Derecho Penal

PARTE GENERAL

ENRIQUE CURY URZÚA

EDICIONES UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Vicerrectoría de Comunicaciones y Extensión

Castilla 114-D Santiago, Chile

Fax (56-2) - 633 4789

mvicery1@puc.cl

www.puc.cl/edicionesuc/

Derecho Penal

PARTE GENERAL

Enrique Cury Urzúa

© Inscripción Nº 143.944

Derechos reservados

1982

T.S. B. N. 956-14-0808-2

Segunda edición, 1988

Tercera edición revisada, 1992

Cuarta edición, 1996

Quinta edición, 1999

Sexta edición, 2001

Séptima edición ampliada, marzo 2005, 1.500 ej.

Octava edición ampliada, septiembre 2005, 2.000 ej.

Diseño:

Publicidad Universitaria

Impresor:

Imprenta Salesianos S.A.

C.I.F. - Pontificia Universidad Católica de Chile

Cury Urzúa, Enrique

Derecho penal: parte general

Enrique Cury Urzúa, 3ª ed.

Incluye bibliografía.

I. Derecho penal—Chile.

CAPÍTULO IX

LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

§ 31. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN GENERAL

I. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

Por circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal se entiende un conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales esa atribuye la virtualidad de concurrir a determinar la magnitud de la pena correspondiente al delito en el caso concreto, ya sea atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo.¹

Como las circunstancias modificatorias no afectan a la existencia misma del hecho punible, suele afirmarse que son "accidentales" al delito y se limitan a "circundarlo"² sin alterar su esencia. Esto, si bien en principio es exacto, requiere alguna explicación complementaria, pues puede prestarse a equívocos.

Hay, en efecto, entre las circunstancias modificatorias algunas que son ajenas a la naturaleza y estructura del delito, de manera que su acción sobre la magnitud de la pena se funda en consideraciones utilitarias de política criminal o, incluso, referidas al estado personal del autor con acierto muy discutible. Otras, en cambio, son también "accidentales" al hecho punible, en el sentido ya expuesto de que no determinan su existencia como tal, pero tienen un carácter "sustancial" en cuanto alteran la forma de algunos de sus elementos, como la antijuricidad o la culpabilidad. Estas últimas, por consiguiente, aunque no afectan al "sí" del delito, por lo menos actúan sobre su "como" y, en tal sentido, no puede afirmarse que se limitan a "circundarlo".³

¹ Sobre los efectos precisos de las circunstancias modificatorias en la determinación de la pena, véase, 51.

La mejor prueba de lo expuesto es que, como se explicará más adelante,⁶ si es, por lo demás, sabido—, algunos de las circunstancias modificatorias pueden, incluso, integrarse en ciertos casos a la tipicidad del delito, influyendo entonces sobre su misma existencia al determinar la naturaleza del injusto respectivo. Eso sería ininteligible si en realidad permitieran un acceso a la esencia de la infracción punible como a veces se cree.

Como, por otro lado, hay efectivamente circunstancias de la primera clase, las cuales son del todo irrelevantes a la culpabilidad del delito, se explica que exista alguna analogía respecto a la sistematización del conjunto. Así, mientras en la literatura española se trata de ellas dentro de la teoría del delito, la Alemania postbélica situólas en la de la pena. Posiblemente el método más riguroso exigiera aceptar una separación, reservando para la teoría del delito solo el examen de aquellas que modifiquen los elementos del hecho punible, y remitiendo a la teoría de la pena las que solo obedecen a consideraciones pedagógicas o técnicas.⁷ Contra esa solución nórdica, sin embargo, aparte de consideraciones pedagógicas relativas a la conservación de una cierta unidad en el tratamiento de las instituciones de la ley penal, el hecho de que muchas de las circunstancias no obedecen a un fundamento único y naturalmente diferenciado, de suerte que su ubicación correcta resulta difícilísima. Por eso, aquí se ha conservado el orden tradicional en las exposiciones españolas y chilenas.

II. CLASIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

a) Con arreglo a los efectos que les atribuye la ley, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal pueden clasificarse en *atenuantes, agravantes y mixtas*. Atenuantes son aquellas cuya concurrencia determina la imposición de una pena más benigna; agravantes las que con su presencia conducen a que el hecho sea castigado más severamente; mixtas, por fin, las que mientras en ciertos casos atenuan, en otros agravan.

b) Desde el punto de vista de la extensión de sus efectos, las circunstancias atenuantes y agravantes⁸ se dividen en *genéricas y específicas*. Son circunstancias genéricas aquellas que operan respecto de cualquier delito o, por lo menos, de la mayoría. Se las encuentra establecidas en los catálogos contenidos en los arts. 11 y 12 del C.P. Las circunstancias específicas, en cambio, solo surten efectos en relación con ciertos y determinados hechos punibles respecto de los cuales se las consagra expresamente. Están, pues, dispersas a lo largo de la ley y su estudio compete a la Parte Especial. Aquí solo nos ocupamos de las genéricas.

Entre estas dos categorías sería quizá posible introducir una tercera, pues existen algunas circunstancias agravantes, que no obstante incluirse en el catálogo de las genéricas, actúan únicamente respecto de un cierto grupo de delitos (art. 12, N.ºs 1.º y 5.º). Tal cosa no se hace, a fin de evitar complicaciones superfluas, pero no está de más puntualizar el hecho.

c) En atención a su fundamento, debe distinguirse, de conformidad con lo expuesto en el párrafo precedente, entre aquellas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que sólo obedecen a criterios politico-criminales, aquellas que se basan en consideraciones relativas a la personalidad del autor y las que afectan a la antijuridicidad o culpabilidad del delito. Cuando la situación fundamentadora de la circunstancia se incorpora ya al tipo del hecho punible, determinándolo, se transforma en un elemento de éste, *calificándolo o privilegiándolo*. Las calificantes y privilegiantes, por consiguiente, no son ya "accidentes" del delito, sino integrantes "esenciales" de su tipicidad, lo cual cobra importancia, especialmente en relación con la aplicación de las normas contenidas en el art. 63 del C.P.⁹ y para la resolución de algunos problemas concernientes al concurso aparente de leyes penales.⁷

La distinción entre calificantes y privilegiantes por un lado, y agravantes y atenuantes por el otro, suele presentarse dificultada en la práctica. Hay algunos criterios orientadores para efectuarla, que facilitan algo esa tarea. Así, por ejemplo, es frecuente que las calificantes y privilegiantes determinen una alteración del marco penal atribuido por la ley al hecho, al paso que las agravantes y atenuantes sólo impliquen aumentos o disminuciones de la punibilidad realizadas sobre la base del marco original. Pero, en definitiva, se trata de un problema hermenéutico característico, cuya solución exige estar mano de todos los recursos disponibles a la interpretación de la ley.⁸

d) En atención a su naturaleza, las circunstancias modificatorias se clasifican en *subjetivas y objetivas*. Las primeras son aquellas que consisten "en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal", y se caracterizan porque sólo sirven para atenuar o agravar la responsabilidad de aquellos intervinientes en el hecho en quienes concurren (art. 64, inc. primero C.P.), es decir, porque no se comunican. Las segundas son las que consisten "en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo" y sirven "para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito" (art. 64, inc. segundo C.P.), eso es, se comunican.⁹

e) Por último, conviene todavía distinguir entre circunstancias modificatorias de responsabilidad *comunes y especiales*. Las comunes son aquellas cuyos efectos se encuentran regulados de manera general en los arts. 65 a 68 del C.P. Las especiales, en cambio, tienen consecuencias atenuatorias o agravatorias más significativas, que se establecen para cada una de ellas en diferentes disposiciones. Las atenuantes especiales suelen también llamarse *privilegiadas*.

No deben confundirse las atenuantes especiales o privilegiadas con las que el art. 68 bis del C.P. denomina "muy calificadas". El carácter privilegiado de una circunstancia de atenuación, así como la índole de sus efectos, se encuentran consagrados en forma categórica por la ley. En cambio, la naturaleza "calificada" de las atenuantes concurren en una situación dada es producto de una operación racional del juez. Por eso, las circunstancias

⁶ *Ibid.*, II, c².

⁷ Por eso es excesivamente perentoria la afirmación de RODRÍGUEZ DEVENSA, I, pág. 849, con arreglo a la cual "se ha lugar al hecho dentro del sistema se encuentra entre los presupuestos de la pena, caso es, entre los elementos del delito". Un criterio igualmente unilateral se sostiene en CURY, *Orientaciones*, 22, pág. 222. Particularmente confusa respecto a la naturaleza de las circunstancias es la exposición de LABATUT, I, págs. 209-210, en donde aparecen casi idénticos términos tales como "culpabilidad" y "responsabilidad".

⁸ *Ibid.*, 53, III, d), art. 2.

⁹ *Ibid.*, 43.

¹⁰ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVENSA, I, pág. 974, con algún detalle.

privilegiadas lo son siempre, por el contrario, variando las alternativas del caso concreto una misma atenuante puede o no ser calificada. La distinción entre ambas categorías cobra importancia, por eso, en relación con la procedencia del recurso de casación.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.¹⁶

Una buena parte de las circunstancias modificatorias que contempla nuestra ley positiva se desarrollaron ya en el derecho romano o, en todo caso, en la obra bastante posterior de los postglosadores. Sin embargo, su sistematización en un conjunto más o menos cerrado y taxativamente compuesto, es obra sobre todo de la Ilustración y el consiguiente derecho penal liberal, cuyo natural afán de seguridad jurídica procuró que todos los factores participantes en la fijación de la pena se encontraran tan precisamente delimitados por la ley como fuera posible. La tendencia actual, en cambio, procura la consagración de fórmulas más flexibles sin abrir las puertas a la arbitrariedad. Usualmente se emplea el procedimiento de establecer para el delito un marco penal más o menos amplio, dentro del cual la sanción concretamente aplicable a cada caso se determina según unas pautas de orientación general sobre los criterios mensuradores. Ese es, por ejemplo, el sistema que recoge el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, cuyo art. 73 contiene una enumeración ampliamente concebida de los puntos de vista a que debe atender el juez para la individualización de la pena, retiniéndose a los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible, la importancia de la lesión o del peligro, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la calidad de los motivos determinantes, las demás condiciones del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito y la conducta del agente posterior al delito.

§ 32. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

I. GENERALIDADES Y CLASIFICACIÓN

Las circunstancias atenuantes genéricas se encuentran enumeradas taxativamente¹⁷ en el catálogo contenido en el art. 11 del C. P. Para una comprensión cabal del mismo, sin embargo, es preciso tener en consideración las disposiciones de los arts. 71, 72 inc. primero y 73 de ese cuerpo legal.

El sistema consagrado en la ley, por consiguiente, corresponde al del llamado *numerus clausus*,¹⁸ con arreglo al cual solo se aceptan como causales de atenuación

aquellas a las cuales el ordenamiento jurídico confiere ese carácter. Ese se adoptó por la Comisión Redactora no obstante que el Código Penal español, del cual se servía como modelo principal, contenía una fórmula que autorizaba expresamente la creación de atenuantes por analogía. La solución es criticable, en especial si se tiene en cuenta la manera reglamentaria de individualizar la pena que emplea la ley en vigor. La apertura del Código Penal peninsular, en cambio, permite cuando menos al juez buscar una determinación más justa de la sanción para el caso concreto.

