72, el resto del párrafo permanece en la forma original que le diera la CR. Esta aprobó la mayor parte de los numerales del art. 11 en sus Ses. 7ª, de 14.05.1870, y 8ª, de 17.05.1870, tomando como base para las circunstancias 1ª, 3ª, 4ª y 5ª los N.ºs 1, 4, 5 y 7 del art. 9º del CEsp, respectivamente, agregándose solamente en la circunstancia 3ª la exigencia de que la provocación o amenaza sea "proporcional", a instancias del señor Gandarillas (*Actas*, 256ss). Las circunstancias 6ª, 7ª y 8ª se tomaron del art. 39 del Código austríaco (*Actas*, 258s), "tras corto debate"; la 9ª, de la 6ª del art. 9 CEsp (*Actas*, XXXI); y la 10ª, a indicación de Fabres, en la Se. 122, de 23.03.1873 (*Actas*, 466). Posteriormente, se realizó la adecuación formal de los parentescos mencionados en la circunstancia 4ª en la Se. 168, de 1º de octubre de 1873, misma sesión en que se redactó la versión definitiva de la 9ª (*Actas*, 552).

2. **Generalidades. A) Circunstancias atenuantes genéricas y especiales.** Las circunstancias atenuantes genéricas que se encuentran enumeradas en el art. 11 operan en la **determinación judicial** de la pena, a través de las reglas de los arts. 62 a 73 CP. Su numeración es taxativa (Labatut I, 207), habiendo rechazado la CR adoptar entre ellas la atenuante de "análoga significación" que se encontraba comprendida en el N.º 8 del art. 9 CEsp, tomado como base en esta materia (*Actas*, 256). Sin embargo, en nuestro Código y en leyes especiales se encuentran dispersas otras circunstancias que pueden, según la voluntad del legislador, producir un efecto atenuante similar al de las del art. 11, o aun un efecto especial sobre el marco penal, como ocurre en los casos de *eximente incompleta* del art. 11 N.º 1, regulados en los arts. 71 a 73 CP. Entre estas circunstancias, denominadas **atenuantes especiales**, se suelen citar las que se encuentran en los arts. 103 (la llamada **media prescripción**), 129 inc. 2º (**disolución voluntaria de la sublevación**), 130 (**sublevación fracasada sin embarazo a la autoridad**), 142 bis (**devolución libre de todo daño**

del secuestrado o sustraído), 250 bis (cohecho a favor de parientes, median la causa criminal), 344 inc. 2º (aborto honoris causa), 456 (devolución de la cosa hurtada o robada). En leyes especiales encontramos las mal llamadas de **arrepentimiento eficaz** del art. 3º de la Ley Nº 19.366 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, art. 4º Ley 18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, 23 a) de la Ley 12.927 Sobre Seguridad del Estado, y en la Ley 19.172, las de cometer el delito con motivo de recibir un castigo militar no autorizado y de ejecutar, después de cometido el delito, una acción distinguida frente al enemigo, del art. 209 CPM; la de error de prohibición del art. 110 del Código Tributario; y en el art. 152 de la Ley Nº 13.305, etc. El estudio de estas circunstancias y sus efectos es, en todo caso, materia de cada una de las normas que las contemplan, a las cuales nos remitimos. **B) Naturaleza de las circunstancias atenuantes.** Nuestra doctrina mayoritaria entiende que, a efectos de lo dispuesto en el art. 64 CP, las circunstancias atenuantes tienen todas un carácter subjetivo, y por tanto no son comunicables entre los partícipes del hecho (cfr. por todos, Labatut I, 210. Oo., Novoa II, 16s, para quien al menos ciertos casos de eximentes incompletas, relativas a la antijuridicidad, mantendrían el carácter de *objetivas*). **C) Clasificación.** La clasificación de las *atenuantes genéricas* del art. 11 más utilizada en la actualidad es la propuesta por Elcheberry II, 15, quien atendiendo al fundamento de cada circunstancia distingue entre **eximentes incompletas** (1ª, en relación con los arts. 71, 72 y 73), **atenuantes fundadas en los móviles del agente** (3ª, 4ª, 5ª y 10ª), **atenuantes relativas a la personalidad del sujeto** (6ª) y **atenuantes que se fundan en la conducta del autor posterior al delito** (7ª, 8ª y 9ª). **D) Concurso de atenuantes: atenuantes compatibles e incompatibles.** La común naturaleza de las atenuantes fundadas en los *móviles del agente* ha llevado a nuestra doctrina (Labatut I, 213) y a parte de nuestra jurisprudencia a considerar que ellas no son entre sí compatibles, debiendo elegirse la más adecuada al caso, con el argumento de que un mismo hecho no puede dar lugar a dos atenuantes diferentes (SC Santiago 09.04.1985, GJ 58:1249); *mutatis mutandi*, lo mismo vale para las circunstancias 8ª y 9ª, que comparten entre sus requisitos la *confesión* del autor del delito. Salvo estas limitaciones, el resto de las atenuantes son compatibles entre sí y, por tanto, pueden apreciarse coplativamente (SC Pedro Aguirre Cerdá 26.10.1988, GJ 101:64, SC Santiago 03.04.1996, GJ 190:110). Nuestra jurisprudencia ha sostenido, además, que entre las atenuantes fundadas en los móviles del agente y la agravante de *alevosía* existe incompatibilidad (SC Pedro Aguirre Cerdá 30.06.1982, RDJ LXXIX:119), lo mismo que entre la *premeditación* y el *arrebato u obcecación* (SCS 28.08.1936, C 1936, 2º sem, Nº 76:321), conclusiones discutibles, pues los móviles del agente no siempre afectan su estado emocional al momento de cometer el delito (p.ej., en el caso de actuar en vindicación próxima de una ofensa, donde el ánimo frío suele asegurar el éxito de la venganza, Cury II, 113).

3. **Derecho comparado.** En nuestra órbita cultural, sólo el nuevo Código Penal francés de 1992 ha eliminado completamente la enumeración de circunstancias genéricas que permiten disminuir la penalidad, reconociéndolas

en tal carácter sólo en la forma de *eximentes incompletas*, respecto del trastorno mental parcial que altera el discernimiento o impide totalmente el control de los actos propios (art. 122-1) y de la menor edad (art. 122-8), con lo que queda completamente entregada a la discreción judicial el establecimiento definitivo de la pena, al contemplar los tipos penales sólo el máximo imponible, dejando abierto el mínimo. En el derecho alemán, donde la ley fija en general penas mínimas y máximas para los crímenes y simples delitos (§§ 12 y 38), y los tipos penales sólo se refieren al mínimo o máximo aplicable en cada caso, se mantiene una enunciativa general, aunque no taxativa, sino meramente ejemplar, de circunstancias que pueden ser tomadas a favor o en contra del condenado, y cuyos efectos están también en parte entregados a la discreción del juez (§ 46), entre las cuales se cuentan los motivos del autor; la medida del injusto; la clase y extensión del mal causado por el delito; la vida anterior del condenado, su personalidad y relaciones sociales; su comportamiento con posterioridad a la comisión del delito, particularmente su preocupación por reparar el mal causado y llegar a un acuerdo con la víctima. A este conjunto de circunstancias debe agregarse una lista de "especiales circunstancias de atenuación legales", a las que el § 49 les confiere un efecto determinado e importante de reducción de la pena, y que se encuentran taxativamente enunciadas en el Código, aunque de manera dispersa. Entre esas "especiales circunstancias de atenuación" se contemplan situaciones de muy diversa naturaleza, que a veces producen obligatoriamente el efecto de atenuar la pena, como la complicidad (§ 27 II), la tentativa de participación (§ 30 I), el error veniable en los presupuestos del estado de necesidad exculpante (§ 35 II), la instigación a la sublevaración fracasada (§ 111 II); y en otras ocasiones, dejan la atenuación entregada al juez, como en los casos de omisión impropia (§ 13 II), error de prohibición veniable (§ 17), imputabilidad disminuida (§ 21); tentativa (§ 22); estado de necesidad exculpante creado por el propio autor (§ 35 I); la reparación completa o en su mayor parte del mal causado, con acurrido de la víctima (§ 46 a), y la restitución sin daño de la persona secuestrada (§ 239 a IV). Con una técnica más cercana a nuestra tradición, tanto el derecho italiano como el Código Penal español de 1995 mantienen cada uno de ellos artículo especial que contempla un catálogo de circunstancias atenuantes genéricas, con efectos legítimamente precisados en la determinación de la pena. Así, el art. 62 del Código italiano menciona como circunstancias atenuantes comunes a todos los delitos los motivos morales o sociales especialmente valiosos del autor, la ira proveniente de un hecho injusto causado por otro, el actuar sugestionado dentro de un movimiento tumultuario no previamente concertado, causar un daño insignificante en los delitos económicos, la provocación de la víctima o su participación en la producción del evento delictivo, y la reparación completa del daño antes del juicio, mediante su resarcimiento o la restitución del objeto del delito. Por su parte, el CP español de 1995 señala entre las circunstancias atenuantes del art. 21, la de eximente incompleta, la de actuar el culpable a causa de una grave adicción a las drogas o el alcohol, la de obrar por estímulos tan poderosos que hayan producido *arrebato*, *obcecación* u otro estado pasional, la espontánea confesión del delito, y la re-

paración del mal causado con anterioridad al juicio oral. Además, tanto el Código italiano en su art. 62 bis como el español, en su art. 21 6º, contemplan una atenuante genérica de "análoga significación" con las enunciadadas expresamente. Los lincaamientos de sentencia en el sistema federal de los Estados Unidos reconocen también la existencia de circunstancias que permiten alejarse de los rígidos parámetros que en ellos se estatuyen, estableciendo una cláusula general que permite efectuar una rebaja de pena cuando las circunstancias del caso no están apropiadamente previstas en los lineamientos respectivos (USSG § 5K.2.0), y entregando como indicaciones para considerar como razones posibles de tomar en cuenta al efecto, las siguientes: la colaboración con la justicia (USSG § 5K.1.1), la provocación de la víctima (USSG § 5K.2.10), la creencia de estar evitando un mal mayor (USSG § 5K.2.11), el actuar bajo una amenaza o coerción que no permite eximir completamente de la pena (USSG § 5K.2.12), la imputabilidad disminuida (USSG § 5K.2.13) y la espontánea confesión (USSG § 5K.2.16).

4. Política criminal. Aunque siempre es posible proponer una redacción más clara o "moderna" de las circunstancias comprendidas en el art. 11, la revisión del derecho comparado permite constatar que la diversidad en la naturaleza y formulación de las circunstancias atenuantes no es patrimonio exclusivo de nuestro Código, pero que sí se echa en falta en él una cláusula general de atenuación que permita, fundadamente, reconocer a ciertas circunstancias del hecho el mismo efecto que a las enumeradas en su texto, terminando así con el sistema de *numerus clausus* actualmente vigente. En cambio, no se ve la razón por la cual deba privarse del efecto atenuatorio obligatorio a alguna de las circunstancias reconocidas en el Código. Tampoco parece apropiado del todo una fusión de las circunstancias 3ª, 4ª y 5ª, como propone Garrido I, 186, si con ello pudiera producirse una inesperada reducción de su alcance o mayores dificultades probatorias (Cury II, 109). Aunque es discutible si, junto con introducir una cláusula de atenuación genérica, como la de "análoga significación" contemplada en el art. 21 Nº 6 del CP español de 1995, aprovecharía incorporar directamente en el art. 11 otras circunstancias que las legislaciones extranjeras contemplan con carácter general, como la colaboración con la justicia, la adopción de reglas relativas al error de prohibición, a los estados de intoxicación, etc., siempre es preferible, atendida nuestra tradición cultural, incluir expresamente las circunstancias cuyo valor sea indudable. Así, por ejemplo, en cuanto a la colaboración con la justicia más allá de la espontánea confesión, parece importante su introducción para efectos de una adecuada aplicación del CPP 2000, varias de cuyas instituciones requieren el acuerdo del imputado (*procedimiento abreviado*, *suspensión condicional*, *juicio monitorio*—donde el art. 392 reconoce ya una especie de atenuación permitiendo la rebaja automática de la multa—, etc.).

Artículo 11. "Son circunstancias atenuantes:

1ª Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos".

1. Concepto. A) Eximente incompleta. Según nuestra doctrina dominante, esta clase de atenuante parece fundamentarse en la idea de la *gradualidad del daño causado* o de la *culpabilidad del autor*, aun que algún autor nacional quiere reducirla sólo a una disminución de la culpabilidad, por "falta de motivación normal" (Cury II, 104s). También es mayoritaria la doctrina que estima que como atenuante, la eximente incompleta puede operar conforme a las reglas de los arts. 62ss, en los casos que no encuentra especial aplicación alguna de las disposiciones de los arts. 71, 72 y 73 (Oo., Garrido I, 183, para quien si la eximente es incompleta, sólo cabe aplicar una de estas últimas normas). **B) Alcance limitado de la eximente incompleta.** Coincide nuestra doctrina en admitir que la eximente incompleta, pese a su amplio tenor literal, no tiene en verdad aplicación en todos y cada uno de los supuestos del art. 10. Por su propia naturaleza, se excluyen de la eximente incompleta de este art. 11 Nº 1, las del Nº 2 del art. 10, ser menor de dieciséis años, por no admitir graduación; la del Nº 3, ser mayor de dieciséis, pero menor de dieciocho, declarado con discernimiento, por encontrarse regulada en el art. 72; la del Nº 8, caso fortuito, también por contar con especial regulación en el art. 71; la del Nº 9, si se admite en ella la "fuerza física", porque ésta es o no es irresistible y por tanto se trataría a su respecto de otra situación no graduable (Etcheberry II, 17); y la del Nº 13, pues el cuasidelito está o no contemplado en la ley, siendo también imposible su graduación. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia dominantes hoy en día rechazan la limitación propuesta por la CR, en orden a que esta circunstancia sólo sería aplicable con relación a las eximentes que contemplan requisitos (Nºs 4º, 5º, 6º y 7º del art. 10), entendiéndose que se extiende además a las eximentes graduables, lo que sucede particularmente con la de enajenación mental del art. 10 Nº 1 (cfr. SC Santiago 13.04.1994, GJ 166:118). En todo caso, cabe tener presente que, tratándose de las eximentes de los Nºs 4º, 5º, 6º y 7º, la concurrencia del "mayor número" de sus requisitos determina la aplicación del art. 73, misma situación que cabría apreciar cuando, tratándose de eximentes divisibles moralmente, la intensidad de la fuerza, el temor, etc., es tal, que permite considerarla dentro

de la regulación de dicho artículo (Garrido I, 183), aunque nuestra doctrina y jurisprudencia dominantes tiende a considerar que, tratándose de divisibilidad moral, sólo es aplicable la atenuante por eximente incompleta del art. 11 N° 1 (cfr., por todos, Cury II, 105; y en la jurisprudencia, Etcheberry, DPJ IV, 113ss). En todo caso, es unánime la afirmación según la cual no procede apreciar la eximente incompleta en los casos de privación parcial de la razón causada por un estado de embriaguez (Novoa II, 24s, y SCA Santiago 16.11.1988, GJ 101:62). En cuanto a la clase de delitos a que se aplica, no existe tampoco discusión en cuanto a su aplicabilidad tanto a los **delitos dolosos** como a los **culposos**. C) El **requisito básico**. Además de las exclusiones expuestas, existe unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia en el sentido de que para gozar de esta atenuante no basta reunir algunos requisitos de la eximente, si falta entre ellos el **esencial o básico** de cada una de ellas (SCS 06.12.1989, GJ 114:71), a saber: el **trastorno mental**, en la del art. 10 N° 1; la existencia de una **agresión ilegítima**, en el art. 10, N°s 4, 5 y 6; la **del mal que se trata de evitar**, en el art. 10 N° 7; la **del miedo o de la fuerza (moral)**, en el art. 10 N° 9; la **del deber**, en el art. 10 N° 10; y la **del causa que impide actuar**, en el art. 10 N° 12 c). El **error** acerca de la existencia de este requisito esencial dará lugar a la aplicación de las reglas relativas al error de tipo, conforme a la teoría *moderada de la culpabilidad* que aquí se asume (v. art. 10 N°s 4, 5). Oo., Cury II, 106. En cambio, tratándose de los restantes requisitos para admitir la atenuante, puede aplicarse a su favor *analogicamente* lo dispuesto en el art. 1° inc. 3°: su concurrencia real o imaginaria se cuenta a favor del autor del delito.

2. Casos de eximente incompleta. A) De entre los casos en que teóricamente es posible afirmar la existencia de una *eximente incompleta* (N°s 4, 5, 6, 7, 9, 10 y 12 del art. 10 en relación con el art. 11 N° 1), se encuentran fallos que la reconocen en casos de **legítima defensa imperfecta** en que no concurre la mayor parte de los requisitos que permitan aplicar el art. 73, pero sí la *agresión ilegítima* (SC Pedro Aguirre Cerdá 26.04.1984, GJ 47:88, SC Concepción 29.06.1984, GJ 49:146); **miedo no del todo insuperable** (SC Punta Arenas 27.11.1989, RDJ LXXXVI:159); y aun **omisión por causa no del todo insuperable**, en un caso de no pago de cheques sin fondos debido a una crítica situación económica (SC Santiago 07.08.1984, RDJ LXXXI:138). B) La **enajenación mental parcial**. Sin embargo, las importantes limitaciones del alcance de

esta atenuante, señaladas en el número anterior, hacen que, prácticamente, como señala Etcheberry II, 17, su principal campo de aplicación sea el de la "enajenación incompleta o privación de razón no total, sino parcial". Al respecto, nuestros tribunales han acogido esta atenuante en quien padece *epilepsia* (SCA Valdivia 30.06.1965, RDJ LXII:218); respecto de quien se informa "una alteración mental mediana con expresiones clínicas de dislexia, discalculia y trastornos generales del aprendizaje escolar, con necesidad de tratamiento por neurólogos con medicación específica" (SCA Santiago 13.04.1994, GJ 166:118); de quien existe infancia siquiátrica que indica que "posee una personalidad psicopática" (SC Santiago 09.08.1988, GJ 98:75; SC Pedro Aguirre Cerdá 04.04.1986, GJ 70:83); y también de quien padece una "oligofrenia luminar" (SCA Santiago 15.07.1987, RDJ, t. LXXXIV, 2ª parte, sec. 4ª, p. 103). Pero no la han acogido en casos de personalidad "esquizoide" o padeciente de "neurosis de angustia u obsesiva", en que la enfermedad mental no ha alterado los procesos cognoscitivos o volitivos al momento de cometer el crimen (SCS 25.05.1983, RDJ, t. LXXX, 2ª parte, sec. 4ª, p. 44); ni tratándose de "características de la personalidad" derivadas de la "adicción al alcohol o a las drogas" (SCA Santiago 22.04.1991, GJ 130:78), aunque existen sentencias antiguas en sentido contrario (SC Santiago 13.09.1937, en *Repertorio*, 33).

2ª Derogada.

3ª La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito".