Suele sostenerse que las atenuantes obedecen todas a fundamentos subjetivos.¹⁹ Esta generalización es combatida, argumentando que el art. 64 del C. P. alude a la existencia de atenuantes "objetivos" y que en las hipótesis de "justificantes incompletos" la razón de ser de la atenuación es evidentemente de esa índole.²⁰ Las razones invocadas por la crítica no me parecen convincentes. El hecho de que el art. 64 del C. P. aluda a atenuantes objetivos no significa que las haya, por lo menos entre las penales. A su vez, las "justificantes incompletas" no afectan a la antijuridicidad—por lo mismo que en tanto justificantes son imperativas—, sino, más bien, a la culpabilidad del autor.²¹

Para ordenar la exposición en torno a las circunstancias de atenuación, la clasificación que ofrece ETCHEBERRY es la más satisfactoria.²² Con arreglo a ella debe distinguirse entre *eximentes incompletas*, *atenuantes fundadas en los móviles del agente*, *atenuantes relativos a la personalidad del sujeto* y *atenuantes que se fundan en la conducta del autor posterior al delito*. La única modificación que se le introduce aquí consiste en tratar la situación contemplada por el art. 72, inc. primero del C. P. (*minoridad*) entre las eximentes incompletas.²³

II. LAS EXIMENTES INCOMPLETAS

a) Concepto, origen y fundamento de la atenuante

Con arreglo al art. 11, N.º 1.º del C. P., son circunstancias atenuantes las expresadas en el art. 10, cuando no concurren todos los requisitos para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. Esto es, se confiere capacidad atenuatoria a las causales (circunstancias) que ordinariamente eximen de responsabilidad criminal, cuando, por encontrarse incompletas, no surten efecto excluyente de la punibilidad. La atenuante es una creación del Código Penal español de 1848 y, al parecer, su origen debe encontrarse en unas observaciones de PACHECO,²⁴ quien, en 1842, defendió ya la tesis de que lo que no eximía de responsabilidad por estar incomple-

¹⁶ Este respecto se desarrolló con respecto por NOVIOA, II, 359, págs. 13 y sigs. y RODRÍGUEZ DE VESA, I, págs. 650 y 651. En el texto solo se ofrece una visión esquemática.

¹⁷ LABATUT, I, 208, pag. 210 Cf. además, RODRÍGUEZ DE VESA, I, pag. 651. Es seguramente excesiva la

oposición sostenida en CLAY, *Dirigida*, la edición, 22, pag. 252, a la que se adhiere PENA CABRERA, *Derecho Penal*, *Primer Curso*, Parte General, Lima, 1980, pag. 235, de conformidad con la cual todas las atenuantes son "accidentes modificatorios de la culpabilidad", sin embargo, como se verá, es verdad que todas ellas se relacionan hasta cierto punto con ese elemento de la culpabilidad.

¹⁸ NOVIOA, II, 361, págs. 16 y 17. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DE VESA, I, pag. 651.

¹⁹ *Ibidem*, II, al.

²⁰ ETCHEBERRY, II, pag. 15.

²¹ Así también, RODRÍGUEZ DE VESA, I, pag. 651.

to, debía lógicamente atenuar.¹⁶ A causa de esta concepción formalista del clásico español, que planteaba el asunto como un simple problema lógico de "todo" y "parte", el conculque que el fundamento de cada una de las causales de atenuación resultantes no puede sino ser el mismo de la respectiva eximente.¹⁷

Estas reflexiones de PACHECO constituyen una intuición valiosa pero basada en argumentos desacertados que, seguramente, han contribuido después a complicar la inteligencia de la norma. Pues es claro que el efecto atenuatorio de las eximentes incompletas no puede deducirse sin más de que sean "parte" de un "todo" capaz de eximir. En el plano de las valoraciones jurídicas, este género de razonamientos lógicoformales de tipo matemático carece de vigencia. Si las cosas fueran como pretendía PACHECO, se producirían conclusiones tan absurdas como las de que, cuando el sujeto ejecuta sólo una fracción de la conducta típica (por ejemplo, accede carnalmente a una mujer, pero sin ejercer violencia, porque ella ha aceptado, o se apropia de una cosa mueble ajena, pero con el consentimiento del dueño, que se la ha obsequiado), habría también que imponerle parcialmente la pena, porque si el "todo" es injusto, la "parte" debería serlo asimismo.

Lo que ocurre, en realidad, es algo distinto. Cuando se dan sólo algunos de los presupuestos de las eximentes, de suerte que éstas no justifican una exclusión de los elementos integrantes del delito, subsiste, sin embargo, en la mayor parte de los casos, una situación anómala que deteriora la capacidad de autodeterminación del individuo, reduciendo la posibilidad de exigirle que se comporte con arreglo al mandato o la prohibición respectiva. Así, por ejemplo, cuando el que provocó suficientemente es luego agredido y se defiende, no se encuentra ya justificado de conformidad al art. 10. N.º 4.º del C.P., pero, atendida la presión de las circunstancias concomitantes, la reprochabilidad de su proceder ulterior a la agresión disminuye, a causa de que no le es tan exigible conducirse conforme a derecho como a aquel que ataca sin ser atacado. De la misma forma, cuando el autor del delito presenta una anomalía psíquica que, sin embargo, no lo priva por completo de capacidad para comprender el significado antijurídico de su acto y autodeterminarse conforme a ese conocimiento, él es imputable, pero la anomalía que lo aqueja constituye una circunstancia que limita su libertad y, por eso, reduce en alguna medida la posibilidad de exigirle un comportamiento distinto.

Así pues, las eximentes incompletas como atenuantes no obedecen al mismo fundamento —imperfectamente mantenido— de las respectivas causales de exclusión de responsabilidad, sino que todas ellas son situaciones de *exigibilidad disminuida* a causa de la anomalía de las circunstancias. Esta apreciación conduce a importantes consecuencias prácticas en la consideración de algunos de sus aspectos.

b) Extensión de la aplicación de la atenuante (La divisibilidad de las eximentes)

PACHECO pensaba, correctamente, que podían convertirse en atenuantes no sólo aquellas eximentes compuestas por requisitos enumerados de manera expresa

en la ley, sino también las que admitían ser divididas intelectualmente.¹⁸ Sin embargo, la fundamentación formal que el mismo le había dado condujo a que los comentarios posteriores limitaran la eficacia de la disposición exclusivamente al primer grupo de causales de exclusión de responsabilidad,¹⁹ y ese punto de vista fue incluido en nuestro Código Penal, en la sesión 73. A pesar de todo, tal criterio hoy se encuentra abandonado por practicar²⁰ y doctrina,²¹ las cuales admiten unánimemente la posibilidad de transformar también en atenuantes a las eximentes que pueden ser divididas sólo intelectualmente. En el hecho, esto no significa sino excluir el caso del menor de dieciséis años (art. 10. N.º 2.º) y la omisión por causa legítima (art. 10. N.º 12. segunda parte), pues es evidente que al respecto no se puede imaginar una situación intermedia. Por lo que se refiere a la fuerza irresistible (art. 10. N.º 9.º primera parte), su divisibilidad suele ser negada por quienes admiten que puede revestir carácter físico.²² Ese criterio, sin embargo, es controvertido.²³ Como aquí se ha entendido que la fuerza aludida por el art. 10. N.º 9.º, es de índole moral,²⁴ no resulta del caso tomar partido en el debate. Finalmente, hay todavía eximentes incompletas a las cuales la ley acuerda un efecto especial, pero cuya divisibilidad se encuentra fuera de duda. Es la situación del caso fortuito (art. 10. N.º 8.º) y del mayor de dieciséis años, pero menor de dieciocho, respecto del cual se ha declarado que obró con discernimiento (art. 10. N.º 3.º).

e) La exigencia del requisito básico

Con arreglo a la opinión dominante, para que una eximente se transforme en atenuante es indispensable la concurrencia, por lo menos, del requisito básico o esencial de aquella.²⁵ Así, la legítima defensa incompleta sólo puede construirse si ha existido una agresión legítima,²⁶ el estado de necesidad incompleto, únicamente cuando hubo un mal que se trataba de evitar, la mal llamada "imputabilidad disminuida", si en el autor se presentaba una patología básica, etc.

Este punto de vista es correcto en principio, pero requiere ser precisado en el sentido de que, cuando el mencionado requisito esencial consiste en una situación objetiva esto es, exterior al autor, como la agresión legítima o el mal que se trata de

¹⁶ Cf. NOVDA, II, 362, págs. 18 y 19.

¹⁷ Cf. CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURILLO, I, págs. 408 y sigs.; CORDOBA RODA, *Los comentarios introductorios en el Código Penal*, cit., págs. 20 y 21. Véase, en la literatura chilena, una defensa de esta posición por FERNANDEZ, *Código Penal de la República de Chile* (opuscúlo), cit., I, págs. 102.

¹⁸ ETCHEBERRY, D.P., II, 1307 y sigs., págs. 153 y sigs.

¹⁹ ETCHEBERRY, II, págs. 16; CÁRRILLO, I, 17, II, págs. 182; LABATUT, I, 209, II, 211; NOVDA, II, 362, págs. 18 y sigs. Respecto de la literatura española, véase, por todas, CORDOBA RODA, *Los requisitos incompletos en el Código Penal*, cit., págs. 23.

²⁰ ETCHEBERRY, II, págs. 13, con reserva; LABATUT, I, 209, II, 211.

²¹ CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURILLO, II, págs. 409; CORDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., págs. 221 y sigs.

²² Segura, 29, III, 0, 301.

²³ CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURILLO, I, págs. 410; CORDOBA RODA, *Los comentarios introductorios en el Código Penal*, cit., págs. 24; ETCHEBERRY, II, págs. 16; LABATUT, I, 209, II, 211 y 214; NOVDA, II, 364; ORTEGA, 22 y 23; RODRIGUEZ DE VERA, I, págs. 070 y sigs.; MIR, 15, 27, págs. 001.

evitar, hasta con que aparezca en la representación del sujeto *ex-ante* y no es, en cambio, exigible su concurrencia efectiva en la realidad.¹⁰ Así pues, el requisito básico puede presentarse de manera sólo *putativa*.¹¹ Esta es una consecuencia lógica del criterio que aquí he sostenido sobre la naturaleza de la atenuante.¹² Si esta se basa en una exigibilidad disminuida a causa de la anormalidad de las circunstancias concomitantes, lo decisivo es como ellas afectan las motivaciones del agente y no su realidad objetiva. La voluntad del autor se forma de un modo anómalo lo mismo cuando cree que se lo está agrediendo sin derecho que cuando tal cosa ocurre efectivamente.

Puesto que aquí no se trata de conceder sino una atenuación, el error del sujeto puede ser lo mismo evitable que inevitable. En el segundo caso, incluso, la atenuante vendría en consideración únicamente si además está inscrito algún otro requisito de la respectiva eximente, pues en caso contrario la responsabilidad habrá quedado excluida, con arreglo a los principios que regulan el error de prohibición¹³ y la no exigibilidad de otra conducta,¹⁴ respectivamente.

b) Efecto atenuatorio de las eximentes incompletas

En principio, las eximentes incompletas producen el mismo efecto que las otras atenuantes, el cual se encuentra regulado por los arts. 62 a 68 bis del C.P.¹⁵ Sin embargo, hay algunas situaciones excepcionales que escapan a esta regla.

aa) Cuando la eximente es de aquellas que constan de requisitos enumerados formalmente (art. 10, N.ºs 4.º, 5.º, 6.º y 7.º C.P.) y en el caso de que se trata concurre el mayor número de ellos, el tribunal deberá aplicar la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley para el delito respectivo, imputándola en aquel que estime correspondiente, atendidos el número y entidad de los requisitos que falten o concurren (art. 73 C.P.). Hacer la rebaja de la pena es, pues, imperativo para el tribunal; en cambio, la determinación de su magnitud constituye una facultad para cuyo ejercicio la ley se limita a señalarle un criterio orientador (el número y entidad de los requisitos que falten o concurren). Si el número de requisitos de la eximente que se encuentra presente no es el "mayor", el art. 73 no recibe aplicación y la atenuante se regirá por las reglas generales de los arts. 62 a 68 bis del C.P.¹⁶

Como el art. 73 confiere a las eximentes incompletas a que se refiere un efecto minorante considerablemente superior al que se les concede por lo común a las atenuantes, se dice que, en su caso, la atenuante es *privilegiada*.