3. Concepto. Según Fuenzalida I, 84, el fundamento de esta atenuante radicaría en que "no siendo posible extinguir las pasiones naturales que impulsan a vengar las provocaciones, ofensas o amenazas injuriosas, la ley ha tenido que guardarlas ciertas consideraciones", lo que estima de toda "justicia", o dicho en términos modernos, lo que fundamenta aquí la atenuación es "el estado anímico del sujeto al momento de delinquir, provocado por un estímulo externo" (Labatut I, 212).

4. Elementos. A) **Provocación o amenaza.** Provocación es "una acción o expresión capaz de crear en el sujeto una excitación con-

ducente a la comisión del delito" (Cury II, 111); y **amenaza**, en esta disposición, es el anuncio de un mal futuro sobre el amenazado, capaz de desatar en él una pasión contra el que le amenaza que le impida adecuar su conducta a la ley "sin un esfuerzo más o menos poderoso de voluntad" (Fuensalida I, 83). Conviene en todo caso precisar la distinción entre la **provocación** que da lugar a esta atenuante y la **agresión** que da lugar a la legítima defensa: la primera se verifica completamente *antes* de la reacción del provocado y no necesita ser ilegítima, en cambio, una **agresión** siempre es *actual o inminente*, y además **ilegítima** (v. art. 10 N° 4). Y en cuanto a la diferencia entre esta amenaza y las constitutivas de delito o de **fuerza moral**, podemos decir que aquí la amenaza no produce en el amenazado una *intimidación capaz de doblegar su voluntad*, sino al contrario, desata en él una pasión que lo lleva a actuar *contra* el amenazante. La amenaza o provocación deben tener como autor al ofendido y recaer en el que comete el delito, aunque se admite que la amenaza pueda recaer en terceros afectos al amenazado (cfr., por todos, Garrido I, 185. Oo., Fuensalida I, 86, para quien si la amenaza recae en personas afectas al autor del hecho, se aplican las circunstancias 4ª o 5ª, según los casos). En el aspecto *subjetivo*, la provocación o amenaza de la atenuante no necesitan ser *reales*, como se exige para los supuestos fácticos de las eximentes relacionadas (v. art. II, 1ª), sino que pueden ser imaginarias (con independencia de la naturaleza del error, por aplicación *analogica* del art. 1º inc. 3º), mientras sean capaces de desatar la excitación emotiva que justifica la atenuación (Etcheberry II, 19. Oo., Garrido I, 186, y Cury II, 111, para quienes no es necesaria en este punto la *pasión*, y sólo bastaría el conocimiento de la provocación o amenaza). Se discute si en los **delitos sexuales** la *provocación sexual* puede fundamentar esta atenuación: con buenas razones, Cury II, 112, la admite cuando constituye una "forma deliberada de estimular al autor más allá de límites razonables", argumentando que otro parecer "significa desconocer enteramente la naturaleza del hombre o pretender transformar a la especie en una cohorte seráfica que no corresponde en modo alguno a su realidad". **B) Proporcionalidad.** Esta exigencia supone una relación de equivalencia entre la provocación o amenaza y el daño que se causa al provocador, "tanto en su naturaleza como en su intensidad" (Etcheberry II, 19). La proporcionalidad se mide en términos *objetivos*, con el parámetro del hombre medio, situado *ex ante*, teniendo en cuenta la entidad y naturaleza de la provocación o amenaza real o imaginaria

da y el daño causado (Cury II, 111). **C) Inmediatez.** La *inmediatez* exigida por esta disposición se explica por sí sola en atención a su fundamento: "porque si hai tiempo para que la razón recupere su imperio después de una provocación o amenaza que haya exaltado las pasiones, no hai motivo para atenuar la pena del que, en vez de perdonar o de ocurrir a la justicia, usurpa las funciones de la ley" (Fuensalida I, 85); y supone una contigüidad en el tiempo entre la provocación y el delito cometido. Así, si los hechos ocurren "perfectamente separados y distantes en el tiempo, no se configura la atenuante" (SC Suprema 27.09.1968, RDJ LXIV:241).

"4ª La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos".

1. Concepto. El fundamento de esta atenuante y de la 3ª es el mismo: el estado emotivo que provoca en el autor un determinado estímulo externo. Su diferencia está en la clase de estímulo que la ley reconoce para admitir la atenuación. Según Fuensalida I, 86s, ha de tratarse de estímulos que por su propia naturaleza no admitan una reacción inmediata, como la provocación o amenaza, pero sean lo suficientemente poderosos para producir "sus efectos en el corazón humano: tales son las ofensas que se ocasionan en ausencia del ofendido o en la persona de algún pariente con quien nos liga el afecto o cierta mancomunidad de honor que la sociedad tiene establecida con razón o sin ella". El deseo de venganza que crea una situación de esta naturaleza en el común de los hombres, aunque reprobable moralmente, se encuentra en la base de esta atenuación (Cury II, 113).

2. Elementos. A) Motivación vindicativa. La excitación emocional que exige la ley en esta atenuante es la de la *venganza*, esto es, actuar para tomar satisfacción del agravio o daño producido en su autor, por lo que la doctrina nacional excluye la venganza ejercida en terceros que no producen el daño que se pretende satisfacer (Oo., Cury II, 115, quien sostiene que esta limitación "no puede

deducirse del texto legal" y, por tanto, admite la posibilidad de ejercer venganza en terrores). Esta motivación no excluye el ánimo frío al momento de "tomarse" la satisfacción buscada, aunque nuestra jurisprudencia parece entenderla incompatible con la agravante de *alevosía* (SC Pedro Aguirre Cerdá 30.06.1982, RDJ LXXIX:119).

B) Ofensa grave próxima. La gravedad de la ofensa debe revestir cierta magnitud, que explique la permanencia o tardía aparición del ánimo vindicativo más allá de la inmediatez exigida en la circunstancia 3ª de este artículo, pero no es necesario que sea proporcional al delito. Debe ejercitarse *completamente antes* de la reacción, pero en un tiempo próximo. La apreciación de la proximidad en el tiempo y la gravedad de la ofensa quedan entregadas al juez conforme a un criterio objetivo del hombre medio situado *ex ante*. De todos modos, no es arriesgado posular que, en términos generales, *grave* es un **crimen o simple delito**, y que difícilmente pueden encontrarse en esa situación las *faltas* y otras transgresiones no sancionadas penalmente. Así, se ha fallado que concurre esta atenuante "si pocos días antes de que ocurrieran los hechos investigados, el occiso y otras personas que le acompañaban ingresaron por la fuerza a la casa del encausado, destruyendo su mobiliario, obligando a arrancar a la conviviente del reo y a un hijo menor de ambos" (SC Santiago 30.07.1986, RDJ LXXXIII:174) y que "si el reo fue insultado y duramente golpeado por su hermano pocos momentos antes de que se produjera la agresión a bata, se ha configurado la atenuante del N° 4 del artículo 11 del Código Penal" (SCS 27.09.1968, RDJ LXIV:241). Sin embargo, también es posible concebir la existencia de otras ofensas "graves" no constitutivas necesariamente de crimen o simple delito (Etcheberry II, 20). El error acerca de la existencia de la atenuante o su suposición imaginaria no impide su apreciación a favor del imputado, aplicando analógicamente el art. 1º inc. 3º. **C) Personas ofendidas.** La ley presupone que sufriendo el autor del delito o los parientes del mismo que señala, el ánimo vindicativo tendrá natural cabida en aquel, "con o sin razón". Sin embargo, la enumeración contemplada en el texto ha sido modificada tácitamente por la Ley 19.585, que suprimió las distinciones entre **hijos legítimos, ilegítimos y naturales**, y delegó en el Presidente de la República la facultad de realizar las modificaciones formales que sean necesarias, sin alterar el sentido de la ley, en los textos legales no modificados expresamente (art. 8º). En tanto dicha adecuación no se produzca formalmente, podemos remitir la enumeración de esta

atenuante a las siguientes categorías civiles: *parientes legítimos por consanguinidad en toda la línea recta* son los *ascendientes consanguíneos que mantienen una sucesión ininterrumpida de filiación matrimonial* (art. 180 CC); *parientes legítimos por afinidad* son los *parientes consanguíneos del cónyuge, que mantienen una sucesión ininterrumpida de filiación matrimonial* (arts. 28 y 180 CC); *padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos* son los *padres e hijos de filiación no matrimonial legítimamente determinada* (art. 181 CC). La determinación de los grados se mantiene conforme a las reglas generales (art. 27 CC).

5ª La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación".

1. Concepto. Mientras en las circunstancias 3ª y 4ª la ley fija la atenuación en la existencia de un motivo para la conducta del imputado, en ésta los motivos quedan imprecisos y se exige, en cambio, una especial alteración anímica, el **"arrebató"** o la **"obcecación"**, que deben estar presentes al momento de la comisión del delito (Novoa II, 370). Labatut I, 213, ve en esta atenuante una de carácter "genérico" que "abarca las dos anteriores", las que sólo contendrían especificaciones de los "impulsos" por los que obra el autor del delito, opinión que no compartimos, por cuanto, según se ha explicado, al menos el actuar en vindicación de una ofensa no requiere necesariamente que la persona se encuentre "ofendida" o "arrebataada", sino al contrario: la venganza realizada con una "actitud fría" "sucede manifestarse con más éxito" (Cury II, 113); y por otra parte, la *proporcionalidad* exigida por la circunstancia 3ª parece no requerir un "estímulo poderoso", sino simplemente uno "proporcional" al delito cometido. Aunque la ley emplea la conjunción "y" para relacionar el arrebató con la obcecación, lo que parece dar a entender una exigencia copulativa (y así lo ha declarado alguna antigua jurisprudencia: SCS 28.08.1936, G 1936, 2º sem., N° 76:321), nuestra doctrina actual es unánime en entender que basta la concurrencia de una de dichas pasiones para configurar la atenuante, entendiéndola así como una circunstancia alterna (cfr., por todos, Carrido I, 189).

2. Elementos. A) Arrebató u obcecación. Estas pasiones son "transitorios profundos en el ánimo de la persona" (Etcheberry II, 21) y que alguna jurisprudencia ha identificado con "la vehemencia de

alguna pasión" y "la consecuencia de un estado latente que produce una ofuscación que se desarrolla en diversas y repetidas ocasiones", respectivamente (SC Iquique 12.02.1941, G 1941, 1^{er} sem., N° 40, 221), y en general, con un sentimiento de "*ira incontenible*" (SC Santiago 28.11.1986, GJ 77:41). Según Novoa II, 30s, **arrebato** es "un acceso súbito e intenso de pérdida de control de los actos propios" y **obcecación**, "una ofuscación persistente de la razón que priva del normal discernimiento". **B) Estímulos poderosos.** Lo **poderoso** del estímulo queda entregado a la apreciación del juez, lo mismo que determinar si éste *naturalmente* produciría en un hombre medio el "arrebato" u "obcecación". La expresión "*naturalmente*" no tiene otro sentido que su relación con el hombre medio y no contiene una apreciación normativa acerca de lo "justificado" o lícito de los estímulos (Etcheberry II, 21), como ha señalado alguna jurisprudencia (SCS 14.09.1951, RDJ XIV:218). Su apreciación es, por tanto, objetiva, aunque puede referirse a un estímulo imaginario, que como error en la circunstancia, puede regirse analógicamente por la regla del art. 1° inc. 3°, lo que admitiría tomarlo en consideración en tales ocasiones. En todo caso, los **estímulos poderosos** deben ser *externos* a la conducta o personalidad del autor del delito, como lo ha declarado la SCS 02.04.1996 (GJ 190:86), al sostener que el comportamiento provocativo del autor del delito "que originó el incidente", excluye la apreciación de esta circunstancia; y la SCS 27.09.1968 (RDJ LXIV:241), que declara que no se debe apreciar esta atenuante por la sola existencia del arrebato u obcecación, "inhierentes al estado de ánimo de los que protagonizaran una riña". Pero como la ley no establece la naturaleza exacta del estímulo, se ha considerado como suficiente para provocar la "obcecación", entre otros estímulos, la "extrema pobreza" del autor y su familia (SC Santiago 26.12.1986, GJ 79:71); "el proceder molesto y pertinazmente provocativo del occiso" (SC Pedro Aguirre Cerda 05.05.1989, GJ 107:63); y aun el encontrar el autor a su cónyuge "desnuda y en la misma cama" con otra persona (SC Santiago 28.11.1986, GJ 77:41), hecho que alguna vez fue una eximente, hoy derogada en nuestro ordenamiento (art. 10 N° 11, cfr. *Actas*, 257). Aunque una jurisprudencia antigua ha exigido, además, *inmediatez* entre el estímulo y el arrebato (SCS 14.09.1951, RDJ XLVIII:218), los casos más recientes antes citados parecen no seguir esta opinión y aun ya en 1953 la Corte de Apelaciones de Santiago parece admitir la posibilidad de un desarrollo gradual de tales pasiones ante estímulos igualmente sostenidos en el tiempo (SC

Santiago 09.09.1953, RDJ L:160). Por su parte, la doctrina ha rechazado la exigencia de una supuesta *inmediatez*, ya desde los comentarios de Fuensalida I, 88, quien veía en esta atenuante un paso más que el de la circunstancia 4ª, al favorecer a quien "no ha podido obrar inmediata ni próximamente a la ofensa", poniendo por ejemplo el del marido que mata a su esposa convencido de su infidelidad y el del "hombre que mata al miserable que, abusando de su confianza íntima, le roba i sumerje en la miseria".

"6ª Si la conducta anterior del delincuente ha sido irrepachable".

1. Concepto. El fundamento de esta atenuante es discutido. Mientras Labatut I, 215, lo atribuye a una "menor peligrosidad"; Cury II, 119, ve en ella el reconocimiento de una "exigibilidad disminuida"; en tanto que Garrido I, 191, afirma que aquí la menor reprochabilidad del sujeto hace que disminuya "la necesidad de la pena"; y no han faltado quienes, como Fuensalida I, 90, no ven "razón de ser" en esta atenuante, criterio que comparte Novoa II, 373, agregando "que a un individuo que en todo momento ha podido observar una conducta intachable —en la cual habrán influido, de seguro, circunstancias muy favorables de ambiente y cultura— se le puede exigir, con mayor vigor, si cabe, que se mantenga en el mismo plano y que no decida entrar en el campo de la transgresión jurídica". Lo cierto es que un somero análisis de nuestra jurisprudencia demuestra que se trata de una de las causales de atenuación más socorridas en los tribunales, en un esfuerzo por mitigar las a veces excesivas penas que se prodigan en algunos títulos del Código y en algunas leyes especiales (particularmente la Ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas), permitiendo al mismo tiempo otorgar a sus beneficiados la oportunidad de enmendar su rumbo, mediante la concesión de alguno de los beneficios de la Ley N° 18.216. En tanto tales condiciones se mantengan, no parece del todo censurable una concesión al humanitarismo, si con ello se posibilita una adecuada aplicación de las penas.

2. Elementos. A) Conducta anterior. Aunque la ley no limita en el tiempo el examen de la vida del condenado, nuestra doctrina actual está conteste en la necesidad de realizar dicho examen caso a

caso, teniendo en cuenta que es discutible que "pueda rechazarse la atenuante por un comportamiento vicioso en época juvenil, que luego ha sido completamente enmendado por largos años" (Elcheberry I, 192). En este sentido, la SC Santiago 03.12.1996, declaró que transcurridos veintiséis años desde una condena anterior, podía acogerse sin más la atenuación y aun admitirse como *may calificada*, para los efectos del art. 68 bis; y la SC San Miguel 10.07.1992 (RDJ LXXXIX:179), teniendo en cuenta que "de las actas de la Comisión Redactora del Código Penal, particularmente de lo ocurrido en la sesión 164 de 2 de julio de 1873, se desprende que el criterio de los comisionados fue el de que los efectos de las penas tuvieran un determinado límite y no duraran para siempre, una vez que el condenado por su buena conducta durantes un largo tiempo se ha hecho digno de recobrar lo que perdió", resolvió que "la circunstancia de que el encausado haya sido condenado anteriormente a una pena de quince años en julio de 1978, habida consideración a la época en que ese hecho ocurrió; la naturaleza cuasidelictual de responsabilidad que se le imputa y la historia fidedigna del establecimiento del inciso 1º del artículo 105 del Código Penal, no obstaculizan el reconocimiento en su favor de la atenuante de irreproachable conducta anterior contemplada en el Nº 6 del artículo 11 del aludido código". Sin embargo, esto no importa, como lo ha declarado una jurisprudencia mayoritaria, que la prescripción de los delitos o las penas deba tomarse en cuenta automáticamente para "borrar" los delitos cometidos a efectos de apreciar o no esta atenuante (SCS 03.05.1982, RDJ LXXIX:59). En todo caso, aunque existe una jurisprudencia aislada en sentido contrario, ha de afirmarse que no obsta a esta circunstancia un procesamiento anterior; si posteriormente el proceso "se sobreesó temporalmente por no haberse justificado la existencia del delito" (SC Suprema 27.09.1968, RDJ LXIV:241). Del mismo modo, se admite que no puede considerarse contra el condenado un procesamiento o condena, si el fallo respectivo no se encuentra ejecutoriado (SC Santiago 03.04.1996, GJ 190:110).

B) Irreproachable. La jurisprudencia dominante afirma que este requisito implicaba algo más que un prontuario criminal libre de antecedentes: "supone un comportamiento exento de toda censura y de toda transgresión a la ley" (cfr., por todas, SC Temuco 12.05.1964, RDJ LXI:1964), y por eso se estima, por ejemplo, que la ebriedad se oponía a la admisión de esta atenuante (cfr., por

todas, SCS 26.08.1957, RDJ LIV:181 y SCS 27.10.1982, FM 287:485, que reproduce este razonamiento con relación al consumo de drogas), y que no basta un extracto de filiación libre de anotaciones para acreditar la atenuante (SC Santiago 03.10.1988, RDJ LXXXV:178). Sin embargo, algunos fallos recientes de nuestro Máximo Tribunal parecen recoger el pensamiento mayoritario de nuestra doctrina, en el sentido que la irreprochabilidad debe entenderse sólo respecto de la conducta social del individuo (Garrido I, 192), lo que se traduce simplemente en una hoja prontuario libre de antecedentes criminales, sin hacer referencia alguna a su moral personal. Así, la SCS 03.06.1986 (RDJ LXXXIII:123) contiene de acreditada la atenuante con el mérito del extracto de filiación libre de anotaciones y "el testimonio singular de un deponente"; y la SCS 14.08.1984 (RDJ LXXXI:101), va más allá, admitiendo para los efectos de la prueba de la atenuante que "basta el prontuario penal libre de anotaciones"; por su parte, la SC Santiago 03.12.1996 (GJ 197:145), agrega un fundamento de corte constitucional a esta doctrina, señalando que "la atenuante de irreproachable conducta anterior ha de ser acogida con solo mérito del extracto de filiación que no registra antecedentes, sin que sea necesario exigir al efecto prueba testifical, habida cuenta del principio de inocencia y buena fe inherente a la persona, recogido en la propia Constitución". En esta línea, Gury II, 122, postula incluso que tampoco debieran tomarse en cuenta anotaciones prontuariales que reflejen la comisión de simples faltas o de delitos que "no merecen una reprobación ético-social intensa", citando entre ellos los delitos culposos (v. SC San Miguel 10.07.1992, RDJ LXXXIX:179, cit. *supra*), los políticos puros, los tributarios, etc.

"7º Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias".

1. Concepto. Esta atenuante encuentra su fundamento en sanas consideraciones de *política criminal*, tendientes a evitar que el daño causado por el delito se expanda o a repararlo si ello ya no es posible, y no parece de recibo la opinión que ve aquí también un cierto "emparentamiento" con las atenuantes pasionales, a modo de cierta "exigibilidad disminuida" que delataría la conducta posterior del que ha delinquido (Gury II, 122). Para que opere esta atenuante, el delito cometido, en el grado de desarrollo que haya

llegado, debe encontrarse completo en su faz ejecutiva y, por tanto, haberse ya causado un mal que reparar o cuyas ulteriores perniciosas consecuencias sean evitables. Por tanto, debe distinguirse del **desistimiento** (v. arts. 7º, 3D y 4D y 8º, 3D), que opera como causal de exclusión de la pena en la conspiración, la tentativa, y la frustración, siempre que sea voluntario y con él se ponga definitivamente término al riesgo creado (tentativa), se evite la producción del resultado (frustración) o se realicen los actos necesarios para que al menos la autoridad pueda evitarlo (conspiración). En el caso de la frustración, si el resultado no logra evitarse del todo, procede la aplicación de esta atenuante (SC Pedro Aguirre Cerda 26.10.1988, GJ 101:64). Además, debe distinguirse del mal llamado **arrepentimiento eficaz**, consagrado en el art. 33 de la Ley 19.366 y en la Ley 19.172: en ellos no hay arrepentimiento respecto de los delitos cometidos ni la conducta se dirige a reparar o evitar sus efectos, sino a evitar la comisión de otros delitos semejantes. Como la ley exige la presencia de *un mal* producido, se han presentado discusiones acerca de la clase de delitos en que puede operar, pues mientras alguna jurisprudencia ha declarado que esta atenuante “no es restrictiva” y tiene un ámbito de aplicación “general” en cuanto no hace distinción alguna acerca de la naturaleza del delito en que puede procurarse la reparación” (SCS 05.06.1984, FM 307:266); otros fallos entienden que, por ejemplo, tratándose de **sustracción de menores**, “atendida la naturaleza del delito”, “no es posible aceptar el simple pago de una cantidad de dinero para atenuar o aliviar la impresión sufrida por los padres” (SCS 31.07.1986, FM 332:461); lo mismo que sucedería en el caso de los **abusos deshonestos** en menores, hoy **abusos sexuales**, respecto de los cuales se ha afirmado que “el daño causado” “no es de aquellos que puedan sustituirse por la vía de la indemnización pecuniaria, ya que por su naturaleza es irreversible” (SCS 27.10.1982, FM 287:485); aunque fue materia discutible, también se afirmó que esta atenuante no procedía en los delitos de **tráfico ilícito de estupefacientes**, atendida su naturaleza de delitos de **peligro** (SCS 05.10.1993, RDJ XC:188. Oo., SCS 22.08.1991, RDJ LXXXVIII:67), ni en los de **porte y tenencia ilegal de armas**, también por tratarse de **delitos de peligro** (SCS 09.06.1993, FM 415:375).

Algunas de estas discusiones han terminado en modificaciones legales que impiden su aplicación, particularmente en los delitos contemplados en la **Ley 19.366** sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (art. 32) y en los delitos de **robo**

con violencia o intimidación, excluidos por la Ley N° 19.449, que incorporó un nuevo art. 450 bis al CP, para este efecto.

2. Elementos. A) Reparar el mal causado o evitar sus ulteriores perniciosas consecuencias. Aunque la ley no explicita la forma de la reparación, es costumbre que ésta se realice por medio de consignaciones ante el tribunal de la causa, existiendo un par de casos en que por faltar este medio, la Corte Suprema no ha acogido la atenuante, a pesar de presentarse avenimientos entre las partes o declaraciones juradas de la víctima (SCS 29.01.1990, FM 374.903 y SCS 28.08.1997, FM 465.1351). La consignación puede hacerla el propio inculcado o un tercero a su nombre o a su instancia, mientras no se trate del civilmente responsable (SCS 15.10.1930, G 19300 2º sem., Nº 82.311). De todas maneras, cabe tener presente que, atendida la naturaleza del daño causado, es posible otra forma de reparación, y así se ha entendido que concurre la atenuante en quien ha declarado falsamente y se retracta antes de dictarse la sentencia definitiva (SC Chillán 20.08.1942, G 1942, 2º sem., Nº 67.291) y en quien, después de herir a su víctima, la trasladada a un hospital con el fin de procurarle auxilios, aunque éstos resulten ineficaces (SC Pedro Aguirre Cerda 26.10.1988, Gf 101.64). Además, tratándose de los delitos de **hurto y robo con fuerza o con violencia del art. 436**, si la reparación consiste en la entrega voluntaria de las especies hurtadas o robadas antes de que se persiga al autor o se le ponga en prisión, el **art. 456 CP** le otorga a esta forma de reparación un *efecto atenuatorio especial*: aplicación de la pena en un grado inferior a la señalada por la ley al delito. **B) Procurar con celo.** La reparación debe ser “celosa”, en un sentido *objetivo*, atendiendo al concreto mal causado, las facultades del autor del delito y su situación procesal (SC Santiago 03.04.1996, Gf 190.110), de acuerdo a la apreciación que de ella haga el tribunal de instancia. No se exige un “arrepentimiento” moral, sino una manifestación material objetivamente constatable a favor de la víctima del delito (SC San Miguel 08.10.1986, Gf 79.107). Ni los motivos mezquinos de la reparación (como obtener la atenuación de la pena) ni su realización a instancias del abogado defensor o de terceros excluyen la atenuante, si *objetivamente* se ha procurado la reparación y se lo ha hecho *voluntariamente* (Garrido I, 194), excluyéndose, eso sí, la posibilidad de contar a favor del encausado la reparación realizada por el tercero civilmente responsable del delito (SCS 26.07.1932, G 1932, 2º sem., Nº 72, 280). Tampoco se exige la reparación completa, sino

el intento objetivo de alcanzarla, o dicho en otras palabras, "basta con que en el proceso aparezca en forma inequívoca que el reo ha procurado reparar o impedir las consecuencias de su actuar, sin que sea determinante el logro de ese propósito" (SC Pedro Aguirre Cerdá 26.10.1988, GJ 101-64). La realización *objetiva* del intento de reparación se demuestra no sólo en la *cuantía* de la reparación, conforme los criterios ya señalados, sino también en la *oportunidad* en que se realiza. Así, nuestra jurisprudencia ha declarado que la reparación "debe manifestarse de un modo cierto, efectivo, inmediato y oportuno en la ejecución de actos concretos tendientes a eliminar o atenuar los resultados del delito" (SCS 24.01.1991, RDJ LXXXVIII-9), considerando que no cumplen el criterio de la immediatez la presentación de un avenimiento en la interposición de un recurso de queja contra la sentencia definitiva (SCS 29.01.1990, FM 374:903), o la presentación de consignaciones durante el *plenario* de una causa criminal (SCS 29.05.1986, FM 330:269), aunque hay alguna jurisprudencia en contra, admitiendo la consignación en el plenario, "habida consideración de la situación económica y social del procesado" (SC Santiago 13.01.1993, GJ 151:90).

"8ª Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito".

1. **Concepto.** Como la 7ª, esta atenuante también radica en el *comportamiento posterior del delincuente*, y se fundamenta en atendibles razones de *política criminal*, que favorecen aquí no a la víctima del delito, como en la anterior, sino la acción de la justicia, que de otro modo se vería frustrada o retardada (Garrido I, 197. Oo., Cury II, 124, quien ve aquí también un caso de "exigibilidad disminuida"). El carácter utilitario de esta atenuante justifica la existencia de que los requisitos impuestos por la ley sean copulativos, no existiendo mayor discusión al respecto (SC Punta Arenas 24.07.1992, GJ 145:108). Sin embargo, si sólo concurre la *espontánea confesión*, siempre será posible apreciar la circunstancia 9ª, caso que sea el único antecedente en contra del culpable.

2. **Elementos.** A) Posibilidad de eludir la acción de la justicia. La ley exige que en el caso concreto, el delincuente haya tenido al menos una *posibilidad cierta* de *fugarse u ocultarse*, no que realmen-

te haya emprendido la fuga y posteriormente se arrepienta de ello. Así, se ha declarado que procede acoger la atenuante si se cometió el delito "en el campo, alejado de otras estancias o centros poblados y en sector de fácil acceso a la República Argentina por cualquier paso no habilitado" y no obstante, el autor se presenta a la justicia (SC Punta Arenas 10.09.1993, GJ 159:140); y también si el condenado se hallaba en el extranjero y vuelve a Chile a presentarse voluntariamente al tribunal (SC Valparaíso 06.06.1988, GJ 97:71). Sin embargo, no debe tratarse de una posibilidad *absoluta*, sino "que bastará una perspectiva razonable en un futuro más o menos cercano" (SC Punta Arenas 24.07.1992, GJ 145:108). Según la SCS 06.12.1989 (GJ 114:719) la prueba de esta *posibilidad* recaerá en la defensa, veredicto que, salvo su sentido práctico, contradice el claro tenor del art. 109 CPP 1906, que obliga al juez a investigar con igual celo lo que perjudica y lo que favorece al encausado, concepto que reitera el art. 3º de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. B) **Denuncia propia ante la autoridad.** Denunciarse a la autoridad no significa realizar una *denuncia formal*, en el sentido del art. 82 CPP 1906 (173 CPP 2000), sino simplemente el acto de *presentarse voluntariamente a la justicia o sus agentes* (SCS 05.12.1983, GJ 42:59, SC Santiago 16.11.1990, GJ 125:64; SC San Miguel 19.06.1992, GJ 144:105). Actualmente, nuestra jurisprudencia concuerda con la doctrina mayoritaria, en el sentido que esta "autodenuncia" no debe ser necesariamente la primera actuación del proceso (Garrido I, 196), "ya que ello en la práctica podría excluir completamente la aplicación de la atenuante" (SC Punta Arenas 24.07.1992, GJ 145:108), entendiéndose que es *oportuna* la que se realiza *antes de decretarse judicialmente en contra del inculcado una citación, orden de detención o cualquier otra medida cautelar* (SCS 06.12.1989, GJ 114:71), agregando alguna jurisprudencia que, aun sin haberse decretado tales medidas, deja de ser oportuna la denuncia del inculcado si ya existían antecedentes en autos en su contra (SSC Santiago 30.09.1994, GJ 171:138, y 16.11.1992, GJ 149:88), o si el inculcado ha sido detenido *in flagranti* (SCS 04.08.1969, RDJ LXVI:183) pero será de todas maneras *oportuna* la denuncia, si ésta se realiza ante la policía, que lo "estaba buscando" por cuanto "había sospechas" en su contra, en tanto los antecedentes que funden esas sospechas emanan sólo de la actividad policial y no del mérito del proceso (SC Santiago 04.04.1983, GJ 35:76). C) **Confesión del delito.** Este requisito supone que en la primera comparecencia judicial el inculcado debe

confesar el delito y, por tanto, una confesión posterior no le beneficia (SC Santiago 30.09.1994, GJ 171:138). Pero no se exige una confesión total del inculcado, admitiéndose la atenuante aun cuando se agreguen circunstancias que eventualmente pudieren justificar o exculpar su acción, en los casos de la llamada *confesión calificada* (SC Pedro Aguirre Cerda 26.04.1989, GJ 106:75).

“9ª Si del proceso no resulta contra el procesado otro antecedente que su espontánea confesión”.

1. Concepto. El fundamento de esta atenuante es exactamente el mismo que en la circunstancia anterior: la cooperación que el delincuente presta a los tribunales, aunque restringida aquí a la determinación del responsable del delito. Como señala Labatut I, 217, la ley “se coloca en el supuesto de que la justicia, aun en conocimiento del delito, ignore quién es el delincuente”, situación procesal que puede remediarse con la sola confesión de éste, lo que no acontece respecto de la prueba de la existencia del delito, que requiere una actividad probatoria independiente por parte del tribunal o del ministerio público (art. 481 CPP 1906, art. 340 CPP 2000). Por lo mismo, no se exige la presentación voluntaria y aun aprovecha a quien la presta encontrándose detenido por orden judicial, lo que la diferenciaría de la circunstancia anterior (Novoa II, 46).

2. Elementos. A) Espontánea confesión. La confesión es espontánea si se rinde libre de apremios en la primera declaración judicial (SCS 07.07.1966, RDJ LXIII:376) y si “en el momento de hacerse no hay contra el reo otro antecedente que dicha confesión” (SCS 12.12.1966, RDJ LXV:288), lo que la excluye si se produce después de un careo o cuando ya existen testimonios en autos contra el inculcado. No obsta a ello el que existan “sospechas” policiales contra el inculcado, si tales sospechas son confirmadas por el inculcado en su confesión (SC San Miguel 11.10.1985, GJ 64:85), o si éste confiesa extrajudicialmente ante la policía y luego se ratifica en el tribunal (SC Santiago 29.12.1986, GJ 79:70). Por **confesión**, ha de entenderse lo mismo que la circunstancia 8ª, esto es, que vale tanto la simple como la *calificada*, cuya división puede llevar al tribunal a la convicción contra el condenado. **B) Inexistencia de otros antecedentes en contra del procesado.** Como destaca toda nuestra doctrina, basándose en la discusión habida en el seno de la CR (Actas, 552), estos “otros antece-

dentes” no necesitan ser medios de prueba plena de la participación del inculcado en el delito, reduciéndose la atenuante “al único caso en que la confesión sea tan espontánea que sin ella no habría medio de hacer cargo al reo” (Novoa II, 45). La confesión, por tanto, ha de ser “el único antecedente en contra del confesante” (SC Santiago 18.03.1981, RDJ LXXVIII:29), pero la presencia de cualquier otro “antecedente” en su contra en el proceso, con independencia de su valor probatorio, excluye la apreciación de la atenuante (SCS 07.10.1966, RDJ LXIII:284), a menos que se trate sólo de las conclusiones del informe policial respectivo (SC San Miguel 11.10.1985, GJ 64:85). En todo caso, el carácter utilitario de esta atenuación se destaca por lo irrelevante que resulta el momento en que los “antecedentes” que obstan a su apreciación surjan en el proceso, los que pueden obtenerse antes o después de la confesión del inculcado. Además, Etcheberry II, 27, agrega, con razón, que no pueden considerarse “antecedentes” contra el reo, aunque obren en el proceso, los que surgen “gracias” a su propia confesión. Cury II, 127 postula practicar una suerte de “supresión mental hipotética” para determinar si los antecedentes posteriores a la confesión deben considerarse o no para excluir la atenuante: “si eliminada la confesión, desaparece también el antecedente en cuestión, éste tiene que ser desestimado en la apreciación de la atenuante”.

“10ª El haber obrado por celo de la justicia”.

1. Concepto y elementos. A) Alcance de la atenuante. Esta circunstancia es original de nuestro Código, siendo agregada en la Se. 122 CR, de 26.03.1873, a instancias de Fabres, con el argumento de que “en muchos casos puede un celo exajerado arrastrar a la ejecución de actos que constituyen delitos, proponiéndose no obstante el hecho el mejor servicio de un puesto público” (Actas, 466). No obstante las limitaciones que se desprenden de este argumento, nuestra doctrina es mayoritaria en orden a sostener que aprovecha tanto al funcionario público como al particular (cfr., por todos, Novoa II, 47), y así lo ha reconocido alguna jurisprudencia (SC Iquique 11.05.1921, G 1921, 1ª scm., Nº 135, 626). Del mismo modo, se entiende que el “celo por la justicia” no se refiere únicamente al “servicio público”, sino a la idea de “lo justo”, cuyo concepto es, sin embargo, discutido: así, mientras Cury II, 118, lo identifica con la virtud de “dar a cada cual lo suyo”; Etcheberry II, 22, lo limita a la

"actitud necesaria o al menos conveniente para que la ley se imponga", en tanto que Garrido I, 190, se limita a sostener que "la voz 'justicia' se ha empleado en sentido amplio, genérico". B) **Motivación del autor: actuar por celo de la justicia.** Al igual que en las circunstancias 3ª y 4ª, la ley pone el acento en el *móvil* del autor y no en el efecto que aquél produciría en éste, por lo que nuestra doctrina dominante es conteste en señalar que no se exige una *alienación anímica* en el agente (cfr., por todos, Echeberry II, 22), aunque se discute la compatibilidad de este móvil con otros menos valiosos éticamente, siendo mayoritaria la doctrina que estima que no concurre la atenuante si el autor obra por motivos "egoístas o mezquinos" (Garrido I, 190. Oo., Cury II, 118, para quien el celo de la justicia es compatible con otros móviles menos valiosos). C) **Casos en que concurre la atenuante.** La jurisprudencia al respecto es escasa, quizás porque, como señala Novoa II, 47, "difícil es concebir [...] que quien obra por celo de la justicia llegue a quebrantar las más importantes normas jurídicas, que son precisamente aquellas que están resguardadas en la sanción penal para el caso de transgresión". Se citan como supuestos de obrar "en celo de la justicia", el del "guardián que dispara y hiere de muerte al aprehendido que huye" (SC Talca 30.11.1916, 2ª sem., Nº 361.1176); el de quien "castiga a un menor, con cuya madre hacía vida marital, por un hurto que cometió" (SC Iquique 11.05.1921, G 1921, 1ª sem., Nº 135, 626); el del "cabo de Carabineros que participó en un delito de abuso de autoridad, si su propósito fue el obtener el esclarecimiento completo del hecho delictivo cuyo esclarecimiento se le había encomendado" (SC Marcial 22.03.1955, RDJ LII:103), y el del guardia que repele un hurto y da muerte al que lo cometió para conseguir su aprehensión (SC Santiago 09.01.1946, RDJ, t. XI, IV, 2ª parte, sec. 2ª, p. 4).

§ 4. De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal

Artículos 12 y 13

CARLOS KÜNSEMÜLLER

COMENTARIO PRELIMINAR AL ART. 12

1. **Historia legislativa.** La CR tomó como base para la redacción de este artículo el número 10 del Código Penal español, reduciéndose, sin embargo, a 19 las 23 circunstancias contenidas en el texto hispánico. Originalmente se contempló como primera circunstancia agravante la de "ser el agraviado ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o afín en los mismos grados del ofensor". Sin embargo, en la Se. Nº 123 (Revisación), la CR acordó suprimir el Nº 1 del artículo 12 y colocarlo después de éste, como párrafo independiente (art. 13), que llevará por rubro "De las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal, según la naturaleza y accidentes del delito".