¹⁰ En el mismo sentido, CORDERO RODA, *Las eximentes imperativas en el Código Penal*, cit., págs. 13 y 126 y sigs., con detalle.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Supra*, al.

¹³ *Supra*, 28, II, c), *del.*; y III, c).

¹⁴ *Supra*, 29, II, c).

¹⁵ *Ibidem*, 34, III, d).

¹⁶ NOVOLA, II, 363, págs. 21 y 22. Sobre casos aislados en que la pena aplica la norma del art. 73 C.P. a

bb) Cuando la eximente incompleta es el caso fortuito del art. 10, N.º 8.º del C.P., sus efectos se rigen por la disposición del art. 71 del C.P., con arreglo al cual en tal caso "se observará lo dispuesto en el art. 49.º". El significado de esta norma ha sido ya objeto de un examen pormenorizado.¹⁷

cc) Aunque no siempre se lo considera como una hipótesis de eximente incompleta, participa de la naturaleza de esas el caso del "menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal respectivo que obró con discernimiento"¹⁸. En tal caso, que primitivamente se contempló de manera expresa en el art. 11, N.º 2.º del C.P. -hoy derogado-, el art. 72 dispone que se imponga al afectado "la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable". La atenuación es imperativa y tiene el carácter de *privilegiada*.¹⁹ De sus fundamentos y las críticas a que ha dado lugar nos hemos ocupado con ocasión de la intemporalidad del menor.²⁰

e) Admisibilidad de la atenuante en algunos casos especiales

aa) No suele ser muy discutida la cuestión relativa a si es posible la configuración de una eximente incompleta en el caso de los delitos culposos. La cuestión debe ser respondida afirmativamente.²¹

bb) Por el contrario, se niega en forma categórica la posibilidad de contemplar una atenuante de esta clase en los casos de privación parcial de razón causada por la embriaguez.²² Sobre ello hay acuerdo, aunque, por supuesto, no sobre los fundamentos de la normativa que conduce a tal solución.²³

III. ATENUANTES FUNDADAS EN LOS MOVILES DEL AGENTE

En los N.ºs. 3.º, 4.º, 5.º y 10 del art. 11 del C.P. se encuentra un grupo de circunstancias atenuantes cuya eficacia se funda en particularidades relativas a la motivación del sujeto. Todas ellas representan, por consiguiente, una situación de *exigibilidad disminuida* a causa de imperfecciones en el proceso de formación de la voluntad. A las tres primeras se las denomina, usualmente, *personales* o *emocionales*.²⁴ La última se refiere a quien ha obrado *por celo de la justicia*.

¹⁷ *Supra*, 19, III, D.

¹⁸ En el mismo sentido, NOVOLA, II, 368, págs. 27.

¹⁹ FITCHERREY, II, págs. 12 y 23.

²⁰ *Supra*, 27, III, b), *in fine*.

²¹ En el mismo sentido, CORDERO RODA, *Las eximentes imperativas en el Código Penal*, cit., págs. 38 y sigs. Los problemas especiales que allí propone el autor sólo son válidos frente a normas concebidas en el derecho positivo español vigente a la época de redactarse esta obra. Véase también MIR, 25, 23, págs. 601.

²² GARRIDO, I, 17, II, págs. 383.

²³ NOVOLA, II, 366, págs. 24 y 25, con detalle.

²⁴ *Supra*, 27, II, b), *in fine*.

²⁵ FITCHERREY, II, págs. 19; LARATUT, I, 209, b), págs. 212; GARRIDO, I, 17, II, págs. 184; NOVOLA, II, 360, págs. 26; PONSICORRENTA, *La pena de prisión*, cit., págs. 601 y 604, con referencias al

²⁶ *Supra*, 19, III, D.

²⁷ *Supra*, 27, III, b), *in fine*.

²⁸ *Supra*, 27, III, b), *in fine*.

²⁹ *Supra*, 27, III, b), *in fine*.

³⁰ *Supra*, 27, III, b), *in fine*.

³¹ *Supra*, 27, III, b), *in fine*.

ii) Atenuantes emocionales (pasionales)

Con arreglo a lo que preceptúan los N.ºs 3.º, 4.º y 5.º del art. 11 del C.P., la ley concede una atenuación de la pena a quien ha obrado en circunstancias que, normalmente, provocan una perturbación anímica más o menos profunda —y, por eso, una formación de la voluntad anómala— o al que lo ha hecho efectivamente alterado de manera significativa por cualquier causa capaz de ocasionar ese estado.

aa) Denominación y relación de las atenuantes emocionales

El nombre⁴¹ con que habitualmente se designa a estas atenuantes puede ser aprobado en principio, pero requiere de alguna precisión. En efecto, no en todas las hipótesis contempladas por los N.ºs 3.º, 4.º y 5.º del art. 11 del C.P., la ley exige que el autor se halle realmente afectado por una pasión o emoción.⁴² Como se verá, hay por lo menos dos de ellas en las que le basta con cerciorarse de que se ha producido una situación que en el común de los casos provoca alteraciones de esa clase, sin exigir prueba alguna de que en el hecho concreto ha ocurrido efectivamente así. Por consiguiente, el carácter “emocional” de dichas atenuantes solo puede admitirse como una abstracción.

Lo que sucede es que aquí el derecho debe rendir otra vez tributo a su limitación para sondear en el alma humana.⁴³ Por eso, en las dos situaciones aludidas (N.ºs 3.º y 4.º del art. 11 del C.P.), se concreta con reconocer que generalmente provocan en el “hombre medio” un estado de perturbación anímica apreciable y, en consideración a ello, dispone la rebaja de la pena sin admitir indagaciones ulteriores sobre lo ocurrido realmente en la psiquis del autor.

Por la misma razón, no es del todo exacta la afirmación, muy frecuente, de que las atenuantes emocionales se encuentran en una relación tan estrecha de género a especie, que si se conserva la más amplia, contenida en el art. 11, N.º 5.º, puede prescindirse sin más de las dos restantes.⁴⁴ Es verdad que las tres circunstancias obedecen, en última instancia, al mismo fundamento, y que la norma del N.º 5.º tiene un carácter residual de regla general.⁴⁵ Pero desde el punto de vista práctico procesal presentan una diferencia decisiva, pues mientras las de los N.ºs 3.º y 4.º operan con solo la prueba de que se han dado en el caso las circunstancias facticas determinantes de su eficacia, la última requiere, además, que se acredite la conexión anímica del sujeto, lo cual puede provocar a la defensa dificultades especiales. En tal sentido, las disposiciones de los N.ºs 3.º y 4.º contienen una especie de presunción de exigibilidad disminuida que actúa en beneficio del reo. Su eliminación, por consiguiente, significaría una modificación del sistema que, si se conservan las res-

tantes características de este (*numerus clausus*, régimen matemático para la determinación de la pena, etc.), no me parece deseable.

A causa de que se encuentran efectivamente en la mencionada relación de género a especie, las atenuantes emocionales son incompatibles entre sí,⁴⁶ de manera que un mismo hecho no puede jamás servir de fundamento a dos o más de ellas, porque eso implicaría violar el principio *non bis in idem*. Pero es posible apreciarlas conjuntamente cuando cada una de ellas se basa en un hecho diferente.⁴⁷ Así, cuando A lesiona a B porque este último ha ofendido gravemente a la mujer del primero, A solo puede beneficiarse de la atenuación concedida por el N.º 4.º del art. 11 del C.P., si se dan sus otras exigencias, y no podrá invocar la del N.º 3.º —aunque en efecto la ofensa a la conyuge configure una auténtica “provocación” — ni la del N.º 5.º —aunque el hecho le haya producido realmente “arrebato y obcecación” —. En cambio, si B añade a la ofensa dirigida contra la señora de A una serie de burlas y otros actos provocativos o amenazas, es posible que A se beneficie conjuntamente de las atenuantes contempladas en los N.ºs 3.º y 4.º —siempre, naturalmente, que concurren sus demás presupuestos.

Aun cuando no suele destacarse, vale la pena señalar que las atenuantes emocionales son perfectamente compatibles con los delitos culposos.⁴⁸ No hay inconvenientes para imaginar la realización de una conducta imprudente a causa de un estado de arrebato u obcecación o como respuesta proporcionada a una provocación o amenaza o, incluso, en vindicación de una ofensa grave. Pese a que la última hipótesis será infrecuente, no es inconcebible (A, para vengarse de B, que lo ofendió gravemente, hace correr a gran velocidad el automóvil en que viajan ambos con el propósito de aterrorizar a su acompañante; se produce un accidente y B resulta gravemente lesionado).

bb) La provocación o amenaza proporcionada al delito

Con arreglo al art. 11 N.º 3.º, es una circunstancia atenuante “la de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido provocación o amenaza proporcionada al delito”⁴⁹

Provocar significa, en principio, tanto como “causar” a “ocasionar”. En este caso, pues, la provocación debe entenderse como una acción o expresión capaz de crear en el sujeto una excitación conducente a la comisión del delito.⁵⁰ Naturalmente, su autor no necesita querer o aceptar la perpetración del hecho punible por el provocado, pero sí la alteración de ánimo que será, a su vez, generadora de aquélla.⁵¹

⁴¹ Sobre el sentido de los conceptos de “emoción” y “pasión”, con detalle y reserva, NOVON, II, 390, págs. 28 y 29. Véase también RODRÍGUEZ DE VESA, I, pág. 670, quien atribuye a KANT el mérito de haberlos distinguido.

⁴² Véase, por ejemplo, en ETCHERREY, II, pág. 20, la posibilidad de compatibilizar el propósito singular con la finalidad del autor.

⁴³ Sobre ello, con más detalle supra, II, 24, III, y 12, II, 63.

⁴⁴ CORDOBA BODA y RODRÍGUEZ MOURILLO, I, págs. 488 y 489; ETCHERREY, II, págs. 17 y 18.

⁴⁵ GARRIDO, I, 17, III, pág. 184; LABATUT, I, 209, 50, pág. 211.

⁴⁶ CORDOBA BODA y RODRÍGUEZ MOURILLO, I, pág. 513; ETCHERREY, II, pág. 20; GARRIDO, I, 17, III, pág. 184.

⁴⁷ En el mismo sentido, CORDOBA BODA y RODRÍGUEZ MOURILLO, I, pág. 477, quienes, sin embargo, limitan la observación a una de ellas (la provocación o amenaza). Como en el texto GARRIDO, I, 17, III, págs. 184 y 185.

La provocación no es una agresión en el sentido del art. 10, N.ºs 4.º, 5.º y 6.º del C.P. (*legittima difesa*), pues en tal caso no nos encontraríamos ya frente a una circunstancia atenuante, sino a una causal de justificación o, en todo caso, ante una hipótesis de exceso en la defensa que, como se ha visto,⁵¹ obedecer a una regulación diferente. Por regla general, la provocación tampoco será típica, aunque en algunos casos límites llegue a serlo.⁵²

Amenaza es la manifestación o advertencia de que se hará víctima de un daño al autor o a un tercero con el cual éste se halla vinculado.

Puesto que estamos frente a una causal de exigibilidad disminuida, la provocación o amenaza no necesitan ser reales. Basta con que, atendidas las circunstancias, el sujeto pueda creer seriamente que se lo hace víctima de ellas. Tampoco es menester que sean graves, pues a la ley le basta con que se encuentren en relación de proporcionalidad con el delito cometido. La proporcionalidad se mide con criterio racional, esto es, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias concurrentes; pero, además, de acuerdo a un punto de vista *objetivo*. Esto último se debe a que aquí la ley presupone que el autor ha obrado en un estado de perturbación anímica, más dicha presupone sólo puede construirse refiriéndola a las reacciones de un "hombre medio". Bajo ciertos presupuestos, las respuestas exageradas a provocaciones o amenazas relativamente insignificantes podrán asilarse en la existencia incoherente de "perturbación total de la razón" (art. 11, N.º 1.º, en relación con el N.º 10, N.º 1.º, segunda parte, C.P.) o en la atenuante del art. 11, N.º 5.º.⁵³ Pero no siempre será así.

Cuando la provocación—en algunos casos también la amenaza—implique una ofensa grave para el autor o alguna otra de las personas relacionadas en el art. 11, N.º 4.º del C.P., la atenuante a que se refiere esta última disposición prevalecerá sobre la que se está examinando, porque desde este punto de vista aquella es especial respecto de ésta. Es posible que en el caso concreto concurren, al mismo tiempo, una provocación y una amenaza. En tal evento, sólo se apreciará una circunstancia atenuante.⁵⁴

La provocación o amenaza deben haber precedido inmediatamente a la ejecución del delito. Esto quiere decir que han de haber sido cronológicamente contiguas a la realización del hecho punible. Una vez más, tal exigencia se explica porque, para presumir que en el autor han determinado una alteración emocional significativa, la ley requiere situarse en el tipo de casos en los cuales una provocación o amenaza ocasionan ordinariamente ese resultado, y la experiencia demuestra que, por lo común, en semejante hipótesis la reacción no se hace esperar. Con todo, cuando los estímulos aludidos por la norma hayan ocasionado en el sujeto un estado de alteración anímica *efectivo* y más duradero, él podrá asilarse en la atenuante del art. 11, N.º 5.º, probando, eso sí, la realidad de tal perturbación.

Con arreglo a todo lo que se ha expuesto, para la eficacia de esta atenuante no es necesario acreditar que la provocación o amenaza han determinado en el autor un

estado de auténtica excitación psicológica.⁵⁵ Semejante exigencia no encuentra apoyo en la ley, que, como se ha explicado reiteradamente, está erigida sobre otra base.

En cambio, el derecho vigente requiere—posiblemente sin demasiado fundamento—que la víctima del hecho punible sea la misma persona que proferió la amenaza o ejecutó la provocación. Bajo determinadas circunstancias ese reclamo puede ser ilógico, como cuando el afectado reacciona no contra el pandillero que lo amenazó o provocó, sino contra el jefe de ese, quien manifestadamente fue el que le ordenó hacerla. En tales hipótesis, sin embargo, el autor podría siempre beneficiarse de la atenuante concedida por el art. 11, N.º 5.º, si acredita la concurrencia de sus presupuestos. Por la inversa, la ley no requiere que la provocación o amenaza se hayan dirigido en contra del autor del delito. También pueden referirse a un tercero al que aquel se halla afectivamente vinculado.⁵⁶

Es debatida la compatibilidad entre la atenuante examinada y los "delitos sexuales". ¿Puede invocarla el autor de una violación o unos abusos deshonestos, si prueba que fue provocado por la víctima? La cuestión debe ser resuelta con prudencia, pero sin incurrir en un puritanismo irracional.

En primer término, ha de tenerse presente que en el ámbito de las relaciones con significación sexual es natural el despliegue de algunos artificios seductores, entre los cuales ocupa un lugar destacado la provocación ilícita. En mi opinión, ese género de conducta involucra a la excitación, consistentemente incluso con el juego amoroso más inocuo, no basta para servir de base a la atenuante, pues el "hombre medio" debe estar preparado para afrontarlo sin abundarse por completo a sus tendencias misandrivas.⁵⁷

Pero el problema es diferente cuando la persona ofendida ha buscado en forma deliberada estimular sexualmente al autor más allá de límites razonables, sea con el propósito de hacerlo sufrir, de satisfacer sus propios deseos de autoconplacencia o por cualquier otra causa. Ignorar la violencia de las fuerzas irracionales que una actitud de esa clase puede desencadenar en el ser humano, significa desconocer la naturaleza del hombre o pretender transformar a la especie en una cohorte seráfica que no corresponde a su realidad. Es evidente que el derecho no quiere llegar tan lejos y, por eso, en situaciones como la descrita la atenuante debe ser concedida.⁵⁸

De todas maneras, ya implica una concesión a las tendencias culturales imperantes, que se inclinan a desvalorar fuertemente las reacciones procedentes del plano de la actividad sexual, el hecho de que no se otorgue a quien actúa presionado por ellas la eximente de fuerza irresistible.⁵⁹ Creo que, más allá de esto, la realidad de su existencia y energía debe ser reconocida por la ley.

c) La vindicación de ofensas

De conformidad con el art. 11, N.º 4.º del C.P., se atenua la responsabilidad criminal del que ejecutó "el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su conyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad"

⁵¹ Corra, GORDOIA RUDA y RODRÍGUEZ MOURILLÓN, I, págs. 474 y 475, con bibliografía. La posición de ETCHERREY, II, pag. 19, no es del todo clara a este respecto, pero parecería inclinarse a exigir algún grado de afectación emocional. Otra opinión es GARRIDO, I, 17, III, A, pag. 186, que no exige estado de perturbación alguno.

⁵² ETCHERREY, II, pag. 19, implícitamente también GARRIDO, I, 17, III, A, pag. 186.

⁵³ Naturalmente, una actitud como la descrita en el texto puede inducir a confusión al autor respecto del consentimiento de la víctima. Esto, sin embargo, es algo que a la mente que se está examinando y se exige por los principios generales relativos al error.

en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos⁶⁷

La norma exige que se haya obrado en vindicación, esto es, con un propósito de venganza. Ese es un móvil que se comporta como un "elemento subjetivo" de la atenuante, pues, por lo general, no encuentra correlato alguno en el mundo exterior. Como suele suceder con las motivaciones, es posible que coexista con otras u otras, tal cosa no es óbice para otorgar la atenuación.

El sentimiento vindicativo, aunque mortificado por la colación cultural, se halla entre las más solidamente enraizadas en la naturaleza humana. Hay épocas históricas que la aprueban e, incluso, censuran al que no lo satisficiera. Hasta el presente pervive entregamente en algunos pueblos y en ciertas subculturas.

Por esas mismas razones, quizás, la sociedad occidental contemporánea lo combate, haciéndolo objeto de repulsa ética. A causa de ello, no se encuentra entre aquellos que podrían fundamentar una situación de fuerza irresistible excluyente de la culpabilidad.⁶⁸ Pero, tal como se desahaba respecto al impulso sexual,⁶⁹ la ley no puede ignorar por completo su existencia y, al menos dentro de un ámbito limitado, le concede el poder de atenuar la pena.

El ánimo vindicativo no implica necesariamente una alteración psicológica. Por el contrario, es compatible con una actitud fría⁷⁰ e, incluso, cuando así sucede, suele manifestarse con más éxito.

La ley exige que se obre para vengar una ofensa. Con arreglo a la opinión absolutamente dominante,⁷¹ la expresión está empleada en un sentido amplio que no solo comprende los actos injuriosos, sino cualquier conducta lesiva o dañosa para otra persona. Por consiguiente, la ofensa podría en ciertos casos reunir las características de una auténtica agresión, con excepción de la "actualidad", y esto es, precisamente, lo que diferencia en principio a la atenuante de la legítima defensa, pues, a causa de que en aquella el ataque se encuentra ya consumado, el afectado no lo repele, sino que se hace una inadmisiblemente "justicia de propia mano".

La ofensa debe ser grave, o sea, revestir una cierta magnitud cuya apreciación queda librada al juez, el cual, en todo caso, ha de enjuiciarla con criterio objetivo.⁷² En cambio, el derecho vigente no requiere que exista una relación de proporcionalidad entre ella y la reacción vindicativa. Así pues, la existencia de tal proporcionalidad no basta para configurar la atenuante cuando la ofensa no es "intrínsecamente" grave⁷³, ni, a la inversa, su ausencia, para desestimarla si concurren los otros requisitos⁷⁴, al que se venga de una ofensa grave no se le pide que mida sus reacciones para acrediar una disminución de la exigibilidad.

La ofensa se tiene que haber dirigido en contra del autor del hecho punible o de las personas que la disposición enumera basándose en la existencia de una relación conyugal o parental. Una vez más la ley ha formalizado una presunción de afecto que no siempre corresponderá a la realidad y en ocasiones resultará francamente infundada.⁷⁵ Asimismo, se ha desentendido de que existen otras situaciones en que la vinculación afectiva puede ser incluso más intensa que en las hipótesis consagradas por el texto. Esto último, sin embargo, admite un correctivo parcial, pues, si se dan sus otras exigencias, el autor podrá quizás beneficiarse con la atenuación otorgada por el N° 5° del art. 11 del C.P.

Como la atenuante constituye un caso de exigibilidad disminuida, no es necesario, tampoco aquí, que la ofensa sea real.⁷⁶ Basta, igual que en el caso de la provocación o amenaza, con que, atendidas las circunstancias, el autor haya podido verosimilmente representarse su existencia.

La norma exige que exista proximidad entre la ofensa y la conducta vindicativa. En principio, este requisito puede ser objeto de reparos, porque el ánimo de venganza es capaz de subsistir latente por largo tiempo. Sin embargo, creo que se encuentra justificada a causa de la forma impresa a la atenuante. En efecto, como la ley presupone, sin más, que toda ofensa grave genera un estímulo vindicativo vigoroso, sin reclamar prueba alguna de esto último, es razonable que limite el otorgamiento del beneficio a situaciones que corresponden a las formas de reacción más comunes; y esas, en realidad, suelen producirse prontamente. Por otra parte, en aquellos casos en los cuales la ofensa ha ocasionado una perturbación emocional electiva y que perdura largo tiempo, siempre será posible al afectado invocar la atenuante del N° 5°.

La proximidad supone, pues, cercanía cronológica, pero no la estrecha contigüedad reclamada por la "inmediatez". En esto, por consiguiente, esta atenuante es menos rigurosa que la del art. 11 N° 3°.⁷⁷

En la literatura nacional se sostiene que la ofensa ha de proceder de la misma persona sobre la cual recae la acción vindicativa.⁷⁸ La cuestión es discutible. Si se entiende que la atenuante está fundada en la existencia de una alteración psíquica de tipo pasional que motiva el contraataque, entonces la limitación es justificada. Pero, como ya se ha desahado, ésta no es la posición dominante en nuestro medio, donde la mayoría de los autores admiten la coexistencia del propósito vindicativo con la frialdad de ánimo y, consiguientemente, parecen entender que la tendencia natural a obtener venganza basta para reducir el margen de exigibilidad. Siendo así, no se divisan las razones por las cuales habría de exigirse una retorsión personal, ya que el deseo de vindicarse puede también satisfacerse mediante la lesión a un tercero distinto del ofensor.⁷⁹ Por esto, mi opinión es adversa a la introducción del requisito que, además, no puede deducirse del texto legal.

⁶⁷ Supra, 29, III, al. 1861, I.

⁶⁸ Supra, 1861, in fine. La expresión en el texto no significa puntilar las dos situaciones. Aquí no me compete analizar a fondo, pero es evidente que, mientras las tendencias sexuales cumplen una función positiva, que explica la inclinación de la cultura contemporánea a revalorarlas éticamente, las tendencias constituyen una expresión de violencia y pequeños traumas. Aquí así, no es posible desconocer su influjo perverso sobre la conducta humana.

⁶⁹ ETCHERBERY, II, págs. 20, GABRIOLA, I, 17, 30, págs. 187, NOVONA, II, 372, págs. 36, nota 19.

⁷⁰ CORONDA RODA y RODRIGUEZ MOURILLÓN, I, págs. 480 y 481, ETCHERBERY, II, págs. 20, GABRIOLA, I, 17, 30, págs. 186, NOVONA, II, 372, págs. 35.

⁷¹ CORONDA RODA y RODRIGUEZ MOURILLÓN, I, págs. 483, ETCHERBERY, II, págs. 20.