2. **Generalidades.** La enunciación de las agravantes es *taxativa*, debiendo entenderse complementado el art. 12 del Código, por el artículo 13, que consagra una causal "mixta", susceptible de agravar o atenuar la responsabilidad penal. El sistema de "*numerus clausus*" seguido por los redactores del Código, opuesto a una creación análoga de agravantes, como la prevista en el modelo español, es aprobado, en general, por la doctrina chilena, sin perjuicio que se objeta la enunciación fatigosa, casística, inconexa y repetitiva de 19 circunstancias, enumeradas sin ningún orden ni clasificación. Sin embargo, la doctrina las clasifica habitualmente en circunstancias objetivas o materiales, y subjetivas o personales, según la clasificación que el art. 64 hace para los efectos de su comunicabilidad. En todo caso, cualquiera sea su naturaleza, las circunstancias agravantes deben ser abarcadas por el dolo del agente, en el sentido que debe al menos *conocer* su presencia en el hecho que agravan, exigencia que el art. 64 impone para su comunicabilidad. Pero también las circunstancias *subjetivas*, en cuanto representan *características del autor o relaciones particulares de éste con el ofendido*, deben "conocerse" para aplicarse en contra del imputado, tal como lo establece el art. 1º inc. 3º. También es circunstancia agravante, según la naturaleza y accidentes del delito, la circunstancia *mixta* del parentesco, que a efectos de la clasificación del art. 64 ha de entenderse como *subjetiva*.

3. Derecho comparado. El actual Código Penal español, después de la reforma de 1995, contiene sólo ocho circunstancias agravantes generales en su artículo 10: 1ª. Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido; 2ª. Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente; 3ª. Ejecutar el hecho mediante premeditación, recompensa o promesa; 4ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca; 5ª. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito; 6ª. Obrar con abuso de confianza; 7ª. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable; 8ª. Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo. En el Código Penal alemán no se contiene ningún catálogo cerrado de circunstancias agravatorias de la responsabilidad penal, como tampoco de minorantes. El párrafo 46 sobre "Fundamentos de la medición de la pena" dispone 1) que la culpabilidad del autor es la base para la medición de la pena, y que las consecuencias que de la pena sean esperables para la vida futura del condenado deben ser consideradas; y 2) que en la medición de la pena el tribunal pondera las circunstancias que concurren a favor y en contra del autor. A continuación señala el precepto seis factores que en particular deben ser considerados, como p. ej., los móviles y fines del autor, el modo de ejecución y las repercusiones culpables de la acción, el comportamiento posterior al hecho. El Código Penal francés, que entró en vigencia en 1994, llama la atención por la amplísima discrecionalidad judicial para imponer la pena. Como regla general, el legislador sólo establece el rango máximo de la pena, sin que existan catálogos de modificatorias genéricas. En el ámbito latinoamericano, el Código Penal de Bolivia (1997) dispone en su artículo 37 -FIJACION DE LA PENA- que "Compete al juez, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito: 1) Tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso; y 2) Determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales". El artículo 38 -CIRCUNSTANCIAS- señala los factores que el juez debe tomar principalmente en cuenta para apreciar la personalidad del autor y la gravedad del hecho. Como puede apreciarse, no hay en este cuerpo legal una nómina exhaustiva y cerrada de circunstancias, sino

que, siguiendo la tendencia más moderna, se otorgan amplias facultades al tribunal para la individualización de la pena, señalándole solamente parámetros o lineamientos generales orientadores.

4. Política criminal. Actualmente no se encuentra en trámite legislativo, hasta donde se tiene conocimiento, ninguna reforma sistemática que en el plazo inmediato se refiera a la materia tratada en el artículo 12 del Código Penal. Es opinión dominante en nuestra doctrina la de que el tratamiento otorgado por el Código Penal a las circunstancias agravantes es uno de los aspectos débiles del texto, estimándose, de *lege ferenda*, que es urgente, más que introducir una revisión profunda del catálogo de agravantes, abordar una reforma integral del sistema penal.

5. Bibliografía. Mario Verdugo Marinkovic: *Código Penal. Concordancias, antecedentes históricos, doctrina, jurisprudencia*, t. I, Santiago, 1986; Jorge Mera Figueroa: *Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*, Santiago, 1998; Juan Bustos Ramírez: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1989; Carlos Künsemüller L.: *La circunstancia agravante de reincidencia*, en Gaceta Jurídica N° 212.

Art. 12. "Son circunstancias agravantes:

1ª Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro".

1. Historia. Tomada del texto español, que consideraba agravante "Ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro". Sin embargo, en la sesión N° 122 de la CR, se restringió la alevosía a los delitos contra las personas.

2. Naturaleza. Es una circunstancia *subjetiva*.

3. Concepto. En opinión de Fuensalida I, 79, se obra a traición cuando se comete un delito por la espalda del ofendido a la vuelta de la esquina. Se actúa sobre seguro, parapetándose y, en general, siempre que se empleen medios que impiden la defensa o que se ofenda a personas que no pueden usar de este derecho.

4. Elementos. A) A traición: Siguiendo a Carrara, consiste en el ocultamiento moral, esto es, de las intenciones o propósitos, "cuando el enemigo ha escondido su ánimo hostil, simulando amistad o

disimulando su enemistad". El actuar a traición involucra tanto la simulación, esto es, el engañar al sujeto pasivo, al aparentar una situación diversa a la real, ocultando el propósito delictivo, cuanto la disimulación, esto es, utilizar maña, cautela o argucia para ocultar o distraer la real voluntad delictiva. Nuestra jurisprudencia recoge estos conceptos al señalar que "para que exista traición es necesario que el agente proceda con engaño, quebrantando la lealtad o fidelidad que se debe a la persona de la víctima" (SCS 30.06.52, RDJ, t. 49, 2ª parte, sec. 4ª, p. 178) y que hay alevosía cuando se obra a traición, esto es, en forma solapada o encubierta (SCS 06.04.76, RDJ, t. 73, 2ª parte, sec. 4ª, p. 133). **B) Sobre seguridad.** Es el aprovechamiento de circunstancias materiales favorables buscadas de propósito por el hechor con el fin de asegurar el éxito de la acción delictiva y neutralizar los posibles riesgos que pudieran emanar de una probable defensa de la víctima. Significa ocultamiento del cuerpo del hechor, o de los medios ejecutivos, con el fin de provocar la indefensión de la víctima y la ventaja o seguridad del hechor. Según nuestra jurisprudencia, "se acúa sobre seguro, esto es, libre de daño o riesgo, sin proporcionar a la víctima la oportunidad de que se defendiera o rechazara la agresión" (SCS 30.05.52, RDJ, t. 49, 2ª parte, sec. 4ª, p. 178) o "aprovechándose de situaciones o de artificios que permitan cometer el delito sin temer al fracaso y sin riesgos para el agresor, que es lo que constituye obrar con seguridad" (SCS 06.04.76, RDJ, t. 73, 2ª parte, sec. 4ª, p. 133). **C) Añimo alevoso.** Hay acuerdo en doctrina y jurisprudencia en el sentido que tanto en la actuación traicionera como en el proceder sobre seguro, no basta con el elemento material u objetivo de la indefensión de la víctima, sino que es imprescindible que el hechor haya buscado de propósito esa situación favorable para cometer específicamente el delito en ese contexto. La agravante no se configura con el hecho de que objetivamente se den las circunstancias favorables que le son inherentes; requiere además que el sujeto actúe con un especial ánimo, "ánimo alevoso", elemento subjetivo que implica el buscar o procurar ex profeso circunstancias especialmente favorables y no simplemente servirse o aprovecharse de ellas cuando están dadas. Así lo ha resuelto también nuestra jurisprudencia al señalar que "el simple azar de circunstancias favorables no es motivo suficiente para estimar que un homicidio ha sido cometido con alevosía. En efecto, las condiciones de aseguramiento deben haber sido especialmente buscadas o procuradas por el hechor, lo que revela la

existencia del ánimo alevoso, que es un elemento subjetivo, como se deduce del Código español y del nuestro" (SCS 09.11.70, RDJ, t. 67, 2ª parte, sec. 4ª, p. 462); y que el solo hecho de que la víctima haya sido ciega, no es suficiente para suponer, necesariamente, que hubo alevosía (RDJ, 1967, t. LIV, 2ª parte, sec. 4ª, p. 20; en igual sentido, Fallos del Mes N° 144, sentencia 4ª, p. 298). Además, la SCS, en fallo de 26 de septiembre, 1990, establece que la sola demostración de maldad o perversidad que tiene lugar en un delito contra las personas no origina la agravante de alevosía contemplada en el N° 1 del artículo 12 del Código Penal o la causal 1ª del artículo 391 del mismo Código. La alevosía tiene lugar cuando se obra a traición o sobre seguro y la mera existencia de indefensión de la víctima, preexistente o concomitante con el delito, no la constituye necesariamente. La indefensión o desvalimiento de la víctima deben haber sido buscados de propósito por el delincuente y aprovechados para ejecutar su acción dolosa. Así, según nuestra jurisprudencia, incurre en error de derecho la sentencia que estima concurrente la agravante aludida, basada en la edad de la víctima, tres años y meses de edad, que fallciera como consecuencia de las lesiones que le causara su padre legítimo; y que castiga a éste con una pena corporal de presidio perpetuo, atendida su calidad de autor de patricidio (RDJ, t. LXXXVII, 1990, 2ª parte, sec. 4ª, p. 121).

Art. 12. "2ª Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa".

1. **Historia.** Del texto español, que disponía agravar la pena si el delito se ejecutaba "mediando precio, recompensa o promesa", sólo se alteró el adverbio "mediando" por "mediante". En el tipo de homicidio calificado -art. 391, circunstancia 2ª- se contempla el matar a otro "por premio o promesa remuneratoria".

2. **Naturaleza.** Es una circunstancia material u objetiva por lo que afecta a los dos intervinientes en el pacto criminal, esto es, agrava la responsabilidad tanto del que paga el precio u ofrece la recompensa posterior, como del que lo recibe o confía recibirla y ejecuta el hecho; puesto que es una circunstancia objetiva, consiste en un medio de perpetrar la acción que perjudica por igual a quien remunera y a quien es remunerado. Se comunica a los demás in-

tervinientes si han tenido noticia de su pago u ofrecimiento (artículo 64 del Código Penal).

3. Concepto. Para Fuensalida I, 97, "El hombre que comete un delito por precio, recompensa o promesa agrava la pena que merece la premeditación que estos hechos, como la alevosía, presuponan; pues se hace instrumento de otra voluntad corrompida i facilita la comisión de delitos que el instigador no se atreve a cometer".

4. Elementos. A) Acuerdo previo. Supone la intervención de al menos dos personas, una de las cuales será el inductor o mandante y la otra el autor material o mandatario. Entre ambos debe mediar un acuerdo, pacto o convenio, relativo al precio o recompensa. No concurre esta agravante si el autor comete el delito en la creencia, suposición o esperanza de que su obrar será recompensado porque agrada o beneficiará a alguien, esto es, sin previo acuerdo o convenio. Del mismo modo, no concurre si a posteriori del hecho delictivo, alguien remunera espontáneamente al ejecutor, cuyo servicio no fue retribuido por un precio o retribución convenidos expresamente. **B) Carácter del premio o promesa.** Es opinión dominante la de que en esta agravante *caben las mercedes o premios de cualquiera índole*—honorífica o sentimental—y no sólo de carácter pecuniario, atendido que en esta parte el legislador habla de "precio, recompensa o promesa", sin agregar el calificativo "*remuneratoria*", utilizado en el artículo 391, N° 2 del texto legal, que restringe la calificante, según opinión dominante, a las solas recompensas susceptibles de evaluación pecuniaria. El **incumplimiento de lo prometido** no excluye la concurrencia de la agravante, siempre que el ejecutor lleve a cabo el delito por el interés lucrativo. Sin embargo, en algunos casos, según nuestra jurisprudencia, "no agrava la responsabilidad de algunos reos la circunstancia de que se les haya ofrecido remuneración—que a la postre no se les pagó—, porque en todo caso no fue éste el único móvil que los llevó a la comisión de los delitos" (Corte de Santiago, 29.11.69, RDJ, t. 67, 2ª parte, sec. 4ª, p. 60).

Art. 12. "3ª Ejecutar el delito por medio de inundación, incendio, veneno u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas".

1. Historia. Al texto español que consideraba agravante del delito "ejecutarlo por medio de inundación, incendio o veneno", la CR agregó la expresión genérica "u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas".

2. Naturaleza. Esta circunstancia es considerada, en general, como de índole objetiva, por lo que se comunica a los intervinientes en el delito que tienen el conocimiento requerido por el artículo 64.

3. Concepto. La razón de ser de la agravante reside en el peligro común para la seguridad general que proyecta el empleo de medios "catastróficos". En el evento de ocasionarse incendio o estragos constitutivos de delitos, opera el artículo 63 del Código y queda excluida la agravante. Se diferencia de la agravante contemplada en el N° 10, por cuanto en este último precepto se requiere que el delito se cometa con ocasión de incendio, naufragio o cualquiera otra desgracia similar, no siendo requisito que el hecho provoque dichas catástrofes; en cambio, en la del N° 3, debe provocar la calamidad como medio ejecutivo del delito.

4. Elementos. A) Inundación: es la invasión del agua en grandes proporciones. **B) Incendio:** es la destrucción de cosas por un fuego incontrolable o ingobernable (delito autónomo, arts. 474 y ss.). **C) Veneno:** es la utilización de una sustancia que en el caso concreto y suministrada en cantidad escasa, actúa como idónea para ocasionar la muerte o grave daño a la salud de una persona. En el homicidio calificado está tipificado el veneno como calificante por el medio insidioso o traicionero (art. 391 N° 3). Aquí en la agravante general se le otorga en doctrina un significado más amplio, no atado exclusivamente al carácter de "medio insidioso", en atención a que el legislador lo situó conjuntamente con elementos como la inundación y el incendio, medios estos eminentemente catastróficos, de gran poder lesivo, incompatibles con un empleo traicionero u oculto. **D) Numeración no taxativa.** La CR introdujo una cláusula analógica "u otro artificio...", de modo que la enumeración de medios es ejemplar y no cerrada.

Art. 12. "4ª Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución".

1. **Historia.** El texto es idéntico al del modelo español, que agravaba la pena al que aumentaba "deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución".

2. **Naturaleza.** Se trata de una circunstancia *subjetiva*.

3. **Concepto.** El **ensañamiento**, como circunstancia agravante, debe distinguirse de la circunstancia calificante del homicidio, art. 391 N° 4, "Aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido". La agravante es genérica, rige para todos los delitos y se caracteriza por la producción de "otros males innecesarios" para la realización del delito, lo que es más amplio que el incremento del específico sufrimiento del ofendido por la acción homicida. Aquí se trata de males correspondientes a la índole del delito cometido, pero que exceden en cuantía o intensidad a los necesarios para consumar el delito o lograr la finalidad perseguida por el sujeto. En palabras de la jurisprudencia nacional, "para que exista ensañamiento es necesario que se unan en el hecho la voluntad o intención de hacer sufrir a la víctima en forma inhumana y que dicho mal o sufrimiento sea innecesario a la consecución del fin que se persigue" (Corte de Concepción, 02.08.51, RDJ, t. 48, sec. 4ª, p. 155); así "obra con ensañamiento el reo que da puñaladas a la víctima cuando ya se encuentra en el suelo, gravemente herida, algunas de las cuales son por la espalda" (SCS 29.05.35, G 1935, 1ª sem. N° 61, p. 280).

4. **Elementos.** **Aumento deliberado del daño.** El exceso o aumento del daño ha de ser "deliberado", lo que significa meditado, reflexivo, tranquilamente decidido. Discrepan Cury II, 164, y Politoff/Bustos/Crisolia, 172, para quienes tal requisito sería propio de la calificante del homicidio, más no de la agravante.

Art. 12. "5ª En los delitos contra las personas, obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz".

1. **Historia.** Aunque el texto español otorgaba un amplio alcance a esta circunstancia, la CR lo redujo anteponiendo al texto original la frase "en los delitos contra las personas".

2. **Naturaleza.** Mientras la **premeditación conocida** se trata de una circunstancia personal o subjetiva, *no comunicable*, según el art. 64, **el empleo de astucia, fraude o disfraz** se considera una circunstancia objetiva o material y, por lo tanto, *comunicable* de acuerdo al inciso segundo del artículo 64 del C. Penal.

3. **Concepto.** Como señala Fuenzalida I, 101, no fue propio comprender en un mismo número circunstancias agravantes de distinta entidad, como es la simple premeditación y la agravada por la astucia, el fraude o el disfraz. La doctrina contemporánea es consistente en que la premeditación no tiene una relación fácil de establecer con el empleo de "astucia, fraude o disfraz", siendo cuestionable la contemplación conjunta de todas. La **premeditación** y el carácter de "conocida" de ella son los supuestos de la circunstancia agravante, caracterizándose el primero de ellos (la premeditación) por una permanente controversia a lo largo del desarrollo del derecho penal. Está limitada a los delitos contra las personas, no obstante lo cual algunos estiman su procedencia en delitos complejos, en que conjuntamente se atenta contra una persona y otro bien jurídico distinto, por ejemplo, robo con violencia o intimidación. Acerca de la *naturaleza de la premeditación* se han desarrollado tres criterios principales en la evolución doctrinaria: a) el *cronológico*, que basa la premeditación en el transcurso de un cierto lapso entre la resolución de cometer el delito y su ejecución misma; b) el *psicológico* o del ánimo, radica la existencia de la premeditación en la adopción de la decisión criminal con total finalidad y tranquilidad (ánimo frío y tranquilo); y c) el *ideológico*, que requiere de una deliberación reflexiva ("Überlegung"), a partir de la decisión delictiva ya tomada y hasta su ejecución. La combinación adecuada de los criterios cronológico y psicológico puede determinar la naturaleza de esta agravante, que se configura por la reflexión de la decisión adoptada de perpetrar el delito realizada con ánimo frío y tranquilo (Eitcheberry).