⁷² Véase supra, 29, III, c°.

⁷³ Dado que, a ese respecto, CORONDA RODA y RODRIGUEZ MOURILLÓN, I, págs. 483 y 484, con detalle, como en el caso CABRERO, I, 17, 30, págs. 187.

⁷⁴ ETCHERBERY, II, págs. 20, NOVONA, II, 372, págs. 35.

dd) El arrebató y obcecación

De acuerdo con el art. 11, Nº 5º, se concede una atenuación de la pena al que obra "por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación".

De las tres atenuantes emocionales (pasionales), esta es la única que descansa en la existencia real —procesalmente acreditada— de una perturbación anímica en el sujeto. En efecto, aquí por primera vez la ley se desentiende en principio de la causa que ha actuado sobre la psiquis del individuo, limitándose a describir los resultados producidos por ella en su ánimo.⁷² Lo que aparece en primer plano no es el estímulo, sino el arrebató y obcecación ocasionados por él en el autor.

El arrebató se entiende como una perturbación intensa en la capacidad de autocontrol de la persona. La obcecación, en cambio, supone una alteración de las facultades intelectuales (razonadoras) que impiden una adecuada dirección de la conducta conforme a sentido.⁷³

En atención a lo expuesto, es explicable que una parte importante de la psiquiatría y doctrina españolas aparezcan en esta atenuante un caso de imputabilidad disminuida.⁷⁴ Como para tal situación constituyen en realidad hipótesis de exigibilidad atenuada,⁷⁵ creo que esa conclusión puede acogerse siempre que se haga reserva sobre el significado de los términos empleados.

De todas maneras, lo que aquí importa es que, en ambos casos, la posibilidad del autor para autodeterminarse con arreglo a los mandatos y prohibiciones del derecho se encuentra mermada. Por lo tanto, el fundamento de la atenuación radica en un estado real (comprobable) de exigibilidad disminuida.

El arrebató y la obcecación, a pesar de su intensidad, son, en todo caso, menos que una perturbación total de razón. Si no se los entendiera de ese modo, perdería todo significado la causal de imputabilidad contemplada por el art. 10, Nº 1º, segunda parte del C.P.

Aunque provoquen un estado que, desde el punto de vista de las valoraciones jurídicas es relativamente semejante, las dos situaciones aludidas por la ley son, como se ha visto, diferentes y, en algunos casos, hasta antagónicas. Por tal motivo, es absurdo que la ley parezca reclamar su concurrencia copulativa mediante el empleo de la conjunción "y". En consecuencia, la doctrina más autorizada rechaza esa exigencia⁷⁶ y considera que el precepto ha de entenderse como si hablara de "arrebató u obcecación". Esa es, por lo demás, la redacción que una reforma ulterior dio al texto correspondiente en el Código Penal español⁷⁷, lo cual demuestra la exactitud del criterio expuesto.

⁷² ETCHEBERRE, II, pag. 21; NOVOLA, II, 370, pag. 31: "La ley no reclama simplemente que el estímulo sea capaz de provocar esas turbaciones anímicas, sino que exige únicamente que las haya producido". (El subrayado es mío).

⁷³ Así también, aunque con alguna variante, NOVOLA, II, 370, pag. 31.

⁷⁴ CORDOBA RÍDIA Y RODRIGUEZ MOURILLO, I, pag. 502.

⁷⁵ Supra, 27, II, a), ocl.

⁷⁶ LABATUT, I, 189, b), pag. 214; GARRIDO, I, 17, v), pag. 189; NOVOLA, II, 370, pag. 31.

⁷⁷ Cf. CORDOBA RÍDIA Y RODRIGUEZ MOURILLO, I, pag. 501. Lo mismo ocurre en el artículo 21 Nº 1.

El arrebató u obcecación deben ser el resultado de un estímulo tan poderoso que los haya producido naturalmente.

El estímulo puede ser de cualquier índole. Sin embargo, hay quienes le han exigido una procedencia lícita e, incluso, digna de aprobación ético-social. Así, se negaría la atenuante al que comete el delito poseído por los celos que le inspira su concubina a quien sorprende manteniendo relaciones con un tercero, y en otras situaciones semejantes. Este punto de vista, que ha sido muy influyente en la práctica⁷⁸, carece de todo fundamento, como lo ha destacado la mayor parte de la literatura nacional⁷⁹ y extranjera.⁸⁰ Todo lo que requiere la ley es que el estímulo sea lo bastante poderoso como para causar naturalmente —esto es, en el "hombre medio"— un estado de arrebató u obcecación. Y es evidente que existen motivaciones éticamente reprochables —como el mismo derecho en vigor lo reconoce respecto al impulso vindictivo (art. 11, Nº 4º C.P.)—, a las que, sin embargo, a causa de la fragilidad humana, es preciso reconocer una capacidad para originar perturbaciones emocionales intensas en la generalidad de los hombres.

La confusión en torno a este punto parece proceder de que la norma exige al estímulo una idoneidad natural para causar el arrebató u obcecación. Ahora bien, hay ciertas excitaciones éticas y socialmente reprochables, que no logran generar efectos perturbadores intensos sino en un pequeño círculo de individuos afectados por severas perversiones o que no han desarrollado una capacidad de inhibición elemental frente a estímulos que la generalidad de los participantes en la convivencia son capaces de resistir con éxito. Así, es claro que lo que puede arrebató u obcecar a un sádomasoquista o un letrahista no es "naturalmente" (deseo para poner fuera de sí al hombre medio; de la misma forma, el espectáculo de una mujer ligera de ropajes, que puede conducir al paroxismo e inducir a la violación a un individuo cuyos frenos inhibitorios no se encuentran debidamente desarrollados, no provoca una reacción semejante en la mayor parte de las seres humanos. Pero estas son situaciones limitadas a causa de su rareza; no por la índole excesivamente más o menos reprochable del impulso a que obedeció la excitación. Hay personas que pueden precipitarse en el peor de los arrebatos si se las pone en contacto con una pluma de ave, porque padecen de una perturbación psicológica en tal sentido. También en esta hipótesis, en la cual el origen de la alteración es estrictamente neurol, tendría que negarse la atenuación concedida por el art. 11, Nº 5º del C.P., porque todos convencerían en que el estímulo descrito no es lo bastante poderoso como para suscitar semejante reacción en un hombre medio. De aquí, por consiguiente, no puede deducirse reconocimiento legal alguno respecto a la licitud o corrección ética de las motivaciones propulsoras.

A mi juicio, la exigencia de que los estímulos sean naturalmente capaces de ocasionar el arrebató u obcecación objetiviza excesivamente la atenuante, impidiendo una apreciación más individualizadora⁸¹ de las distintas situaciones posibles. Debería buscarse una fórmula que permitiera apreciar también eventuales anomalías psíquicas en el autor, aunque es preciso convenir en que su elaboración supone dificultades considerables. En todo caso, el defecto se encuentra paliado hasta cierto punto mediante el reconocimiento de una aptitud atenuatoria a la imputabilidad disminuida.⁸²

⁷⁸ ETCHEBERRE, D.P., II, 141, págs. 176 y 593.

⁷⁹ LABATUT, I, 189, b), pag. 215; NOVOLA, II, 370, v), págs. 33 y 33. Ahora, como en el texto, también ETCHEBERRE, II, pag. 21.

⁸⁰ CORDOBA RÍDIA Y RODRIGUEZ MOURILLO, I, págs. 509 y 510, con detalle. Con limitaciones, ROMERÍDIZ DE VESA, I, cap. 672.

⁸¹ ROMERÍDIZ DE VESA, I, cap. 672.

La ley no exige que entre el estímulo y la ejecución del delito medie un determinado espacio de tiempo.⁵⁷ Solo importa que el estado de arrebató a obcecación perdure al momento de perpetrarse el hecho punible. Usualmente, por cierto, este tipo de alteraciones son de carácter pasajero,⁵⁸ pero existen situaciones excepcionales en las cuales perduran por un lapso prolongado o reaparecen excitadas por circunstancias que rememoran su origen.⁵⁹ Nada obsta, en estos últimos casos, a la apreciación de la acentuación.

Como la disposición importa el reconocimiento de una situación en que la exigibilidad está disminuida, no se precisa, una vez más, la realidad de los estímulos.⁶⁰ Bastaría con que existieran en la representación del agente si, atendidas las circunstancias, al hombre medio le hubiese ocurrido otro tanto.

b) Obrar por celo de la justicia

Según el N° 10 del art. 11 del C.P., se acentúa la responsabilidad criminal del que ha "obrado por celo de la justicia".

La atenuante es original de la ley chilena, pues no se la consagra en los Códigos que sirvieron de modelo a la Comisión Redactora del nuestro.⁶¹

El fundamento de la atenuación se encuentra en la naturaleza particular del móvil, que, en este caso, es de carácter valioso, pues el sujeto llega hasta la ejecución del hecho típico por amor a la justicia, en persecución de la cual se excede, lesionando otros bienes sociales. A causa de esto, se trata también de una hipótesis en que la exigibilidad está disminuida. Lo peculiar de la situación radica en que, en ese caso, la circunstancia que presiona sobre la libertad del autor suscita en principio la aprobación de la comunidad: es solo la forma exagerada que adopta la reacción lo que se le censura: él se ha dejado determinar por un mandato del derecho más allá de lo que este mismo desea y, por eso, ha violado otra a otras normas que ni siquiera en tal situación debieron ser quebrantadas.

Como aquí lo decisivo es la acentuada apreciación ético-social del motivo, no se requiere que el agente haya obrado en un estado de perturbación emocional⁶²; la atenuante es compatible con la realización serena de la conducta punible. Pero, por eso mismo, parece exacta la afirmación de ETCHEBERRY⁶³ en el sentido de que no admite la concurrencia de otros móviles. La ley sólo acentúa la desvaloración personal del autor si éste se ha dejado determinar únicamente por el celo de la justicia. Cuando la Comisión Redactora decidió introducir el precepto, lo hizo expresamente pensando en el funcionario que se excede en el ejercicio de sus atribuciones

a causa de su afán por cumplir mejor la misión que le está confiada. Por tal motivo, una parte de la literatura piensa que la atenuante sólo puede beneficiar a quienes ostentan esa calidad.⁶⁴ Ese criterio, sin embargo, no encuentra apoyo en la ley.⁶⁵ En la mayor parte de los casos, ciertamente, las conductas que satisfagan sus exigencias pertenecerán a un funcionario público, pero no es imaginable la de un particular que también las cumpla. Así, por ejemplo, el acto de quien detiene y conduce ante el tribunal al que sabe autor de un delito cometido hace largo tiempo, porque le consta su intervención en él. De la misma forma el que suscita un niño de la casa de sus padres, con el propósito de mejorar su situación, porque está impreso de que esos lo descuidan y maltratan.

La expresión *justicia* ha sido empleada en un sentido amplio que equivale a lo justo. Por consiguiente, la atenuante no se encuentra referida solamente a las actividades propias de la administración de justicia,⁶⁶ sino a cualquiera que tenga por objeto "dar a cada cual lo suyo".

En atención a lo expuesto y al fundamento subjetivo de la atenuante, creo que ella debería serle atribuida, en muchos casos, al "autor por convicción".⁶⁷ Con frecuencia, en efecto, este obra acuciado por un anhelo de "hacer justicia", positivamente equivocado, pero no por eso menos respetable. El art. 11 N° 10 del C.P. proporciona un recurso valioso para tratarlo equitativamente.