4. **Premeditación conocida.** **Elementos.** A) **Premeditación.** La premeditación requiere los siguientes elementos, de acuerdo a la elaboración de nuestra doctrina: i) una *reflexión previa* aun a la adopción de la resolución, en el curso de la cual el sujeto pondera las ventajas e inconvenientes que el delito presenta; ii) la *persistencia firme de una resolución* ya adoptada y sobre la cual no existen vacilaciones; y iii) un *lapso de tiempo* indeterminado, pero suficien-

te para llevar a cabo la reflexión previa y evidenciar la inexistencia de contramotivos. La decisión acerca del transcurso del plazo, que no puede fijarse, debe tomarse considerando las circunstancias particulares de cada caso (Cury). Así lo ha resuelto también nuestra jurisprudencia, para la cual "la premeditación conocida, además de la preparación inherente a la perpetración de todos los delitos, implica gestación cuidadosa y calculada, casi siempre más o menos larga, en que es ostensible el proceso de elaboración que conduce al acto en proyecto" (SCS 08.07.1955, RDJ, t. L, 2ª parte, sec. 4ª, p. 89), o dicho en otros términos: "en la premeditación existen dos etapas, una en la que el agente decide y otra en la que proyecta. En la primera, el sujeto reflexiona, medita y piensa y decide cometer un delito, y en la segunda imagina la forma como ha de cometer el hecho punible decidido, o se traza un plan de acción para realizar su designio criminal" (SCS 06.01.1973, FM N° 170, p. 49). Por estas razones se ha resuelto que "la inducción no lleva implícita la premeditación, porque objetivamente la inducción es la voluntad de cometer un delito por intermedio del autor material, pero esa decisión no puede significar la materialización de un plan o proyecto acerca de la forma de ejecutar un delito que el inducido acepta realizar, porque el instigador no ejecuta materialmente el delito. Puede que concurra la premeditación, pero ella no es inherente a la inducción" (SCS 06.01.1973, FM N° 170, p. 349); y del mismo modo, que **no basta el simple concierto en la ejecución de un delito para demostrar que se cometi6 con premeditación** (SCA Talca, 10.04.1923, G 1923, 1ª scm. N° 121, p. 634). En cambio, **hay premeditación** si el autor "realizó un planeamiento o pensó reflexivamente el hecho antes de ejecutarlo, según así se desprende de la circunstancia que haya portado arma de fuego, debidamente acondicionada para disimular su transporte y de haber llevado consigo otros elementos necesarios para perpetrar la sustracción violenta de un vehículo" (SCA Talca, 22.01.1982, GJ N° 36, p. 105). **B) Conocida.** La expresión "conocida" significa que no puede presumirse la premeditación por el solo empleo de ciertos medios ejecutivos o el transcurso de cierto lapso entre el momento de la ideación del delito y el de su perpetración. Es preciso que en el proceso se encuentren acreditados hechos o actos que traduzcan la reflexión preliminar y la efectiva persistencia de la decisión o, como señala la SCS, "la exigencia de que sea conocida la premeditación, hace necesario que existan antecedentes bastantes que la justifiquen y no meras sospechas de

que se ha producido" (SCS 30.06.1952, RDJ, t. XLIX, 2ª parte, sec. 4ª, p. 178). También tiene significación en el ámbito procesal el requisito de "conocida", puesto que como es una circunstancia que integra el hecho punible o cuerpo del delito, no puede establecerse con la sola confesión del sujeto.

5. Política criminal: Ya Pacheco I, 224-225, objetó la premeditación como circunstancia agravante, señalando que bajo ella caen varias otras de las causales agravatorias: "premeditación hay de ordinario en la alevosía, premeditación en el delito pagado, premeditación en el caso de veneno, premeditación en el de disfraz, premeditación en muchos otros que no decimos...". Abogaba el comentarista por el establecimiento de un "plazo prudencial", de otro modo, "premeditación hay siempre, porque siempre se piensa lo que se va a hacer antes de ejecutarlo. Caeríamos por consiguiente en esta consecuencia: que a excepción de los actos de arrebató instantáneo, siempre tendríamos la premeditación en todo crimen. Ahora bien: no puede suponerse que sea tal la voluntad, que sea tal la inteligencia de la ley, cuando señala por circunstancia agravante la premeditación". Modernamente se propone su eliminación del catálogo de agravantes y su reemplazo por los móviles o motivos especialmente "abyectos", "fútiles" o "despreciables".

6. Astucia, fraude o disfraz. A) Concepto. La doctrina objeta la reunión en un solo numeral del artículo 12 de estas circunstancias con la premeditación, desconociéndose las razones que la CR tuvo para ello. Estas tres circunstancias están circunscritas, al igual que la premeditación conocida, a los delitos contra las personas, lo que resulta injustificado, ya que no son comprensibles los motivos por los cuales el empleo de un disfraz agrava la responsabilidad penal de quien comete un delito de homicidio o de mutilación y no del que comete una violación, un estupro o un robo con escalamiento. Sin embargo, alguna jurisprudencia ha hecho extensiva esta agravante a delitos que afectan la libertad o integridad personal no comprendidos en el T. VIII del L. II, y así ha resuelto que "encontrándose acreditado que los reos procedieron a cubrirse el rostro con toallas, con el objeto de no ser reconocidos por la ofendida y su acompañante, al momento de ejecutar el delito calificado de robo con violación, concurre respecto de ellos la agravante de responsabilidad penal prevista en el N° 5 del artículo 12 del cuerpo legal citado, esto es, el obrar con disfraz, a objeto de

disimular la forma natural de sus personas para no ser reconocidos, dado el grado de parentesco de uno de los hechos" (SCA Santiago, 03.03.1985, GJ N° 59, p. 101). En caso de presentarse en delitos contra las personas, se identificaría, por lo general, con la **alevosía**, y prevalecería ésta, ya que normalmente tendría como finalidad disfrazar las intenciones del hechor o asegurar su impunidad. **B) Astucia** es la habilidad o artificio empleado para ocultar o disimular la actividad dirigida al delito, engañando a la víctima. **C) Fraude** es el artificio o ardid utilizado para inducir a error al sujeto pasivo. **D) Disfraz** es una especial clase de engaño, consiste en el empleo de todo medio que altere o disimule la propia identidad del hechor mediante apariencias físicas falsas que eviten su reconocimiento.

Art. 12. "6° Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo, de sus fuerzas o de las armas, en terminos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa".

1. Historia. La CR, al reemplazar el texto español que agravaba el delito por el hecho de "abusar de superioridad, o emplear medio que debilita la defensa", redujo su alcance, limitándolo sólo al abuso de los medios que en este numeral se indican: superioridad del sexo, de la fuerza o de las armas, y sólo al caso en que tal abuso se produzca "en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa".

2. Naturaleza. Se trata de una circunstancia objetiva, comunicable de acuerdo al inciso 2° del art. 64.

3. Concepto. En opinión de Fuenzalida I, 102, si un delito se dirige en contra de personas que no pueden defenderse o si se usan medios para impedir que el agredido se defienda con probabilidades de buen éxito, la ley debe ser más severa. No obstante, señala que no siempre el que abusa de la fuerza, del sexo o las armas, incurre en la agravante, porque hay muchos delitos que no pueden cometerse sin estos abusos. Las violaciones no se conciben sin abusar del sexo y de la fuerza; el abandono de niños y de personas desvalidas sin el abuso de esta última circunstancia; y el delito que pena el art. 107 sin el uso de las armas. En estos casos, recuerda el

comentarista, "como sabemos, rige la regla del art. 63" (en el mismo sentido, SCA Santiago 29.03.1990, RDJ, t. LXXXVII, 2° parte, sec. 4°, p. 18 que declaró "improcedente esta agravante en el delito de violación, por cuanto la superioridad de sexo y fuerza le son inherentes"). Además, es opinión dominante la de que no tiene justificación esta circunstancia agravante, ya que si el sujeto activo ha elaborado una situación de mayor fuerza en su favor, concurrirá la **alevosía**; si buscó aumentar el mal propio del delito, se estará ante un **ensañamiento**; si se dan naturalmente las circunstancias de superioridad de fuerza o de armas del hechor, no habrá motivo para calificar tal situación como agravante. En otros casos, considerando la agravante "vulneraría directamente el ampliamente reconocido principio **non bis in idem**", como sucedería cuando ella es "inherente al delito, como ocurre en el delito de violación respecto de las diferencias de sexo o en el robo con violencia o intimidación en las personas en relación a las armas utilizadas" (SCS 13.08.1997, GJ N° 206, p. 102). Además, como señala el fallo recién citado, "no se le puede exigir a un delincuente otorgar a sus víctimas una especie de 'igualdad de posibilidades', ya que el acto delictivo supone el dominio y la imposición respecto a la voluntad de la víctima mediante la superioridad que se exhibe ante ella". Sin embargo, ese mismo fallo considera que la agravante debe tener un **ámbito de aplicación** eficiente en el campo del derecho criminal, y agrega: "en ese entendido, el abusar de fuerzas *proprias debe considerarse referido a la circunstancia de que un delincuente, teniendo ya controlada la situación o habiendo efectivamente dominado a su víctima, sigue ejerciendo sobre ella una violencia física o manteniendo un grado de agresión adicional y que, por lo mismo, no busca dominarla ni mantener el control. Gráficamente, puede ocurrir que la víctima de un robo violento haya sido reducida y completamente atada; en tal evento, los golpes que se le propinen ya no pueden considerarse inherentes al delito mismo, por cuanto no se relacionan con el fin de dominar o controlar una situación que ya lo estaba. Si la violencia sobrepasa la finalidad de imponerse sobre otro y vencerlo, o de dominar y controlar a la víctima, convirtiéndose en una violencia explicada por sí misma y ejercida sobre un vencido que como tal es un indefenso, puede sostenerse sin duda que la conducta importa un abuso de ella, en tanto la violencia se emplea fuera de los fines propios de una conducta delictiva y al margen de lo que puede considerarse inherente a ella" (SCS 13.08.1997, GJ N° 206, p. 102).*

4. Elementos. El concepto "abuso" resulta muy impreciso, ya que en la práctica resultará difícil distinguir entre un "uso" y un "abuso", pues "no puede entenderse la agravante como el mero empleo de armas o fuerzas superiores, o como el simple hecho de pertenecer al sexo masculino, tradicionalmente dotado de mayor fortaleza física que el femenino". El que provocado por un sujeto pequeño, lo golpea con los puños y lo hierne gravemente, dada su mayor corpulencia, ¿ha usado de sus fuerzas o ha abusado de ellas? Según nuestra jurisprudencia, para que se configure esta agravante, es necesario que el abuso de superioridad de la fuerza haya sido buscado a propósito en la comisión del delito (CA Talca, 04.08.1961, RDJ, LVIII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 214), por lo que "no es la simple superioridad del arma empleada por el hechor sobre el ofendido lo que la ley sanciona como motivo de agravación, sino el abuso de ella, lo que implica, naturalmente, una determinada intención del agente, que conscientemente se sitúa en posición de aprovechar esa ventaja en su propósito criminal; de donde se deduce que *esa causal no puede operar si la intención y acción homicidas se hicieron presentes en el mismo momento en que los hechos dieron lugar al crimen*. La situación de ventaja no fue pensada ni buscada, sino que surgió accidentalmente junto al medio que el culpable utilizó para cometer su delito, que de otro modo no habría podido realizarse (CA Temuco, 12.03.1964, RDJ, 61, 2ª parte, sec. 4ª, p. 12).

Art. 12. "7ª Cometer el delito con abuso de confianza".

- 1. Historia.** La CR sólo modificó gramaticalmente el texto original español que consideraba circunstancia agravante el hecho de "abusar de confianza".
- 2. Naturaleza.** Es una circunstancia personal o subjetiva, incommunicable, según el inciso primero del art. 64.
- 3. Concepto.** La circunstancia agravante concurre cuando se abusa de la confianza, de la existencia de un vínculo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito, en virtud del cual el segundo ha depositado una fe especial en el primero. En términos jurisprudenciales, "consiste en faltar a aquellas normas obligadas de lealtad con que el ofensor debe corresponder a la confianza de-

positada en él por el ofendido, prevaleándose precisamente de esa seguridad para cometer el delito" (SCS 28.07.1953, RDJ, 48, 2ª parte, sec. 4ª, p. 108). En aquellos tipos penales en que el abuso de confianza es un elemento descrito como constitutivo -art. 470 N° 1 C. Penal- el abuso no actúa como agravante, atendida la prohibición del art. 63 del C. Penal. Así lo ha resuelto nuestra jurisprudencia al fallar que no produce el efecto de aumentar la pena esta circunstancia si "el elemento confianza que se supone depositó el Estado en la persona del reo al designarlo para que ocupara el cargo de Tesorero Comunal, es un elemento inherente a la función pública misma, por su naturaleza, pues de otra manera no habría sido nombrado, de tal forma que no puede cometerse delito de malversación de caudales públicos sin faltar a esa confianza" (SCS 21.09.1963, RDJ, 60, 2ª parte, sec. 4ª, p. 419); y "que, si bien el reo a la fecha de comisión del delito era apropiación indebida en perjuicio de la parte querelante era empleado de confianza de la misma empresa, tal hecho no constituye la agravante de responsabilidad criminal del N° 7 del art. 12 del C. Penal, cometer el delito con abuso de confianza, pues el carácter de empleado de confianza es inherente a la comisión del delito en estudio" (SCA Santiago, 02.12.1983, GJ N° 43, p. 93).

4. Elementos. A) Abusar. Por "abusar" se entiende el aprovechamiento indebido de la confianza que hace el individuo en que aquella se ha depositado y que le permite realizar el delito. Así, "la responsabilidad de los reos -autores de robo de especies en una bodega rodante de un tren- se encuentra agravada con la circunstancia del N° 7 del art. 12 del C. Penal, si resulta de la causa que ellos iban a cargo de dichas especies, como dependientes de la víctima" (SCS 13.10.59, RDJ, 55, 2ª parte, sec. 4ª, p. 236). El abuso debe actuar para el fin de ejecutar el delito, de manera que si se abusa con posterioridad a la ejecución del hecho, para facilitar la huida o asegurar mejor la impunidad, no concurre la agravante. **B) De confianza.** La confianza puede estar depositada en el autor del delito por otra persona distinta del sujeto pasivo, que esté vinculada en alguna forma con él, p. ej., un familiar, un dependiente.

Art. 12. "8ª Prevalerse del carácter público que tenga el culpable".

1. **Historia.** El texto es idéntico al del modelo español de 1848.
2. **Naturaleza.** Es una circunstancia personal o subjetiva, que se rige por el art. 64, inciso primero, en cuanto a su incommunicabilidad.
3. **Concepto.** Consiste en aprovechar el sujeto activo su carácter de funcionario público para cometer el delito o ejecutarlo en condiciones más favorables, o para procurar la impunidad. Esta circunstancia agravante incrementa la reprochabilidad de la conducta ilícita, afectando al elemento culpabilidad del delito. Pero si el tipo penal respectivo exige la calidad de empleado público en su descripción, esa calidad no actúa como agravante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 63 del C. Penal.
4. **Elementos.** El autor debe "prevalerse" de su carácter público, esto es, servirse para sus propósitos de la calidad que inviste, sea que logre o no el objetivo perseguido, emplear como medio el influjo especial que le da el carácter de que está investido para otros fines. Debe tener un "*animus*" de aprovechamiento al cometer la acción respectiva.

Art. 12. "9ª Emplear medios o hacer que concurran circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho".

1. **Historia.** Del texto original del CEsp se sustituyeron los vocablos "concurrir circunstancias" por "hacer que concurran". Según Fuensalida I, 104, esta sustitución se hizo en la Se. de la CR de 31 de marzo de 1873, para que al delincuente puede imputarse sólo el hecho realizado por él, mientras que en el texto español, la concurrencia de circunstancias no siempre dependía de la voluntad del hecho ni sería un motivo justo de agravación.
2. **Naturaleza.** Se trata de una causal objetiva o material, por lo que su comunicabilidad se rige por el inciso segundo del art. 64.
3. **Concepto.** Para Fuensalida I, 104, está justificada esta circunstancia agravante —conocida como "el ensañamiento moral", por

estimarse que su fundamento es semejante al del **ensañamiento**— desde que está fuera de duda que las circunstancias de emplear medios o de hacer concurrir hechos que producen ignominia, además de los efectos propios del delito, llevan consigo una culpabilidad especial que debe penarse especialmente. No puede esta agravante —atendidas sus características— concurrir en delitos atentatorios al honor de las personas (injurias, calumnias).

4. **Elementos.** **Ignominia** es la afrenta, la ofensa que daña el honor o los sentimientos de decoro de las personas. Es indiferente que la ignominia deba sufrirla la propia víctima del delito o un tercero. Así, en el ejemplo clásico del marido forzado a contemplar la violación de su mujer, la ignominia no recae sobre el titular del bien jurídico lesionado, la libertad sexual, pues la mujer puede incluso no tomar conocimiento de la humillación infligida a su pareja. La ignominia ha de ser algo innecesario, superfluo para la consumación del hecho delictivo cuya realización es pretendida; en otras palabras, un "mal suplementario", nuevo, distinto del propio del delito en cuestión.

Art. 12. "10ª Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia".

1. **Historia.** La CR agregó al texto español original las palabras "sedición", "tumulto" o "conmoción popular", extendiendo el sentido original a calamidades o desgracias provocadas no sólo por la naturaleza, sino también por la actividad humana.
2. **Naturaleza.** Es una circunstancia objetiva, su comunicabilidad se rige por el inciso segundo del art. 64.
3. **Concepto.** Según Fuensalida I, 105s, "el criminal que se aprovecha de esos momentos de angustias i confusiones de la sociedad o de la familia producidos por alguna calamidad o desgracia no es un delincuente común, ni la lei ha podido imponer sus penas jenerales considerando estas circunstancias. Este número castiga, pues, una culpa bien especial que lo justifica". Esta agravante se asemeja a la del N° 3 del art. 12, por cuanto en ambas hipótesis se alude a medios catastróficos, radicando la diferencia en que en el caso del N° 10 tales medios constituyen "**la ocasión**" para cometer

el delito, en tanto que en el caso del N° 3 representan "el medio de ejecución". Meramente enunciativa es la enumeración que hace el precepto de los medios, así lo evidencia su frase final: "u otra calamidad o desgracia". En todo caso, estas situaciones deberán revestir el carácter de "catastróficas", puesto que el enunciado así lo traduce. En tal virtud, no podría extenderse el alcance de la agravante a "desgracias privadas", sino restringirse únicamente a acontecimientos de carácter público, en cuanto afecten a una pluralidad de sujetos indeterminados, a "desgracias generales" (Oo., Cury II, 169, quien sostiene que comprende también calamidades privadas). La *ratio* de esta agravante es que el delincuente tiene mayor facilidad para llevar a cabo su propósito en el contexto de las circunstancias señaladas y en la mayor odiosidad que inspira el que se aprovecha de la desgracia pública para cometer su delito.

4. Elementos. La calamidad o desgracia puede provenir de fenómenos naturales, de la acción de terceros o del propio agente, conocidos por éste y siempre que no hayan sido provocados como medios ejecutivos para el delito, porque en tal caso operaría la agravante del N° 3.

Art. 12. "11ª Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad".

1. Historia. El texto es idéntico al del modelo español, con la sola diferencia de la anteposición de la partícula "el" antes de la voz "auxilio".

2. Naturaleza. Es una circunstancia de índole objetiva, su comunicabilidad queda regida por el inciso segundo del art. 64.

3. Concepto. El empleo de fuerza armada o de personas que aseguren la impunidad es un signo inequívoco de premeditación. Además, los que emplean estos medios hacen ineficaz el derecho de la defensa personal y más difícil la acción de la justicia (cfr. Fuenzalida J, 106). Esta agravante resulta, a veces, claramente *superflua*, desde que evidencia una relación muy estrecha con la **alevosía** y la **premeditación**. En otros casos, el auxilio de gente armada o de personas que aseguren la impunidad significará un **abuso de la superioridad** de las fuerzas o las armas, prefiriendo entonces la agravante del

N° 6. No puede operar como esta agravante y constituir alguna de las otras nombradas. Así lo ha resuelto también la jurisprudencia, al sostener que esta agravante "supone en los delincuentes cierta premeditación o propósito preconcebido de cometer el delito; de manera que *si tal premeditación no concurre*, no es dable la agravación de la pena por esta causal" (SCS 03.05.1956, RDJ, 53, 2ª parte, sec. 4ª, p. 38). La circunstancia comprende dos alternativas, cada una de las cuales produce el mismo efecto agravatorio: ejecutar el delito con auxilio de gente armada y ejecutarlo con auxilio de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

4. Elementos. A) **Auxilio de gente armada.** Por "auxilio" debe entenderse cualquiera clase de ayuda o colaboración referida a la ejecución misma del delito. Puede consistir incluso en la sola presencia material, siempre que se evidencien claramente las armas, ya que ello refuerza la labor misma de ejecución del delito por el autor principal. El auxilio otorgado debe ser —para algunos autores— el producto de un concierto previo, lo que se desprendería de la naturaleza de la agravante: una cooperación no acordada previamente, puramente circunstancial, no traduce el ánimo de aseguramiento o impunidad por parte del agente. En opinión de otros comentaristas, no es necesario el acuerdo previo, que pertenece a la coautoría, art. 15 N° 3. En cuanto al número de auxiliadores —gente armada— la doctrina está dividida: para algunos, debe tratarse de una pluralidad de personas ("gente"), para otros, basta un solo auxiliador. La noción de arma está contenida en el art. 132, a cuya definición se le reconoce efecto general. B) **Auxilio de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.** Consiste esta variante en la ayuda que terceros (previamente concertados, según algunos, según otros no) prestan al hechor para asegurar la impunidad, sabiendo él que la recibe, aunque en el hecho no logre esa finalidad. La ejecución del delito sabiendo el agente que su impunidad está asegurada, dándose efectivamente tal situación, aumenta el injusto. Las personas que auxilian no necesitan estar armadas, pero sí deben proporcionar o garantizar la impunidad. No es condición de esta agravante que la impunidad se obtenga en definitiva, sino que basta con que ella fuera posible merced a la ayuda y que el hechor contara con ello. Quienes contemplan como requisito el concierto previo, califican de autores del delito a los que prestan el auxilio; a los que aseguran la impunidad los tildan de coautores y no de encubridores, toda vez que prestan su ayuda en la ejecución misma del hecho.

Art. 12. "1ª Ejecutarlo de noche o en despoblado.

El tribunal tomará o no en consideración esta circunstancia, según la naturaleza y accidentes del delito".

1. **Historia.** El texto es idéntico al modelo español, con la sola diferencia de que la CR alteró la expresión original "la tomarán en consideración los tribunales" por la de "El tribunal tomará o no en consideración", aclarando el carácter facultativo de la agravación.

2. **Naturaleza.** Se trata de una circunstancia *subjetiva*, donde predomina el elemento de búsqueda o aprovechamiento de las circunstancias objetivas que se describen.

3. **Concepto.** Para Fuensalida I, 107, se trata sólo de "agravaciones judiciales", elevadas a la categoría de legales únicamente para dar a los jueces facultades más amplias, creyéndose, sin duda, que merecen una mayor pena que las otras de su especie en los casos en que envuelvan una culpabilidad especial. La doctrina moderna le otorga igual naturaleza que la de la *alevosía*, ya que se trata de buscar la impunidad o el aprovechamiento de condiciones más seguras o favorables. Por ello, el legislador advirtió que esta agravante no concurre en todo delito, sino únicamente en los casos en que las circunstancias descritas han contribuido efectivamente a favorecer la perpetración del ilícito o la impunidad del hecho. Como se trata de dos hipótesis alternativas, cada una con caracteres propios, de concurrir simultáneamente en un hecho no configuran dos agravantes, sino una sola. Nuestra jurisprudencia exige, además, que tales circunstancias hayan sido buscadas "con designio intencionado... para poder asegurar los resultados de su acción criminal" (SCA Santiago 12.08.1951, RDJ, 48, 2ª parte, sec. 4ª, p. 235. En el mismo sentido, SCS 25.05.1983, RDJ, LXXX, 2ª parte, sec. 4ª, p. 44; y la SCA P. A. Cerdá 09.07.85, GJ N° 61, p. 82, donde se señala que si la nocturnidad no ha sido *buscada* por los autores, entonces no concurre esta agravante).

4. **Elementos. A) Noche.** Por "noche" se entiende "el tiempo en que no hay luz solar sobre el horizonte o en que la que hay es tan escasa que predomina la oscuridad" (Novoa II, 73). Es el caso de los hechos que suceden "entre la medianoche y las cuatro de la madrugada [...]" haciendo la situación de la víctima más desampa-

rada y angustiosa que si el delito se hubiere cometido de día" (SCA Temuco 05.09.1962, RDJ, 59, 2ª parte, sec. 4ª, p. 175). En todo caso, el juez deberá ponderar las circunstancias concretas del caso, para establecer el predominio de la oscuridad sobre la luz y la real ventaja que ello significó para el hecho. B) **Despoblado.** Es un lugar solitario, en el que no hay personas en el momento del hecho, con independencia de criterios urbanísticos. Para nuestra jurisprudencia, "no puede estimarse que la casa habitación y negocio del obitado haya constituido o se encuentre en despoblado, como quiera que cerca de dicha morada existían otras casas, incluso parientes del interfecto. Y esto, además, tomándose dicho término en el sentido que le asigna el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, al definir el vocablo "despoblado" como "desierto, yermo o sitio no poblado" (SCA P. A. Cerdá 09.07.85, GJ N° 61, p. 82).

Art. 12. "1ª Ejecutarlo en desprecio o con ofensa de la autoridad pública o en el lugar en que se halle ejerciendo sus funciones".

1. **Historia.** La CR resolvió fundir en este número dos numerales del texto español que le sirvió de modelo, estimando que en el fondo se trata de la misma agravante; no podría pensarse que concurren dos agravantes cuando se perpetra el hecho en el lugar en que la autoridad ejerce su función y con desprecio de ésta.

2. **Naturaleza.** Es una causal objetiva o material, comunicable de acuerdo al inciso segundo del art. 64.

3. **Concepto.** Según Fuensalida I, 108, "el orden social impone el deber de guardar consideraciones especiales a las autoridades i a los lugares en que ejercen sus funciones. La lei puede castigar la violación de este deber i por lo tanto agravar la del hecho principal. Pero el número sólo se refiere a los delitos que se cometen en contra de terceros". No debe confundirse con la circunstancia descrita en el N° 18 del mismo artículo 12 y comprende dos situaciones: a) ejecutar el hecho en desprecio o con ofensa de la autoridad; y b) ejecutarlo en el lugar donde la autoridad ejerce su función. Es la ejecución misma de la conducta ilícita, realizada con prescindencia de la calidad de la autoridad o del sitio en que se halla,

lo que constituye el motivo de agravación. Es *incompatible* con todos los delitos que, por su naturaleza, importan de suyo atentados contra una autoridad. Requiere, en el plano *subjetivo*, que el hecho actúe de la manera descrita con el fin de desprestigiar u ofender a la autoridad, en otras palabras, actuar con la voluntad de delinquir en una situación concreta en la cual proceder así es desdorado para el investido de autoridad. En sus dos alternativas la causal requiere conocimiento del agente sobre las circunstancias en que actúa, su dolo debe abarcarlas. No requiere que el acto se dirija específicamente en contra de una autoridad como tal (p. ej., injuriar al testigo o a la parte contraria en presencia del juez o el caso de la SCS 23.08.1971, RDJ, LXVIII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 180, en que "la víctima era conducida por dos gendarmes a una galería de la Cárcel Pública y los victimarios, amenazando a los vigilantes con armas blancas, procedieron a ultimarlo"). Tratándose de dos hipótesis distintas, cada una de las cuales conforma alternativamente la causal, basta con que una de ellas concorra.

4. Elementos. A) Autoridad. La voz "autoridad" tiene un sentido amplio o general, alude a cualquier persona que detenta ciertas atribuciones de mando o poder, siempre que se trate de una **autoridad pública**, no de carácter privado, ya que en esta hipótesis operaría la agravante del Nº 18. No se considera fundamental que al perpetrarse el delito la autoridad esté materialmente cumpliendo sus funciones. **B) Lugar donde ejerce sus funciones.** La segunda hipótesis consiste en ejecutar el delito en el lugar donde la autoridad esté ejerciendo sus funciones. Requiere que el hecho se lleve a cabo cuando la autoridad está precisamente sirviendo el cargo en el lugar en que lo sirve.

Art. 12. "14ª Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento".

1 Historia. La agregación de esta causal —que no corresponde al texto español tenido de modelo— fue hecha en la CR por insinuación de Fabres, en la sesión Nº 138. Al respecto, señala Fuentes I, 109, que "mui vacilantes se manifestaron los autores del Código para agregar la causa del número 14 a la lista de las agravaciones".

2. Naturaleza. Se trata de una causal de agravación personal o subjetiva, su comunicabilidad se rige por el inciso primero del art. 64.

3. Concepto. Esta hipótesis es denominada usualmente "reincidencia ficta" o "**reincidencia impropia**", por cuanto la condena anterior no ha sido en este caso cumplida efectivamente, circunstancia esta considerada como un requisito esencial de la "reincidencia verdadera" o "reincidencia propia". Si el Código atenúa la pena de los delincuentes que han observado una conducta irreprochable, la lógica obligaba a establecer una agravación para los de conducta viciosa. Preferimos, sin embargo, esta inconsecuencia de la ley a la agravación que habría sido tan infundada como la atenuación, porque, según hemos manifestado, no teniendo derecho la ley social para tomar en consideración el mérito o demérito absolutos ni habiéndolo considerado al imponer sus penas comunes, no debe atenuar ni agravar por la buena o mala conducta de un hombre que delinque por primera vez. Mas el legislador atendiendo a que no tiene una medida exacta para penar los delitos, puede i debe aumentar la pena de los delincuentes que estando cumpliendo una condena o después de haberla quebrantado delinquen de nuevo, e igualmente la de los culpables que habiendo sido castigados anteriormente cometen otra vez un delito de igual o distinta especie, porque esta conducta hace presumir que para ellos las penas comunes no han sido eficaces ni proporcionadas a su inmoral obstinación" (*Fuentsalida I*, 109).

4. Elementos. A) Alcance. La agravante opera respecto de crímenes, simples delitos o faltas y no discurre en cuanto a la clase de pena que se quebrante, a menos que se trate de la de muerte, por razones obvias, o de una pecuniaria, que el art. 90 excluye. Se extiende al quebrantamiento de sanciones consistentes en inhabilitaciones o suspensiones de derechos (p. ej., privación temporal de la licencia de conducir). **B) Relación con el delito de quebrantamiento de condena.** Varias son las objeciones doctrinarias que han merecido esta causal de agravación, advirtiéndose por los autores que, en mérito a lo preceptuado por el art. 63, si acaso tendría una mínima aplicación en casos excepcionales. Desde luego, la perpetración de nuevo delito después de haber quebrantado una condena no puede configurar la agravante, toda vez que esta conducta configura el delito de quebrantamiento de condena, según el art. 90, que lo penaliza. De lo contrario, se infringiría el postu-

lado "**non bis in idem**". Solamente podría operar la agravación si se delinquiera durante el cumplimiento de una condena, sin haber sido ella quebrantada, o sea, en los incisos primero y último del art. 91, no así en los demás señalados en este precepto, configurativos de delito en sí mismos. Refiriéndose a los artículos 91 y 63 del Código, Fuenzalida hace ver que "no se concibe en qué casos pueda tener aplicación dicho número. (12 N° 14), sin saberse su historia" —*Actas* del 21 de mayo de 1870, del 16 de mayo de 1873 y del 20 de mayo de 1873—, deduciendo de ésta que en los N°s 2, 3 y 4 del art. 91 no tiene aplicación, pues en todos ellos se han aumentado las penas de los que durante una condena delinquen de nuevo, pudiendo tener lugar sólo en los N°s 1 y 5. Esta es la opinión de la SCA P. A. Cerdá, de 26.04.1996, GJ N° 190, p. 114, donde se declaró que "no cabe duda que el quebrantamiento de una sentencia representa una hipótesis delictiva específica, ya que aun cuando no está contemplada en el Libro II del Código Penal, la norma respectiva—art. 90—describe un comportamiento y le asigna determinadas penas", razón por la cual, en aplicación del principio *non bis in idem* "frente al precepto garantista del artículo 63, la agravante del N° 14 [...] no podrá surtir su efecto propio, por que el quebrantamiento de condena constituye en sí mismo un delito, sancionado con una pena específica, que se agrega a la pena del delito por el cual se cumplía la condena, o siendo más grave, se sustituye a ella". En contra, Novoa II, 91, quien entiende que el art. 90 no califica como nuevo delito el quebrantamiento y las medidas en él señaladas no serían penas, sino más bien medidas legales destinadas a impedir nuevos quebrantamientos o poner fin al cometido, destacando que el citado artículo (90) no se contiene en los libros del Código que tratan de los delitos. De esta última opinión es también alguna jurisprudencia, que ha declarado "procedente aplicar la agravante del art. 12 N° 14 del C. Penal, toda vez que se dan los supuestos que ella exige: cometer un delito—en la especie el de hurto—después de haber quebrantado una condena y dentro del plazo en que el reo puede ser castigado por el quebrantamiento", señalando que "esta agravación de la responsabilidad penal no cabe confundirla con el quebrantamiento material de una condena, que nuestro Código Penal tipifica y sanciona por sí solo como delito, independientemente de que la persona que quebranta su condena delinca o no de nuevo. Basta aquí el mero quebrantamiento para que el hecho deba ser castigado con alguna de las penas que contempla el art. 90 de dicho cuerpo

legal" (SCA P. A. Cerdá, 03.05.84, GJ N° 47, p. 92). En este mismo sentido, la SCS 01.09.1998, Gaceta Jurídica 219, p. 102 (con un voto en contra) declaró que el art. 12 N° 14 y los casos regulados en los arts. 90 y 91 CP son "situaciones [...] esencialmente distintas, y por consiguiente, no pueden ser consideradas como una sola ni se produce, entonces, colisión alguna con el artículo 63, en cuanto éste se orienta a impedir que un mismo o idéntico hecho sea motivo de un doble juzgamiento, cuyo no es el caso". C) **Reincidencia impropia y libertad condicional.** Según una jurisprudencia antigua y que se aplica hasta hoy en día, "el reo que delinque encontrándose en libertad condicional debe estimarse que lo hace mientras cumple una condena" (SCA Iquique 09.05.1927, GJ 1927, 1ª sem., N° 71, p. 345). D) **Reincidencia impropia y medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad.** En cambio, tratándose de remisión condicional de la pena o libertad vigilada, encontrándose el cumplimiento de la condena *suspendido*, nuestra jurisprudencia ha declarado que "el delinquiramiento durante el período de remisión condicional de la pena no constituye agravante" (SCA Santiago, 18.04.1986, RDJ, LXXXIII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 19; y SCA P. A. Cerdá 30.06.1992, RDJ, LXXXIX, 2ª parte, sec. 4ª, p. 174). E) **Reincidencia impropia y penas privativas de derechos.** Hay acuerdo, sin embargo, en que esta agravante se puede computar en casos de "comisión de un delito 'durante el cumplimiento de una condena' cuya ejecución se prolonga en el tiempo [...] lo que ocurriría en las hipótesis indicadas en los incisos primero y último del artículo 91 [...] en consecuencia, siendo un hecho establecido suficientemente que la acusada cometió el nuevo delito—conducir vehículo en estado bebido—mientras se hallaba afectada por la pena de suspensión de su carnet de conducir, cuya ejecución o cumplimiento se extendía hasta una fecha posterior al día 14 de enero de 1995, en que fue detenida en las circunstancias señaladas en el parte policial de fs. 9, debe considerarse en su perjuicio la circunstancia agravante referida en los motivos 3 y 4 precedentes" (SCA P. A. Cerdá 05.05.2000, Ingr. N° 592-96).

Art. 12. "15º Haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena".

1. Historia. Inspirándose en las objeciones de Pacheco al N° 17 del artículo 12 del Código hispano, la CR empleó la palabra "deli-

tos", en vez de "delito". Así se comprendía "la idea de la mala fama que, según uno de sus miembros, solo puede existir cuando un reo, que reitera en cometer un delito de distinta especie, ha sido castigado por dos o más" (Fuensalida I, 111).

2. Naturaleza. Es una circunstancia subjetiva o personal, incommunicable, de acuerdo al inciso primero del art. 64.

3. Concepto. Este caso es denominado comúnmente "reincidencia propia genérica". Exige la comisión previa de más de un delito, dos o más, lo que se ve convalidado no sólo por el empleo del plural en el texto, sino además por el art. 92, que al hacer referencia a la reincidencia precisa en su N° 2 que debe tratarse de **dos o más delitos**, los que pueden ser crímenes, simples delitos o faltas. No es necesario que tales delitos hayan sido materia de distintas sentencias. Además de su pluralidad, los hechos delictivos anteriores deben ser de igual o mayor gravedad que la nueva infracción perpetrada. Para este efecto, la gravedad se enjuicia en *abstracto*, esto es, atendiendo a la sanción conminada en la ley, no a la que en concreto aplicó la sentencia". Así, es reincidente en el sentido del texto quien, luego de ser condenado por dos homicidios, incurra en una estafa, aunque la pena a que efectivamente se lo sentenció por cada uno de aquellos haya sido —a causa de haberlos ejecutado en una legítima defensa incompleta y con la concurrencia de otras atenuantes— inferior a la que se le irrogará por esta última" (Cury II, p. 145).

4. Elementos. A) Haber sido castigado anteriormente. Este requisito implica el *cumplimiento material efectivo* de la pena precedentemente impuesta, de modo que en los casos de una **remisión condicional** de la pena u otra medida alternativa al cumplimiento de las penas privativas de libertad, no habría reincidencia en caso de un delincimiento posterior, ya que dicha medida alternativa consiste en la **suspensión** del cumplimiento o ejecución de la pena. En este sentido, SCS 28.08.1997, GJ N° 206, p. 110; SCA Santiago 04.10.1983, GJ N° 41, p. 61; y 09.09.1988, GJ N° 99, p. 69. Una opinión contraria a la dominante sustenta el profesor Carrido Montt, quien estima, a la luz del artículo 28 de la Ley 18.216, que si el nuevo delito es cometido una vez transcurrido el período de observación y vigilancia del penado, sin haberse revocado la medida, hay reincidencia, ya que en tal caso la pena "se tiene por cumplida".

Art. 12. "16ª Ser reincidente en delito de la misma especie".