IV. ATENUANTES RELATIVAS A LA PERSONALIDAD DEL SUJETO: LA IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR

Con arreglo al art. 11 N° 6° del C.P., se concede una atenuación de la pena "si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable". La disposición, que fue tomada del Código Penal de Austria, pues no la contenían los españoles de 1848 y 1850, ha sido objeto de mucha controversia, tanto por la naturaleza de su fundamento como por la forma y frecuencia con que se la trata por la práctica.

a) En la literatura nacional se ha sostenido, a veces, que con esta norma "se abre paso, en cierta medida, la consideración de la personalidad del sujeto en nuestra ley positiva"⁶⁸, en el sentido de atribuir significado a su carácter para la determinación de la punibilidad.⁶⁹ Desgraciadamente este género de referencias al "estado" personal del autor, que vulneran el principio de culpabilidad, no son completamente ajenas al derecho en vigor.⁷⁰ Sin embargo, yo no creo que éste sea uno de tales casos, pues la atenuante admite una fundamentación y, por eso, también una interpretación mejores.

⁵⁷ ETCHEBERRY, II, pag. 21; GARRIDO, I, 17, III, c) pag. 188; LABATUT, I, 189, b), pag. 213; NOVVOA, II, 370, II, pag. 32.

⁵⁸ No necesariamente, como parece sugerirlo la sentencia citada por CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MACHUGO, I, pag. 802. Los autores, en todo caso, recusan la exigencia de "inmediatez" en I, págs. 311 y 312.

⁵⁹ Así, en especial, NOVVOA, II, 370, II, pag. 32.

⁶⁰ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MACHUGO, I, págs. 510 y 511.

⁶¹ ETCHEBERRY, II, pag. 21 y 22; GARRIDO, I, 17, III, d), pag. 188; NOVVOA, II, 377, pag. 47, nota 53.

⁶² ETCHEBERRY, op. y loc. cit. en nota anterior.

⁶³ GARRIDO, I, 17, III, d), pag. 190; NOVVOA, II, 377, pag. 47.

⁶⁴ ETCHEBERRY, II, pag. 22, quien, sin embargo, no suscribió la última parte del texto, pues se concierne a los más restringidos.

⁶⁵ Según 33, IV.

⁶⁶ NOVVOA, II, 373, pag. 30.

En primer lugar, cuando la conducta precedente del individuo ha sido intachable, hay motivos para suponer que la perpetración del delito fue ocasionada por unas circunstancias extraordinarias que conmovieron su capacidad de autodeterminarse. En tal sentido, la atenuante se apoyaría sobre un *indicio de exigibilidad disminuida*: como la ejecución del hecho punible no puede reconducirse fácilmente a una personalidad que hasta entonces ha permanecido fiel a los dictados del derecho, cabe sospechar que no es un producto enteramente libre de ella, sino el de una situación anómala que la perturba.

NOVOVA invierte por completo este argumento, sugiriendo "que a un individuo que en todo momento ha podido observar una conducta intachable —en la cual habrían influido, de seguro, circunstancias muy favorables de ambiente y de cultura— se le puede exigir, con mayor rigor, si cabe, que se mantenga en el mismo plano y que no decida entrar en el campo de la transgresión jurídica".¹⁰⁰ El razonamiento es correcto: pero, a mi juicio, arrastra de una premisa equivocada. En efecto, refiere la exigibilidad a la personalidad estable del sujeto —a su carácter— y a las circunstancias que conformaron esa entidad. Pero aquí lo que interesa es la relación de la personalidad con el acto y las circunstancias de éste; la pregunta alude a si era exigible al autor comportarse de otra manera "ahí y ahora". Inherentemente porque no es normal que quien siempre se comportó en forma correcta se aparte súbitamente de esa línea a incursir en una acción que es un hecho punible, aunque la sospecha sobre la medida en que ese proceder es una expresión auténtica de su libertad.¹⁰¹ Con el criterio sustentado por NOVOVA, en cambio, se produce la paradoja de que el buen carácter para y el mallo beneficia.

Naturalmente, NOVOVA está en lo cierto cuando da a entender que aquérra más se ha dado puede exigirse más. Por eso, el hombre culto, bien educado y abastado que se abandona una y otra vez a la tentación del delirio o vice, por lo menos, en los límites de lo socialmente intolérable, es digno de más censura que el delincuente informado, ignorante y desahogado. Pero aquí no se trata de tales casos —al menos según la voluntad auténtica de la ley—, sino del individuo banal y hasta el presente "irreprochable", que ha incurrido ocasionalmente en una acción punible. Si la aplicación práctica que se hace de la norma no es consecuentemente con esta idea, debe serle objetado a la jurisprudencia, no a la ley.¹⁰²

Por otra parte, MAURACH ha destacado también que "el conocimiento de la personalidad del delincuente es de importancia particular para la determinación de la llamada *susceptibilidad a la pena*", pues "es un hecho conocido que una misma pena puede tener efectos bien diferentes sobre delincuentes diferentes", cosa que "no ha de ser descuidada por el juez en el acto de fijar la pena".¹⁰³ También desde este punto de vista merece consideración atenuatoria la irreprochable conducta anterior, aunque, como el propio MAURACH lo destaca,¹⁰⁴ ha de ser apreciada con mucho tiento, prudencia y rigor a fin de evitar que conduzca a una justicia de clase como la que, con razón, pareciera tener NOVOVA.

De todo lo expuesto se deduce, en suma, que la atenuante del art. 11, N.º 6.º del C.P., se encuentra basada en una presunción de exigibilidad disminuida deducida de la conducta anterior irreprochable, y en puntos de vista prácticos sobre la sensibilidad del sujeto a los efectos de la sanción que procuran abrir el paso a una deter-

minación más equitativa de ésta. En un sentido semejante parece moverse la disposición contenida en el art. 73, N.º 5.º del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, con arreglo a la cual, para fijar la pena, el juez debe tener en cuenta, entre otras circunstancias, "las demás condiciones personales del sujeto activo (...) en la medida en que hayan influido en la comisión del delito".

En consideración a todo esto, las críticas que suelen dirigirse a la atenuante no me parecen enteramente fundadas.¹⁰⁵ Si alguna vez se prescinde de ella, es posible que su ausencia se deje sentir en forma lamentable.

b) La ley exige una conducta anterior *irreprochable*, esto es, exenta de tacha. El requisito es puramente negativo y, por lo tanto, no es preciso acreditar que el sujeto ha llevado una vida "virtuosa"; pues esto último implica una actividad positiva en el sentido del bien.¹⁰⁶ Basta con establecer que el autor se abstuvo siempre de obrar mal.

La irreprochabilidad supone que el comportamiento del agente ha respetado los requerimientos éticos con significación social.¹⁰⁷ En consecuencia, no deben tomarse en consideración infracciones morales sin proyección sobre la convivencia. Que el autor sea un consumidor habitual de literatura pornográfica o no ame a sus hermanos es aquí del todo irrelevante. Sobre la estrictidad, que la jurisprudencia suele estimar óbice a la apreciación de la aenuante,¹⁰⁸ debiera hacerse una decisión más fina. La conducta del que se embriega en la intimidad y sin provocar consecuencias indeseables para otros integrantes del grupo social no es susceptible de reproche, al menos desde el punto de vista que aquí nos interesa. Otro tanto vale para el consumo de drogas.

La jurisprudencia entiende, por lo general, que no existe conducta anterior irreprochable si el autor ha sido condenado antes por un delito cualquiera. En principio, este punto de vista corresponde a la realidad, pero no debiera erigirse, sin más, en regla. Algunos hechos punibles de poca importancia, como las faltas, o que no merecen una reprobación ético-social intensa (delitos culposos, ciertos atentados sin víctima en contra de la moralidad sexual, como la sodomía consentida; determinados tipos de delitos políticos puros, algunos delitos económicos o tributarios, etc.), no deberían ser tomados en consideración sino en el caso de que realmente revelaran en el individuo una concreta inclinación antisocial.¹⁰⁹

La irreprochabilidad debe juzgarse con un criterio relativo a las circunstancias personales del sujeto.¹¹⁰ El conductor de un taxi que permanece doce horas diarias frente al volante puede invocar la atenuante si al cabo de veinte años ejerciendo su oficio incurrir por primera vez en un delito del tránsito; en cambio, no debería concederse al que sólo maneja su automóvil particular desde hace como tiempo y

¹⁰⁰ NOVOVA, II, 373, págs. 30. El subrayado es mío.

¹⁰¹ En sentido semejante, MAURACH, *La función de la pena*, citando a los *Annali di diritto penale*, 1902, en R.C.P., tomo XXX, N.º 1, III, págs. 10.

¹⁰² Sobre ello, en todos casos, infra, 80, a) 1.º

¹⁰³ Así, también, ETCHENERRI, II, págs. 23, quien, desgraciadamente, no expresa los motivos de su posición.

¹⁰⁴ NOVOVA, II, 373, págs. 30 y 40.

¹⁰⁵ ETCHENERRI, II, págs. 24.

¹⁰⁶ Cf. LAZZATI, I, 199, v.º, págs. 215.

¹⁰⁷ En el mismo sentido, ETCHENERRI, II, págs. 24. Aunque se refiere a otra cosa, un criterio semejante puede deducirse también de MAURACH, *La función de la pena*, citando a los *Annali di diritto penale*, 1902, en R.C.P., tomo XXX, N.º 1, III, págs. 10.

¹⁰⁸ Así, también, ETCHENERRI, II, págs. 23, quien, desgraciadamente, no expresa los motivos de su posición.

¹⁰⁹ NOVOVA, II, 373, págs. 30 y 40.

¹¹⁰ ETCHENERRI, II, págs. 24.

unicamente en los fines de semana.¹¹² Tiene derecho a la atenuación el obrero modesto que recien después de muchos años viviendo honesta y humildemente se deja arrastrar por la tentación de apropiarse de una suma perteneciente a su patron; no el jovenito disipador que incurre en la primera estafa tan pronto ha terminado de derrochar su herencia. Lo decisivo no es el hecho objetivo de *no haber sido castigado penalmente hasta el presente*, sino la perseverancia del delincuente para resistir a toda tentancia criminal.¹¹³

Como la ley no establece un limite temporal, se exige que toda la vida anterior del delincuente haya sido intachable. Pero es razonable el limite propuesto por ETCHERREY,¹¹⁴ con arreglo al cual no debieran tomarse en cuenta hechos de adolescencia y juventud que no revelan tendencia antisocial alguna y solo son expresiones comprensibles de la efervescencia vital imperante en esa edad. Los muchachos de UNAMUNO, que quiebran los faroles del alumbrado publico para expresar su entusiasmo juvenil, no dejan de gozar, por ese solo hecho, de una conducta irrepachable.

A juicio de NOVQA,¹¹⁵ en los casos de reiteracion de delitos que son enjuiciados en una sola sentencia, atenuamente debe acreditarse la atenuante respecto del primero de ellos, ya que en relacion a los restantes la conducta anterior habria cesado de ser intachable en razon de la comision de aquel. Su punto de vista es correcto. En todo caso, el problema deberia ser mas bien teorico, pues si la atenuante se aplicara rigurosamente por los tribunales, lo mas conveniente seria que en la vida precedente del reincidente se encontrasen frecuentes manifestaciones de inclinaciones antisociales. La coesion cobra importancia a causa de la forma extrenadamente generosa en que los jueces prosiguen la atenuacion.

En efecto, la practica suele contentarse a este respecto con una prueba de que el sujeto no ha sido condenado antes por otro delito. Así, salvo raras casos en los que se opone a ello un querrelante acucioso y logra obtener de los tribunales superiores una apreciacion más cuidadosa, la atenuante se acredita invariablemente a aquel en contra del cual se impone una pena por primera vez —incluso en los casos de reiteracion—. Todo este procedimiento, por cierto, es criticable.¹¹⁶ Pero es preciso reconocer que tambien obedece a un deseo de hacer justicia dentro de un sistema de determinacion de la pena excesivamente reglamentario. La jurisprudencia, impedida de apreciar mejor las circunstancias del hecho a causa del régimen de marcos punitivos rígidos, busca en la consideracion laxa de esta atenuante una forma de escapar a ese esquematismo de la ley.