- 1. Historia.** El texto es idéntico al del modelo español de 1848.
- 2. Naturaleza.** Es una causal de agravación personal o subjetiva, incommunicable a terceros, según lo preceptuado en el artículo 64, inciso primero, del C. Penal.
- 3. Concepto.** Esta es la reincidencia que en doctrina se denomina "**reincidencia propia específica**", por concurrir en delitos semejantes. Exige, al igual que la reincidencia "genérica" del número anterior, el cumplimiento material efectivo de la pena anterior, pero requiere menos elementos para fundar la agravación de responsabilidad, ya que basta con la condena por un solo delito de igual especie y es irrelevante que haya sido de mayor o menor gravedad que aquel por el cual se persigue nuevamente al sujeto. En opinión de Fuensalida I, 114, la agravación del N° 16 no admite ninguna de las observaciones hechas al número anterior. "La reincidencia supone que el delincuente va adquiriendo el hábito de caer en un delito de la misma especie, i por lo tanto, que las penas determinadas por la ley no han sido eficaces: por esto es que la agravación de los reincidentes es casi jeneral en los códigos modernos. En cuanto a la letra del número no presenta ninguna dificultad: las leyes españolas, las patrias i la jurisprudencia de nuestros tribunales estaban de acuerdo en que la reincidencia presupone un delito anterior castigado i de la misma especie en el sentido mas estricto de esta palabra. Así no debemos considerar como reincidente a un falsificador de monedas que hubiere sido castigado anteriormente por hurto, a pesar de la semejanza en la naturaleza de ambos delitos i de tener su origen en el mismo género de corrupción, sino que es necesario la identidad: dos hurtos, dos falsificaciones". En el ámbito **del derecho penal comparado**, la actual oposición a la agravación de la pena por la reincidencia tiene como principal argumento la infracción del principio de culpabilidad personal por el hecho concreto, no por características personales o modos de ser del hecho. Juan Bustos, refiriéndose al C. español —que también habla de "ser reincidente"—, acusa una inadmisble fundamentación en un rasgo permanente del carácter del sujeto, propia de una concepción peligrorista radical, ajena a un derecho penal de un Estado de Derecho, que, a lo más,

podría servir para determinar la forma de ejecución de la pena, pero no una agravación de su cuantía. Considera **claramente inconstitucional** a la reincidencia, pues va en contra del principio de responsabilidad (o culpabilidad) por el hecho (Bustos, Juan: *Manual de derecho penal. Parte General*, p. 376).

4. Elementos. A) Ser reincidente. Uno de los problemas más debatidos en el último tiempo, tanto en doctrina como en la jurisprudencia es el de la reincidencia y la medida alternativa de **remisión condicional de la pena**. A partir del supuesto que, para que concurre la agravante de reincidencia, es requisito fundamental el **cumplimiento material efectivo de la anterior condena**, un sector estima que si la sanción precedente ha sido suspendida condicionalmente y, por tanto, no ha existido cumplimiento punitivo de la misma, debe rechazarse ese factor de incremento punitivo (Cury, Etcheberry). En este mismo sentido, las SCS 23.10.1964, RDJ, LXI, 2ª parte, sec. 4ª, p. 415; SCS 28.08.1997, GJ N° 206, p. 110, y SCSA Santiago 10.05.1980, RDJ, LXXVII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 132, y 08.04.1999, GJ N° 226, p. 136; SCSA P. A. Cerda GJ N° 196, p. 146 y 27.03.1998, GJ N° 213, p. 173). Disiente de este criterio Garrido Mont, afirmandose en que como el art. 28 de la Ley 18.216 declara que transcurre el plazo de una medida alternativa sin que ella haya sido revocada, se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta, habría reincidencia, puesto que *se tiene por cumplido el castigo* (en el mismo sentido, SCA de Santiago 07.04.1993, GJ N° 154, p. 99, y el voto disidente en la SCS 28.08.1997, GJ N° 206, p. 110). Es útil señalar que en los antecedentes configurativos de la historia de la Ley 18.216 hay constancia de que la norma del artículo 28 se introdujo con el fin de extender a todas las medidas alternativas el efecto que confiere a la remisión condicional de la pena el artículo 3º, inciso 2º de la Ley N° 7.821. A su vez, en el Mensaje con que el Ejecutivo envió al Congreso Nacional el proyecto de la Ley 7.821, se dice lo siguiente respecto del artículo 3º, inciso 2º: "Hemos considerado de absoluta justicia contemplar una disposición que dé por definitivamente cumplida la pena cuya ejecución quedó en suspenso, en caso de haber transcurrido el período de prueba sin que la remisión haya sido revocada" (Cámara de Senadores, Boletín de Sesiones Ordinarias, 1944, vol. I, p. 283). En tal virtud, resulta discutible la fundamentación en el citado art. 28, para sustentar la agravación, ya que no se cuenta con ningún dato que permita atribuir a la declara-

ración sobre cumplimiento de la pena suspendida, la manifestación de un propósito legislativo vinculado al establecimiento, en tal caso, de una suerte de "reincidencia jurídica". *De lege ferenda*, la mayoría de nuestros comentaristas está por la eliminación de la reincidencia del catálogo de causales de agravación de la pena, estimando que es en el ámbito de las necesidades de tratamiento preventivo —medidas de seguridad y corrección— donde es preferible ubicar hoy día la problemática de la reincidencia. Para Jorge Mera Figueroa, la excepción más relevante en nuestra legislación sustantiva al **derecho penal de acto**, es la agravante de reincidencia, de raigambre pelgrosista y que además viola el principio de *non bis in idem*. "Se agrava la responsabilidad del sujeto, no en atención a una intensificación del injusto o de la culpabilidad en relación con el hecho que motiva la condena, sino en consideración a su comportamiento anterior, el que ya fue objeto del correspondiente reproche y sanción" (Jorge Mera Figueroa: *Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*, pp. 141-142).

B) Delitos de la misma especie. La ley chilena no precisa, como tampoco lo hacía su antecedente español, qué se entiende por delito de igual especie. El artículo 509 del Código Procesal Penal señala que para los efectos de dicho precepto se entienden delitos de la misma especie los sancionados en un mismo título del CP o ley que los castiga. Es opinión dominante la de que dicha precisión opera únicamente para sus efectos propios, esto es, la determinación de la pena para el concurso material de delitos o reiteración y no es vinculante para esta agravante. llamándose la atención sobre el hecho que conforme a la defectuosa regla citada, resultan ser delitos de la misma especie el homicidio y la injuria, la lesión corporal y la calumnia, mas no el homicidio y el aborto. Nuestra jurisprudencia ha declarado que debe entenderse que son *delitos de la misma especie* "aquellos cuya analogía es perfecta, tanto en la naturaleza, objeto y realización, cuanto en lo relativo a la actuación o participación del sujeto" (SCA Concepción, 30.12.1942, RCP, t. V, p. 647).

i) El bien jurídico protegido y las modalidades de comisión son criterios aceptados por nuestra doctrina para determinar si dos delitos son o no de la *misma especie*. Así, Labatut estima que la especificidad de los delitos ha de apreciarse atendiendo a la naturaleza del bien jurídico y al móvil del hecho; igual criterio mantiene Novoa. Cury cree que deben tenerse en consideración la identidad del bien jurídico y la forma que reviste el ataque, pero

rechaza tomar en cuenta el móvil del agente, porque significa forzar en exceso el sentido de la norma, procurando acercar el concepto de reincidencia al de habitualidad o profesionalismo. Por su parte, Etcheberry, rectificando una opinión anterior, coincide en la última edición de su texto con la opinión de Cury. Para Garrido Montt, dado que la ley no ha determinado el sentido de las expresiones "de la misma especie", debe entenderse una referencia a hechos de naturaleza semejante —no necesariamente iguales—, lo que se puede determinar considerando dos aspectos de importancia: los bienes jurídicos protegidos por los respectivos tipos penales y las modalidades de comisión o formas de ataque al bien jurídico. Sin embargo, la característica de identidad de bien jurídico amparado es insuficiente para resolver si los delitos son o no de la misma especie, debe complementarse con el examen de las modalidades ejecutivas del delito propias de cada tipo penal. Puede darse la igualdad de las formas de agresión al mismo bien jurídico protegido en ambos tipos, como ocurriría en el hurto y en el robo con fuerza en las cosas, ambos tienen como objeto jurídico a la propiedad y los medios típicos de ataque, si bien no son iguales, poseen semejanza (en el hurto el apoderamiento súbito, en el robo el apoderamiento a través de fuerza). Distinto es el caso del hurto y la estafa, donde si bien es igual el bien jurídico protegido, son distintos los medios de agresión que en cada caso se tipifican: en el hurto es la apropiación sin la voluntad del dueño, en la estafa es lograr la entrega voluntaria de la cosa mediante ardido o engaño; estos no serían delitos de igual especie y no darían lugar a la reincidencia específica.

ii) Procede calificar también como *delitos de la misma especie aquellos en que siendo diferentes los objetos jurídicos protegidos, se hallan en una situación especial de relación o vínculo*: la lesión de uno de esos bienes jurídicos supone necesariamente la afectación del otro. Para matar a una persona —homicidio— deberá dañarse normalmente su integridad física —lesiones—; en tal virtud, el delito de homicidio y el de lesiones son de la misma especie para estos efectos, igual cosa ocurre con los tipos de violación y abuso sexual.

iii) Trátándose de los denominados "*delitos plurisubistentes*", esto es, aquellos cuyo tipo se dirige a la protección de dos o más bienes jurídicos, cabe afirmar la *identidad de especie en el caso que el disvalor de un delito concurrente queda claramente absorbido por el del plurisubistente*, siempre que la modalidad de agresión al bien jurí-

dico sea análoga. De este modo, serían delitos de la misma especie, la **malversación** de caudales públicos mediante sustracción (art. 233 CP) y el hurto (art. 432 CP, última parte) o la **apropiación indebida** (art. 470 N° 1 CP).

iv) En cuanto a la relación entre **robo y hurto**, nuestra jurisprudencia ha sido vacilante: en el Repertorio del C. Penal, pp. 43 y 44, se citan doce fallos conforme a los cuales el robo y el hurto son delitos de la misma especie para los efectos de la reincidencia; asimismo, rolan seis citas de sentencias que, de contrario, niegan la identidad de especie entre esos dos delitos; sin embargo, la *jurisprudencia más reciente se inclina por considerar el hurto y el robo como de la misma especie*, así SCA Santiago 05.05.1982, RDJ, 79, 2ª parte, sec. 4ª, p. 102; y las SCS 24.04.1997, FM N° 461, 447ss.

v) *Irrelevantes* para la decisión acerca de la igualdad de especie de los delitos son su **grado de desarrollo** y el **grado de participación criminal** que en ellos ha cabido al agente (en este sentido, SCS 27.07.1999 y SCA Temuco 30.08.1935, RCP, t. I, p. 545. Oo., SCA Iquique 28.04.1897, G 1897, N° 1231, p. 758 y 06.09.1939, G 1939, 2ª scm., N° 103, p. 415); un delito de homicidio en grado de frustrado es de la misma especie que uno consumado, la complicidad en el robo con escalamiento es de la misma especie que la autoría en un hurto, etc.

vi) No hay acuerdo en la doctrina con respecto a los efectos de la reincidencia en relación con **delitos culposos**. En opinión de Novoa, sólo debería apreciarse la causal cuando todas las infracciones concurrentes tienen carácter culposo. Labatut estima que no existe reincidencia tratándose de cuasidelitos en relación a delitos, pero que sí puede surgir entre cuasidelitos, porque tal comportamiento evidenciaría un menosprecio de las normas de convivencia social. Para efectos de la agravante, distingue entre hechos de la misma especie (solamente delitos o cuasidelitos entre sí) y de distinta especie (delitos o cuasidelitos); en este último caso rechaza la reincidencia, en el primero la acepta. Etcheberry rechaza la posibilidad de reincidencia fruto de una condena por cuasidelito, basándose en que la voz "delito" es empleada en el art. 2º en sentido restrictivo, como opuesta a los cuasidelitos. Se refuerza esta conclusión —a su juicio— considerando, por una parte, que ninguna circunstancia agravante es aplicable a los cuasidelitos, lo que indicaría que tampoco podría serlo la reincidencia; por otra, que la razón de ser de la agravante se relaciona con el desprecio mostrado por el delincuente hacia el derecho, no exis-

tiendo en el cuasidelito una actitud de rebeldía del sujeto hacia la ley, sino sólo descuido o imprudencia. Garrido Montt adhiere al criterio de Etcheberry, argumentando que, aun cuando no lo diga expresamente la ley penal, el fundamento tenido en vista para incorporar la reincidencia entre las agravantes incide en que demostraría una mayor malignidad del sujeto activo, lo que no ocurre en los cuasidelitos. Este es también el parecer de nuestra jurisprudencia, que se ha pronunciado afirmando que los cuasidelitos "no están comprendidos en la expresión 'delito' contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, por lo que la reincidencia en tal tipo de conductas no impetra agravación de la penalidad (SCA Santiago 23.08.1973, RDJ, 70, 2ª parte, sec. 4ª, p. 93). En cambio, para Cury, no hay argumentos valederos con arreglo a la ley para extraer el delito culposo de la eficacia agravatoria de la reincidencia. En su concepto, el art. 1º contiene el concepto del delito en general, tanto doloso como culposo, y el art. 2º, se limita a puntualizar la distinción que existe entre las dos formas del hecho punible, sin establecer ningún contraste entre la regulación aplicable a cada una de ellas. Una institución no es aplicable al cuasidelito sólo si una ley lo dispone de modo expreso, o cuando es inconciliable con su naturaleza—como ocurre, v. gr., con la tentativa o las normas sobre participación criminal—y ninguno de éstos es el caso de la reincidencia.

C) Reincidencia y medidas alternativas a las penas privativas de libertad. Aparte de constituir una agravante, la reincidencia acarrea importantes efectos político-criminales. Es un impedimento para gozar de la **remisión condicional** de la pena y la **libertad vigilada**; en el caso de la **reclusión nocturna**, sólo si la pena anterior es de duración superior a dos años. Además, permite imponer la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad en casos de hurto y robo (art. 452).

D) Prescripción. En cuanto a la prescripción, el art. 104 la regula en los casos de los N°s 15 y 16 del art. 12, o sea, de la "reincidencia propia o verdadera", disponiendo que no será tomada en cuenta después de diez años, tratándose de crímenes, y después de cinco años, en caso de simples delitos, *contándose los plazos desde que tuvo lugar el hecho*, no desde la condena ni desde su cumplimiento.

Art. 12. "17º Cometer el delito en lugar destinado al ejercicio de un culto permitido en la República".

1. Historia. Recuerda Fuensalida I, 116, que el proyecto de Código agravaba la pena exclusivamente de los delitos cometidos en lugar destinado a un culto cristiano. En el Senado se propuso el reemplazo de la palabra "cristiano" por la de "público", invocándose la Constitución del Estado, la ley interpretativa del 27 de julio de 1865 y los principios de la criminalidad, procurándose amparar "el espíritu de tolerancia" religiosa.

2. Naturaleza. Es una circunstancia objetiva, comunicable de acuerdo a la regla del inciso 2º del artículo 64.

3. Concepto. Contempla esta causal dos presupuestos: a) que el delito se cometa en un lugar destinado al ejercicio de un culto; y b) que ese culto esté permitido en el país. La agravación se apoya, en esencia, en la falta de reverencia o respeto que naturalmente debería imponer a cualquier individuo el ejercicio de un culto, de manera que deberá exigirse el conocimiento de la naturaleza del lugar. Implica un aumento del injusto propio del delito mismo, cualquiera que sea la construcción o forma del lugar destinado al ejercicio.

4. Elementos. **A) Culto permitido.** En la actualidad y dado el régimen constitucional en materia de cultos, habría que entender por "culto permitido en la República" todo aquel que no sea contrario a la moral, las buenas costumbres o al orden público (art. 19 N° 6 CPE). En la noción de "cultos" habrían de comprenderse los que involucren manifestaciones de amor o adoración a Dios, en sus diversas expresiones y modalidades, quedando excluidas las denominadas ciencias espiritistas y otras prácticas similares que sus adherentes relacionan con contactos sobrenaturales y no se realizan por medio de ministros ni en templos conocidos. **B) Lugar destinado a su ejercicio.** La opinión dominante es que quedan comprendidos tanto los lugares de carácter público, como los privados (capillas y oratorios de predios agrícolas, de hospitales o clínicas, etc.). Quedarían fuera los sitios públicos como calles y plazas en los que habitualmente se congrega un número de personas que expresan o divulgan sus manifestaciones de fe. **No** es requisito del tipo objetivo que el delito

involucre, además, una ofensa concreta al culto ejercido en el lugar, pues se trata de una causal objetiva.

Art. 12. "18ª Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio de respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso".

1. Historia. El texto es idéntico al del modelo español de 1848.

2. Naturaleza. Es una circunstancia objetiva, comunicable de acuerdo al inciso 2º del art. 64.

3. Concepto. Comprende dos hipótesis alternativas, al igual que en la causal del N° 13: en la primera, el delito es cometido en ofensa o desprecio del especial respeto que se debe a ciertas personas; en la segunda, se lo lleva a cabo en la morada de esas personas. En el plano *subjetivo*, es exigible que el agente actúe a sabiendas de que su actuar importa menosprecio a la autoridad o dignidad de la víctima, aunque no sea su objetivo tal ofensa. Es ese conocimiento y no la finalidad perseguida lo que permite su comunicabilidad, según el inc. 2º del art. 64. No actúa esta agravante en los casos en que es *inherente* al tipo, es decir, que éste supone, necesariamente, en el sujeto pasivo alguna de las condiciones señaladas, como por ejemplo, en el **desacato**, en las **injurias**, en la **violación**, etc., atendida la prohibición del art. 63. Tampoco opera en los casos en que la invasión del hogar ajeno es inherente al delito mismo —**violación de morada**, **robo con fuerza en las cosas en lugar habitado**—, no concurre la agravante. Tampoco se aplica la causal en los supuestos de **provocación del ofendido**, concepto este que debe interpretarse en igual sentido que en la legítima defensa propia (art. 10 N° 4, circunstancia 3ª).

4. Elementos. A) Cometer el delito en ofensa o desprecio del respeto debido al ofendido. En la primera alternativa típica se exigen, además de la ofensa al respeto debido, ciertas calidades en el sujeto pasivo, cuales son su dignidad, autoridad, edad o sexo. El concepto de "**dignidad**" se refiere a la posición de mayor estatura moral que se reconoce a una persona respecto de otras, sobre la base de sus cualidades morales relevantes, su comportamiento y

méritos sociales públicamente atribuidos. La noción de "**autoridad**" es la misma —con sentido amplio—, según algunos autores (Echeberry, Cury) que la indicada en el N° 13 del art. 12, esto es, el poder o facultad de mando que se tiene sobre terceros, emana del tanto de una vinculación "**privada**", como de una "**pública**". Para otros —Novoa, Garrido Montt— el precepto examinado se circunscribe únicamente al mando que ejercen unas personas sobre otras en virtud de "**relaciones privadas**", como p. ej., maestros, curadores, sacerdotes, ex presidentes, etc. En esta hipótesis el ofendido es precisamente la persona investida de autoridad, dirigiéndose en su contra la agresión, lo que la distingue de la causal del N° 13. La alusión a la **edad** y al **sexo** de la víctima están referidas, respectivamente, al mayor respeto exigible al más joven con respecto al mayor, y a la deferencia especial que en el contexto sociocultural se brinda habitualmente a la mujer, en razón de su sexo femenino. Según nuestra jurisprudencia, "el homicidio de un **juez de letras** en ejercicio de sus funciones envuelve la circunstancia agravante del N° 18 y no del N° 13 (SCS 03.06.1912, G 1912, t. I, N° 509, p. 0812); en cambio **no constituye la agravante del N° 18** cometer el delito en la persona de un *Procurador del Número*, porque este cargo no le da a la víctima el carácter de funcionario público consuetudinario en dignidad" (SCS 30.03.1936, RCP, t. II, p. 598).

B) Cometer el delito en la morada del ofendido. La segunda alternativa descrita importa cometer el delito en la morada del sujeto a quien se debe respeto. Debe tratarse, para el agente, de una morada ajena, puesto que ello origina la agravación del injusto, de manera que si uno y otro —activo y pasivo— tienen la misma morada, no concurre esta causal. Existe acuerdo en que por "**morada**" ha de entenderse el "*hogar doméstico*" de una persona, no su domicilio en el sentido civil, "*es el sitio de la vida familiar y doméstica*". Sin embargo, alguna jurisprudencia ha declarado que "no puede tomarse en consideración, a los efectos de la causal de agravación del N° 18 del art. 12, la morada del ofendido, si no ha tenido influencia alguna para asegurar la impunidad del delincuente o para que haya sido mayor el mal causado al ofendido" (SCS 28.07.1953, RDJ, t. L, 2ª parte, sec. 4ª, p. 98), dando a entender un sentido subjetivo de aprovechamiento que no aparece claramente en la disposición.

Art. 12. "19º Ejecutario por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado".

1. **Historia.** El texto es idéntico al del modelo español.
2. **Naturaleza.** Es una causal objetiva o material, comunicable según la regla del inciso segundo del artículo 64.
3. **Concepto.** Es una causal genérica, susceptible de operar en toda clase de delitos, según su naturaleza; pero, obviamente, en aquellos casos en que el legislador ha introducido como elementos del tipo las nociones de escalamiento y/o fractura, o estas modalidades son inherentes a la modalidad comisiva, queda excluida la agravante por mandato del art. 63. Ello ocurre, p. ej., en los arts. 440 y 442. Según Fuenzalida I, 120, "La fractura i escalamiento de lugar cerrado son actos que manifiestan una voluntad criminal más esforzada que la común para la comisión de un delito en que sólo existe la culpa elemental. El escalamiento, que presupone agilidad, ha sido definido por el art. 440 del Código, i aunque califica de tal actos propios de la fractura, que supone fuerza, definido está. La fractura existe, dice el señor Pacheco, cuando se abren por medios violentos, con rompimiento i destrozos, puertas, cajas o cualquiera otra cosa que cierre o guarde algún sitio". Las dos situaciones descritas se comportan alternativamente, de manera que cualquiera de ellas es suficiente para agravar la responsabilidad penal y la concurrencia conjunta sólo puede generar una circunstancia.
4. **Elementos. A) Escalamiento.** El legislador ha establecido en el art. 440 lo que "se entiende" por escalamiento: entrar por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas. La doctrina nacional está dividida en cuanto a si corresponde o no recoger ese mismo sentido para la agravante en comento. Para Etcheberry y Cury, atendido que en el art. 440 Nº 1 no se contiene una verdadera definición, sino una mera enunciación, aplicable, en todo caso, únicamente al delito de robo, no procede darle validez obligatoria en el ámbito particular de la agravante. Adhieren a la idea de Pacheco, en cuanto a que el escalamiento implica "saltar por cima de pared, o aunque sea de vallado, siempre que presente resistencia, y ofrezca de ordinario seguridad", y la fractura consiste en "abrir, por me-

dios violentos, con rompimiento y destrozo, puerta, caja o cualquiera otra cosa que cierra y guarda algún sitio". De contrario, Novoa y Garrido Monti piensan que el sentido que se les atribuye a los términos "escalamiento" y "fractura" es el que procede recoger para los efectos de la agravante, al tener un carácter general (en el mismo sentido SCS 13.01.1971, RDJ, 68, 2ª parte, sec. 4ª, p. 10). B) **Fractura.** La ley limita el empleo de la fractura o escalamiento "para cometer el delito", esto es, antes o durante la ejecución del hecho, quedando excluidas esas modalidades si se utilizan para salir del lugar donde se perpetró la acción o con cualquier otro fin posterior a la consumación. En contra, Garrido Monti, para quien exigir que la circunstancia opere únicamente antes o durante la ejecución del delito limita el sentido de los conceptos, toda vez que el salir de un recinto puede formar parte del delito y quedaría comprendido en la causal. C) **Lugar cerrado.** Por lugar "cerrado" debe entenderse aquel espacio, sitio u objeto, al que, por hallarse protegido por obstáculos que impiden físicamente su acceso desde el exterior, no es posible acceder a él en forma libre.

§ 5. De las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal según la naturaleza y accidentes del delito

Art. 13. "Es circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes del delito:

Ser el agraviado cónyuge, pariente legítimo por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, padre o hijo natural o ilegítimo reconocido del ofensor".

1. **Historia.** Esta causal —en cuanto *mixta*— no figuraba en el Código español que sirvió de modelo al nuestro, ya que el parentesco obraba siempre como causal agravatoria y encabezaba el catálogo respectivo. Sólo en la reforma de 1870 el legislador español adoptó una forma similar a la introducida en nuestro texto. La CR adoptó en su Sesión 9ª, de 21 de mayo de 1870, sin ninguna modificación, la misma agravante hispana y sólo posteriormente, en la Revisación, los comisionados, adhiriendo a las críticas formuladas por Pacheco a la norma peninsular, suprimieron en definitiva la agravante e introdujeron, en párrafo separado, la circunstancia mixta actual (sesiones 122, 123 y 168).

2. Naturaleza. Es una circunstancia *personal*, incommunicable al que no la posee, de acuerdo al art. 64, inciso 1°.

3. Concepto. En opinión de Fuensalida I, 122, esta causal, dada su naturaleza, sólo puede tener aplicación en los delitos contra la propiedad y contra las personas. En los primeros, el parentesco es ordinariamente causal atenuante, conforme al espíritu del Código, mas en los segundos hay que atender a su gravedad: "Cuando el delito es grave, el parentesco es circunstancia agravante, cuando es menos grave o leve, agrava si el ofendido es superior al ofensor i atenua, en jeneral, en caso contrario [...] podemos decir que la circunstancia del parentesco es agravante en los crímenes contra las personas sea cual fuere la calidad del ofendido respecto a su ofensor; que en los simples delitos puede ser agravante sea el ofendido de calidad superior o inferior, o bien agravante por la superioridad del ofendido, o bien atenuante por la superioridad del ofensor; i, por fin, que en las faltas es atenuante o agravante, según la calidad del parente ofendido". El autor destaca —críticamente— como única excepción al principio enunciado, el crimen de infanticidio, en que el parentesco obra como atenuación de la pena. Los autores critican la validez de la fórmula, derivada de la omisión de los comisionados en orden a dejar constancia de las reflexiones que llevaron a adoptar el criterio diversificador de Pacheco, que separaba distintos grupos de delitos (contra la propiedad y contra las personas). Por de pronto, deben excluirse aquellos casos en los cuales la ley ha contemplado expresamente el parentesco en la descripción de las figuras punibles o como agravante o atenuante específica, situaciones en que no puede operar (p. ej., arts. 390, 394, 400, 489).

4. Elementos. A) **Agraviado.** El **agraviado** es el **sujeto pasivo del delito** y entre él y el agente debe existir objetivamente alguno de los vínculos determinados por la ley; en el plano subjetivo, el agente debe actuar a sabiendas de su relación parental o conyugal, careciendo de importancia si el sujeto pasivo la conoce o no. En consecuencia, la causal sólo puede concurrir en agresiones a bienes jurídicos referidos a esa relación personalísima y no a bienes jurídicos colectivos o comunitarios (delitos contra la seguridad del Estado, contra la fe pública, de peligro común, etc.).

B) Parentesco. Con respecto a los vínculos parentales, deben tenerse en cuenta los efectos prácticos derivados de la supresión

hecha por la Ley 19.585 de las distinciones entre **hijos legítimos, ilegítimos y naturales**, si bien no se ha producido ningún mecanismo admisible de formal derogación de los preceptos penales (principio de tipicidad). En cuanto a la **adopción**, ella se encuentra regida actualmente por la Ley 19.610, que derogó expresamente las Leyes 7.613 y 18.703, debiendo concluirse que tal filiación no queda comprendida en la causal de este artículo. Igual criterio se había formulado por la doctrina en relación a esas dos normativas abrogadas. En cambio, la Ley 16.346, sobre **Legitimación Adoptiva**, originaba algún debate en torno a si concedía o no, para los efectos penales, la calidad de hijo legítimo de los adoptantes. De conformidad a la única ley hoy vigente —art. 37— la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley y extingue sus vínculos de filiación de origen, *para todos los efectos civiles*, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el art. 5° de la Ley de Matrimonio Civil. La sentencia que acoja la adopción debe ordenar, entre otras acciones, que la ficha individual del adoptado y cualquier otro antecedente que permita su identificación se agreguen a los autos y que se cancele la antigua inscripción de nacimiento del adoptado, tomándose las medidas administrativas conducentes a mantener en reserva su anterior identidad. Se reconoce a cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado, el derecho a solicitar del Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen. El Archivo General del servicio aludido debe mantener custodiados los autos respectivos, en sección separada, de la cual sólo podrán salir por resolución judicial. En consecuencia, cabría concluir que *la adopción no confiere la calidad (estado civil) de hijo para los efectos penales*, y en particular, frente al artículo 13 del C. Penal. En este ámbito, el adoptado conserva sus vínculos naturales de parentesco con la familia de origen, tanto en lo favorable como en lo desfavorable, y es en relación con ella que podrá entrar en consideración o no esta circunstancia mixta (cfr. de Echeberry I, 48s, respecto de la Ley 18.703). En cuanto al **matrimonio**, ha de ser existente y válido, quedando excluido el anulado y careciendo de influencia el divorcio y la convivencia.

C) Delitos en que concurre. Las cuestiones inciertas en esta causal son dos: en qué delitos puede concurrir y cuándo debe

2. **Naturaleza.** Es una circunstancia *personal*, incommunicable al que no la posee, de acuerdo al art. 64, inciso 1°.

3. **Concepto.** En opinión de Fuenzalida I., 1122, esta causal, dada su naturaleza, sólo puede tener aplicación en los delitos contra la propiedad y contra las personas. En los primeros, el parentesco es ordinariamente causal atenuante, conforme al espíritu del Código, mas en los segundos hay que atender a su gravedad: "Cuando el delito es grave, el parentesco es circunstancia agravante, cuando es menos grave o leve, agrava si el ofendido es superior al ofensor; i atenua, en jeneral, en caso contrario [...] podemos decir que la circunstancia del parentesco es agravante en los crímenes contra las personas sea cual fuere la calidad del ofendido respecto a su ofensor, que en los simples delitos puede ser agravante sea el ofendido de calidad superior o inferior, o bien agravante por la superioridad del ofendido, o bien atenuante por la superioridad del ofensor; i, por fin, que en las faltas es atenuante o agravante, según la calidad del parentesco blandido". El autor destaca -críticamente- como única excepción al principio enunciado, el crimen de infanticidio, en que el parentesco obra como atenuación de la pena. Los autores critican la vaguedad de la fórmula, derivada de la omisión de los comisionados en orden a dejar constancia de las reflexiones que llevaron a adoptar el criterio diversificador de Pacheco, que separaba distintos grupos de delitos (contra la propiedad y contra las personas). Por de pronto, deben excluirse aquellos casos en los cuales la ley ha contemplado expresamente el parentesco en la descripción de las figuras punibles o como agravante o atenuante específica, situaciones en que no puede operar (p.ej., arts. 390, 394, 400, 489).

4. **Elementos. A) Agravado.** El agravado es el sujeto pasivo del delito y entre él y el agente debe existir objetivamente alguno de los vínculos determinados por la ley; en el plano subjetivo, el agente debe actuar asumiendo de su relación parental o conyugal, careciendo de importancia si el sujeto pasivo la conoce o no. En consecuencia, la causal sólo puede concurrir en agresiones a bienes jurídicos referidos a esa relación personalísima y no a bienes jurídicos colectivos o comunarios (delitos contra la seguridad del Estado, contra la fe pública de peligro común, etc.).

B) **Parentesco.** Con respecto a los vínculos parentales, deben tenerse en cuenta los efectos prácticos derivados de la supresión

hecha por la Ley 19.585 de las distinciones entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales, si bien no se ha producido ningún mecanismo admisible de formal derogación de los preceptos penales (principio de tipicidad). En cuanto a la **adopción**, ella se encuentra regida actualmente por la Ley 19.610, que derogó expresamente las Leyes 7.613 y 18.703, debiendo concluirse que tal filiación no queda comprendida en la causal de este artículo. Igual criterio se había formulado por la doctrina en relación a esas dos normativas abrogadas. En cambio, la Ley 16.346, sobre **Legitimación/Adoptiva**, originaba algún debate en torno a si concedía o no, para los efectos penales, la calidad de hijo legítimo de los adoptantes. De conformidad a la única ley hoy vigente -art. 37- la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley y extingue sus vínculos de filiación de origen, *para todos los efectos civiles*, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el art. 5° de la Ley de Matrimonio Civil. La sentencia que acogió la adopción debe ordenar, entre otras acciones, que la ficha individual del adoptado y cualquier otro antecedente que permita su identificación se agreguen a los autos y que se cancele la antigua inscripción de nacimiento del adoptado, romándose las medidas administrativas conducentes a mantener en reserva su anterior identidad. Se reconoce a cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado, el derecho a solicitar del Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen. El Archivo General del servicio aludido debe mantener custodiados los autos respectivos, en sección separada, de la cual sólo podrán salir por resolución judicial. En consecuencia, cabría concluir que *la adopción no confiere la calidad (estado civil) de hijo para los efectos penales*, y en particular, frente al artículo 13 del C. Penal. En este ámbito, el adoptado conserva sus vínculos naturales de parentesco con la familia de origen, tanto en lo favorable como en lo desfavorable, y es en relación con ella que podrá entrar en consideración o no esta circunstancia mixta (cfr. de Etcheberry I, 48s, respecto de la Ley 18.703). En cuanto al **matrimonio**, ha de ser existente y válido, quedando excluido el anulado y careciendo de influencia el divorcio y la convivencia.

C) **Delitos en que concurre.** Las cuestiones inciertas en esta causal son dos: en qué delitos puede concurrir y cuándo debe

Este fue lo que
fue la
memoria

apreciarse como agravante o como atenuante. Con arreglo a la ley hay que atender, en primer lugar, a la **naturaleza** del delito, esto es, a su esencia y propiiedades características, otorgadas por la índole del bien jurídico amparado. Además, entran en juego los **accidentes del delito**, las modalidades particulares de ejecución del concreto hecho cometido, la forma de quebrantamiento del bien jurídico (p. ej., fuerza física o intimidación en el robo contra un pariente), las motivaciones (móvil piadoso, p. ej.), la concreción que en la especie asume la relación, etc. En materia de **cuasi-delitos**, se ha decidido en un caso, que el parentesco obra en ellos como agravante: SCS 1888, GT 1888-2, 2024-210. Sin embargo, en otro fallo se resolvió lo contrario: SCA Valparaíso (cuasidelito de parricidio del conyuge) 1949, RCP, t. XI, p. 169.

D) Delitos en que no concurre. Existe acuerdo en señalar ciertos delitos en los cuales el nexo de parentesco y el matrimonio carecerían de trascendencia, como los atentatorios a la libertad ambulatoria y al honor.

E) La circunstancia del parentesco y el matrimonio como agravante. Cabría aceptar, en general, la agravación, cuando el hecho lesiona bienes jurídicos eminentemente personales, como la vida, la integridad física, la libertad sexual, "cuya lesión implica un deterioro de la humanidad de la víctima" (Cury II, 187). Salvo los casos en que actué como atenuante, en los restantes delitos constituirá agravante, en la medida que se utilice *violencia* (Etcheberry II, 47; Garrido I, 248). La tendencia general de nuestros tribunales ha sido considerar la *agravante* en los delitos de **homicidio y lesiones**: SCA Concepción 1876, GT 1876, N° 28; SCA Valdivia 1912, GT 1912, 546-889; SCA Talca 1915, GT 1915, 462-1206; SCA 1915, GT 1915, 356-890; SCA Temuco 1961, RDJ, t. LVIII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 184. Sin embargo, existen fallos que no le han atribuido al parentesco ningún efecto, ni como agravante, ni como atenuante, pese a tratarse de delitos contra las personas (homicidio), p. ej., SCA Santiago 1952, RDJ, t. XLIX, 2ª parte, sec. 4ª, p. 85). Tratándose de **delitos sexuales**, se ha resuelto que opera la agravante del art. 13, en perjuicio de la madre legítima de la ofendida por el delito de violación, si protege, ampara y vigila la consumación del mismo: SCA Santiago 1988, RDJ, t. LXXXV, 2ª parte, sec. 4ª, p. 92. En cuanto a la clásica controversia que suscita el yacimiento o cópula entre ciertos parientes, en orden a si se configura un **curso ideal de delitos (incesto y violación)** o si se trata de un solo

ilícito (violación) agravado de acuerdo al art. 13, cabe mencionar en esta parte algunos fallos que se han inclinado por la tesis de castigar por violación agravada por el parentesco: SCA Concepción 1937, GT 1937-2, 196-754; SCA Santiago 1954, RDJ, t. LI, 2ª parte, sec. 4ª, p. 74; SCS 1996 (07.05.1996), FM N° 450, p. 1013.

F) La circunstancia del parentesco y el matrimonio como atenuante. En general, actúa de esta manera cuando el delito afecta sólo relaciones patrimoniales del ofendido, esto es, en los delitos contra el patrimonio que se ejecuten *sin violencia*, incluidos los fraudes (Etcheberry II, 47; en el mismo sentido, Garrido I, p. 248; con algunas discrepancias, coincide Cury II, 186). En los delitos contra la propiedad —no violentos— es parecer general de la jurisprudencia que el vínculo debe operar como atenuante: SCA La Serena 1912, GT 1912-1, 411-606; SCA Iquique 1940, GT 1940-2, 67-305. También en el caso de un delito de **falsificación de instrumento privado**, se decidió que el parentesco del autor con el agraviado opera como atenuante: SCA Concepción 1914, GT 1914, 411-1158.