V. ATENUANTES FUNDADAS EN LA CONDUCTA DEL AUTOR POSTERIOR AL DELITO

Las atenuantes a que se refieren los N.ºs 7.º, 8.º y 9.º del art. 11 del C. P. aluden todas a conductas desplegadas por el sujeto después de consumado el delito o de haberse interrumpido su ejecucion por causas independientes de su voluntad. Básicamente se fundan en consideraciones utilitarias: la ley otorga un tratamiento más benevolento al autor, con el objeto de estimularlo, aun después de perpetrado el hecho

punible, a paliar sus consecuencias o a facilitar la tarea de hacer justicia. Sin embargo, tras ellas yace asimismo, aunque de manera secundaria, la idea de que quien se comporta en esa forma expresa un cierto arrepentimiento —cuya demostración, por cierto, no se exige en la ley— o, cuando menos, algun proposito de colaborar con el derecho, del cual se sigue un indicio de que la ejecucion del acto tipico no fue un producto enteramente libre de su voluntad.¹¹⁷ Esto último las emparenta tambien con los casos de exigibilidad disminuida. Aun sin ser decisivo, esto puede cobrar importancia cuando se trata de establecer si la atenuante tiene caracteristicas de "muy calificada", con arreglo al art. 68 bis del C. P. o de ponderar su "entidad" para la aplicacion de la norma contenida en el art. 69 del C. P.

a) Reparación con celo del mal causado o evitación de sus consecuencias ulteriores

De conformidad con el art. 11, N.º 7.º, se otorga una atenuacion de la pena a quien "ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias".¹¹⁸

La disposicion fue tomada por los autores de la ley del Código Penal austriaco, pues no la contemplaba el español de 1848.¹¹⁹

La ley supone aqui el despliegue por el agente de una actividad que se realiza después de que el delito se encuentra ya consumado o, si ha quedado en estado de tentativa o frustracion, cuando ya es evidente que no se consumará y luego de haberse efectuado el último acto de ejecucion. Si, por el contrario, el autor actúa evitando voluntariamente la consumacion, estaremos frente a un caso de *desistimiento*,¹²⁰ que dará lugar a la impunidad y no a una pura atenuacion.

Esa regla, sin embargo, admite una excepcion. Cuando, en los casos de un delito frustrado (tentativa acabada), el sujeto desiste y actúa antes de la consumacion para evitarla, pero fracasa en su intento, no se lo examina de pena, pero debiera acreditarse esa atenuante, siempre, por supuesto, que concurran sus otras exigencias.

La actividad aludida puede ser desplegada por el mismo autor o por un tercero a instancias de aquel,¹²¹ pero el solo hecho de no impedir que otro la realice es insuficiente para la configuracion de la atenuante.

No se requiere *esporadicidad*.¹²² La espontaneidad supone que la idea de reparar o impedir debe brotar en el sujeto sin intervencion alguna de terceros. En el texto

¹¹⁷ Un desarrollo interesante desde este punto de vista, pero referido a una ley posterior concebida en otra forma, MALDACH, *La formacion de la pena como resultado de la voluntad*, *cit. de post. de 1962*, cit. IV, C, págs. 34 y sigs. Sus observaciones pueden ser útiles de ley fonda, pero no deben extirparse directamente al derecho nacional en vigor.

¹¹⁸ Cf. NOVQA, II, 374, pág. 41. Actualmente la ley española contiene un proceso equivalente, pero no exactamente semejante en el artículo 21 N.º 2.º. Véase, sobre ello, CORDOVA BODIA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, págs. 516 y sigs. Y, recientemente, MIR, 25, 45, pag. 606.

¹¹⁹ Infra, 35, V.

¹²⁰ ETCHERREY, II, pag. 25; GARRIDO, I, 17, V, pag. 104. En contra, al parecer, NOVQA, II, 374, pág. 40, aunque la forma en que expresa su opinion no excluye categóricamente una interpretacion como la del texto.

¹²¹ FERRER, LAURENT, I, 160 al 161; NOVQA, II, 374, nota 40. Para desmentir ambas opiniones, véase...

¹¹² MALDACH, *La formacion de la pena como resultado de la voluntad*, *cit. de post. de 1962*, cit. IV, B, pag. 33, con

ese sentido tambien GARRIDO, I, 17, IV, pag. 101.

¹¹³ Véase la cita de MALDACH en nota anterior.

¹¹⁴ ETCHERREY, II, 104, 20.

legal no hay elementos en que pueda apoyarse esta exigencia¹²². Nada se opone a que el propósito de obrar en esa forma sea sugerido al autor por un tercero. De hecho, en la práctica suele aconsejarse su abogado defensor. Lo que en realidad se precisa es que la conducta sea ejecutada voluntariamente por el hecho; eso es, que, habiendo podido abstenerse de realizarla, se haya decidido libremente por ella.

Los motivos del individuo son irrelevantes. Da lo mismo que actúe por un impulso de autotico arrepentimiento o tan solo para procurarse el beneficio de una sanción más benévola.¹²³ Igualmente, carece de importancia el momento en que despliegue la actividad, siempre que sea el oportuno para la obtención de la finalidad perseguida. Por consiguiente, puede hacerse también aun después de iniciado el procedimiento en su contra,¹²⁴ y hasta antes de dictarse sentencia de término.

La conducta del autor debe ser celosa, es decir, tiene que importar un esfuerzo personal considerable enlazado al logro de los objetivos determinados por la norma examinada. Pero si dicha actitud existe, no importa que la reparación sea incompleta o que las ulteriores perniciosas consecuencias no consigan impedirse en todo o en parte.¹²⁵ La ley se contenta con la exteriorización efectiva de un propósito serio; no reclama resultados exitosos.

Cuando el mal causado es susceptible de reparación, como ocurre característicamente en los atentados en contra de la propiedad, el precepto requiere que el autor procure con celo darla. En los otros casos, que tienen seriamente impedido las ulteriores consecuencias del delito (por ejemplo, asegurar la subsistencia de la familia de la víctima del homicidio; proveer a la curación del lesionado, etc.). Como en la Parte Especial suelen darse algunas normas particulares sobre esta materia, la comparabilidad de la atenuante con los distintos tipos delictivos tiene allí que ser objeto de análisis caso por caso.¹²⁶

b) Entrega voluntaria a la justicia

El art. 11 N.º 8.º del C.P., concede una atenuación al delincuente "si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito". La disposición no se encontraba tampoco en los Códigos Penales españoles de 1848 y 1850, y fue tomada por el autor de nuestra ley del Código austriaco y del español de 1822.¹²⁷

La mayoría de la doctrina considera que el fundamento de esta atenuante es básicamente utilitario (práctico)¹²⁸; se premia al hecho porque con su conducta favorece la acción de la justicia. Sin embargo, la forma en que está concebido el

precepto parece enfatizar más en este caso que en el del N.º 7.º las características indiciarias de culpabilidad disminuida que contiene la norma.¹²⁹ En efecto, el sujeto que tuvo la posibilidad de eludir la acción de la justicia y, no obstante, prefirió someterse a sus duradas, parece evolucionar con ello una personalidad respetuosa de los mandatos y prohibiciones del derecho, de la cual el hecho punible bien puede no haber sido sino un producto anómalo, determinado por circunstancias que alteraron el proceso de formación de la voluntad. Aunque a veces pueden presentarse excepciones,¹³⁰ lo usual es que quien decide cometer un delito libremente, espere también escapar a las consecuencias penales y procurar hacerlo. Así pues, cuando se expone voluntariamente a sufrirlas, uno puede sospechar que la conducta típica precedente fue ocasionada por una situación extraordinaria a la cual el codex mal de su grado. Por consiguiente, en esa atenuante, como en ninguna otra de las de este grupo, las consideraciones utilitarias y de justicia se encuentran entrelazadas inextricablemente.

La atenuación se concede a quien, bajo ciertos supuestos, se denuncia y confiesa el delito. El verbo "denunciarse" no está empleado en el sentido técnico que le atribuye el art. 82 del C. de P.P., sino en el coloquial de "entregarse a la justicia" o "comparecer ante ella".¹³¹ Por esta razón, la denuncia puede producirse aunque el proceso ya esté iniciado e incluso si se ha dirigido en contra del autor.¹³² El sujeto debe, además, "confesar", en el sentido de reconocer su participación en el hecho punible. La existencia de ese último, en cambio, debe ser acreditada por otros medios, pues, con arreglo al sistema procesal vigente, la confesión no es hábil para ese efecto.

Se discute si se ha de exigir la atenuación únicamente al que ha confesado una participación "culpable"¹³³ o si también ha de concederse al que la calificó, alegando causas de justificación o exculpación, o circunstancias atenuantes cuya existencia fue desestimada por la sentencia.¹³⁴ El criterio correcto es este último.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el hecho de denunciarse y confesar el delito facilita la acción de la justicia aun cuando el autor alegue circunstancias atenuantes o eximentes de la pena que luego no puede probar. También en tal caso, como lo han reconocido algunos de las sentencias que se analizarán por esta tesis, la determinación de los hechos, de la participación y, sobre todo, de una serie de otros detalles, cuya relevancia jurídica puede ser considerable, se hace más sencilla para el tribunal. En segundo término, no ha de perderse de vista que muchas veces la verdad procesal difiere de la real, de tal manera que el autor puede haber fracasado en su empeño de acreditar las calificaciones apropiadas a la confesión únicamente por razones técnicas. En tal evento se consumaría la mayor de las injusticias si, además, se le priva de la atenuante por no obstante haberse entregado voluntariamente a la justicia. Por último, debe recordarse que el precepto con que el hecho contemplado ocurrido no es el mismo que empuja al tribunal. Aparte de todas las circunstancias que pueden contribuir a disociar las apreciaciones de aquel, hay que tener en consideración la tendencia

¹²² A diferencia de lo que ocurre en el antiguo texto del Código Penal Español, el artículo 23 N.º 8.º actual tiene en vigor un plazo máximo de seis meses. Véase, al respecto, MIB, 23, 43, pag. 606.

¹²³ EICHENBERG, II, pag. 26; CÁRRERA, I, 17, N.º pag. 104; LABATE, I, 184, al. pag. 216; NAVAZO, II, 574, pag. 40. Por esta razón, como se describe supra, antes de al., el análisis de culpabilidad disminuida queda aquí muy descontextuado.

¹²⁴ NAVAZO, II, 574, pag. 40.

¹²⁵ EICHENBERG, II, pag. 25; LABATE, I, 190, al. pag. 216; CÁRRERA, I, 17, N.º pag. 104; NAVAZO, II, 171, pag. 40.

¹²⁶ Véase, al respecto, EICHENBERG, II, pag. 23; MIB, I, CÁRRERA, I, 17, N.º pag. 104.

¹²⁷ NAVAZO, II, 375, págs. 42 y 43, pone también de relieve ese aspecto, desestimando la desvirtuada consideración de EICHENBERG sobre el punto; nota 40, en pag. 43.

¹²⁸ Ídem, nota 126.

¹²⁹ EICHENBERG, II, pag. 26; CÁRRERA, I, 17, N.º pag. 104; NAVAZO, II, 175, págs. 41 y 44, con detalle, argumentación crítica y jurisprudencia.

¹³⁰ NAVAZO, II, 375, pag. 41.

¹³¹ NAVAZO, II, 175, pag. 44.

natural a la autodefensa, en virtud de la cual basta el que ha obedecido el impulso a denunciar y confesar puede intentar salvarse involucrando en una falsedad secundaria. Si la ley está dispuesta a reconocer hasta cierto punto la debilidad del ser humano, no puede ignorar por completo esa última realidad.

El que se denunció y confesó sólo se beneficia de la atenuante si contaba con la posibilidad de *eludir la acción de la justicia por miedo de la fuga u ocultándose*. Como es lógico, la ley no exige que exista la certeza de eludir, sino tan sólo una probabilidad razonable de hacerlo¹³¹. En todo caso, no obsta a la practicabilidad de la fuga u ocultamiento el hecho de que de ellos pudieran seguirse para el autor perjuicios patrimoniales, perturbaciones familiares u otras desventajas semejantes. Para el delincuente, en estas circunstancias, la impunidad es una prioridad de primer rango.

En este punto la norma es útil para la comprensión de lo que la ley entiende por "voluntario". Aquí se expresa—quizás por única vez a lo largo del articulado del Código—que una conducta se valora como libre (voluntaria) si el actor ha contado con la posibilidad de observar otra distinta.

c) Colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos

De acuerdo con N.º 9º del art. 11 de C.P. se atenua, por último, la pena a quien "ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos".

Esta atenuante fue introducida en el Código recién en el mes de mayo del año 2002, por la ley 19.806, y reemplazó a la de confesión espontánea, que anteriormente ocupaba su lugar y no se avenía con el espíritu del nuevo C.P., próximo a entrar en vigencia en todo el territorio nacional. En atención a eso, no se encuentra desarrollada por la doctrina¹³² y la jurisprudencia que se refiere a ella es insignificante.

En este caso el fundamento es de un carácter político criminal más acentuado todavía que en las otras dos referentes a la conducta posterior del delincuente.¹³³ Aun así, no le es del todo extraño cierto carácter indiciario de una exigibilidad disminuida. Con su "colaboración al esclarecimiento de los hechos", el autor evidencia una personalidad a la que la ejecución del hecho punible es en algún modo ajena.

La colaboración es un concepto amplio y "para permitir una apreciación más laxa" de la atenuante, "muy necesaria en el nuevo proceso penal, particularmente para recompensar a quien, reconociendo su responsabilidad por los hechos imputados, acepta soluciones diferentes al juicio oral (suspensión condicional del procedimiento, *procedimiento abreviado*, etc.)"¹³⁴. Puede estar dirigida tanto al "esclarecimiento" del hecho punible propiamente tal, como a la intervención que en el ha tenido el sujeto u otras personas cuya participación en él era ignorada hasta ese momento.

Aunque el texto legal habla de colaborar con la justicia, la contribución puede efectuarse no sólo ante el tribunal sino, además, ante otras autoridades encargadas

de la investigación (en especial el Ministerio Público, pero también la policía, etc.). En estos últimos casos, no obstante, la colaboración deberá ratificarse ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

La colaboración ha de ser sustancial, eso es, no debe limitarse a proporcionar detalles intrascendentes sino constituir un aporte efectivo y serio al éxito de la investigación; pero, a diferencia de lo que requieren algunas disposiciones especiales como las del art. 33 de la Ley 19.366 y de la Ley 19.172, sobre lo que se denomina "arrepentimiento eficaz", no exige que el se traduzca efectivamente en resultados concretos.¹³⁵

§ 33. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

1. GENERALIDADES Y CLASIFICACIÓN

a) Sistemas de las circunstancias agravantes

Al igual que las circunstancias de atenuación, las agravantes genéricas se encuentran enumeradas taxativamente¹³⁶ en el art. 12 del C.P., el que debe entenderse complementado por la norma del art. 72, inc. segundo del C.P.¹³⁷ También aquí, por consiguiente, se ha consagrado el sistema de numerus clausus. Pero en este caso tal cosa no sólo es digna de aprobación, sino que, en rigor, no puede ser de otra manera,¹³⁸ pues la introducción en el catálogo de agravantes de una cláusula que autorice su creación analógica importaría una infracción grosera al nula poena¹³⁹ y sería, en consecuencia, inconstitucional. Por lo tanto, en este punto obro con prudencia la Comisión Redactora del Código cuando decidió suprimir una disposición de ese género que se contenía en el modelo español¹⁴⁰ y que ya había sido objeto de crítica por PACHECO¹⁴¹. Las causales de agravación deben encontrarse expresa y agotadoramente descritas por la ley, que no puede otorgar al juez la facultad de crearlas mediante construcciones analógicas.

Lo expuesto, sin embargo, no significa aprobar la enumeración fatigosa, casística y repetitiva de agravantes que contiene la ley en vigor. Uno debe entender que, cuando se la incorpore al C.P., remandarla casi íntegramente del modelo español, sus autores obedecieron a un propósito de seguridad jurídica laudable, pero después de regir por más de un siglo ha suscitado tantas dificultades hermenéuticas y

¹³¹ En el mismo sentido, *idem*, pág. 508.

¹³² LABATUT I, 211, pág. 219; NOVIOVA, II, 378, pág. 40.

¹³³ En este sentido, ETCHERREBERY, II, pág. 28; GARRIDO, I, 18, pág. 200.

¹³⁴ Sobre sus operantes advierte al autor en párrafos en materia de atenuantes, *supra*, 32, I.

¹³⁵ *Supra*, I, 8, VI, a); GARRIDO, I, 18, pág. 200.

¹³⁶ Cf. NOVIOVA, II, 370, pág. 49.

¹³⁷ PACHECO, I, págs. 249 y sigs. Vale la pena señalar que PACHECO vea preferentemente la diferencia que mediaba entre la apertura del catálogo de las atenuantes y el de las agravantes (pág. 249), así como la infracción al principio de legalidad que importaría sólo esta última, y no aquella (págs. 250 y 251). La

¹³¹ ETCHERREBERY, II, págs. 26 y 27; GARRIDO, I, págs. 197 y 198; NOVIOVA, II, 375, pág. 4X. Poco claro LABATUT I, 209, págs. 210 y 217.

¹³² Sólo se pueden encontrar algunas referencias escasas en ROLITOFF-MAYTUS-RAMÍREZ, I, A, a. 3, págs. 508 y 509.

demostrado una inoperancia práctica tan accentuada, que, indudablemente, puede considerársela como uno de los sectores más confusos de la normativa penal.¹⁴⁶ Naturalmente, uno puede intentar atribuirles un significado aprovechable mediante una labor interpretativa sutil y prolija,¹⁴⁷ pero es dudoso que la jurisprudencia esté dispuesta a trabajar con nociones tan depuradas y complejas, por el contrario, la realidad ha puesto más bien en evidencia que la enumeración se ha presiado para una dispersión de opiniones, la cual no hace, por cierto, honor a la justicia. De *ley ferenda*, por consiguiente, es preciso reclamar una revisión profunda del catálogo y, posiblemente, una modificación integral del sistema.

b) Naturaleza y fundamento de las circunstancias agravantes

Una parte significativa de la doctrina sostiene, en otra época, que las agravantes eran todas de naturaleza "subjetiva", en el sentido de que implican "una mayor perversidad y peligrosidad del delincuente en cuyo acto concurren".¹⁴⁸ Ese punto de vista es inaceptable y hoy se encuentra abandonado por la opinión absolutamente dominante.¹⁴⁹

En primer lugar, el criterio expuesto involucra una ruptura en el sistema del derecho penal de actos¹⁵⁰ fundado sobre la culpabilidad. En efecto, de pronto se introducen, como fundamento para la determinación de la magnitud de la pena, puntos de vista relativos a la personalidad del actor (peligrosidad, perversidad moral o social, prescindiendo de su relación con el hecho ejecutado, al cual solo se alude como a un "síntoma" revelador de tales cosas). Eso significa deslizarse hacia un derecho penal de autor. Ahora bien, es preciso reconocer que entre las causas de agravación las hay que no se dejan explicar sino mediante una fundamentación de ese índole,¹⁵¹ pues son incompatibles con el principio de culpabilidad. Pero esto ha de ser visto en lo posible como una situación excepcional y deplorable, de ninguna manera como la regla general aplicable a todas las circunstancias agravantes.

Sin embargo, la afirmación de que las causas de agravación tienen naturaleza subjetiva puede entenderse también en un sentido distinto y esencialmente más correcto. Por ejemplo, en el de que todos ellas se fundan en un aumento de la reprochabilidad del autor. Pero eso tampoco es exacto, pues un análisis somero del catálogo contenido en el art. 12 evidencia que algunas de las agravantes implican más bien una extensión "objetiva" de la difiultad, motivada por la lesión accesoria de bienes jurídicos diferentes de aquel en contra del cual actúa en principio la respectiva conducta típica, o por un aumento o peligro de aumento de la intensidad del daño causado. En tales casos, lógicamente, la ejecución del hecho es también más reprochable, pero el motivo de la agravación descansa primordialmente en el incremento del injusto. Por otra parte, contra una explicación de esa clase obvia, además, la existencia de aquellas agravantes que, como se ha dicho antes, escapan por completo al sistema del derecho penal de actos y, por consiguiente, de culpabilidad.

Contra la opinión criticada se argumenta, por fin, que el art. 64 del C.P. distingue expresamente entre agravantes objetivas y subjetivas. Este razonamiento, sin embargo, no es del todo convincente, en parte por razones que ya se han expuesto,¹⁵² pero, además, porque,

como se explicará en seguida,¹⁵³ la distinción realizada por el art. 64 no coincide con las categorías de lo "objetivo" y "subjetivo" sino cuando esos conceptos, naturalmente ambiguos, se emplean en un sentido algo impreciso, que se presta a confusión.

Lo cierto es que, en realidad, las circunstancias agravantes tienen variados fundamentos.¹⁵⁴ Algunas de ellas implican un aumento de la *culpabilidad*, un gran número se basa, en efecto, en la existencia de una mayor reprochabilidad; las hay que responden primordialmente a consideraciones *político-criminales*, y existe, por fin, al menos una respecto de la cual es preciso reconocer que carece de todo sustento razonable en un derecho penal de culpabilidad y, posiblemente, en cualquiera. El detalle pertenece al análisis de cada una en particular.

c) Clasificación de las circunstancias agravantes

La opinión dominante, tanto en la literatura nacional como española, considera que la única clasificación de las circunstancias agravantes con importancia práctica es aquella que las divide en *objetivas* y *subjetivas*,¹⁵⁵ sobre todo por la significación que cobra esa distinción en el art. 64 del C.P., relativo a la comunicabilidad.¹⁵⁶ Aunque este punto de vista es exacto en principio, requiere de algunas precisiones.

El art. 64 no emplea en verdad el contraste entre circunstancias *objetivas* y *subjetivas*, sino que opone las "que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal", a "las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo". Así, pues, aquí lo que la doctrina denomina *subjetivo* alude a *causales* *previos* al sujeto que *interviene* en la realización de la *conducta* o *participa* en ella, al paso que lo designado con la expresión *objetivo* se refiere a *las modalidades materiales de la ejecución del hecho* o a *los recursos* *factivos* de que el autor se vale para llevarlo a cabo. Ese sentido se aparta de otros que también suelen atribuirse a los referidos conceptos. En especial, el que identifica lo *subjetivo* con lo *psíquico* o *espiritual* y lo *objetivo* con lo *físico* o *perceptible sensorialmente*. Pues hay cualidades personales de los participantes en el hecho (por ende "subjetivas" desde el punto de vista atribuido al art. 64 del C.P.), que sin embargo dependen de circunstancias *externas*, como ocurre con la de *remoción* (art. 12, N.ºs. 14, 15 y 16) y con la de *funcionario público* (art. 12, N.º 8º del C.P.). Por otra parte, es evidente que en este caso las expresiones tampoco pueden emplearse *reflexivamente* al "objeto" o "sujeto" del acto cognoscitivo o valorativo, porque tales nociones tienen poco que ver con el asunto en cuestión.

Es curioso que, no obstante esas dificultades, nadie parece haberse preocupado de precisar mejor el alcance de los términos empleados por el art. 64 del C.P. y, consecuentemente, lo que en relación con el ha de entenderse por "objetivo" y "subjetivo".¹⁵⁷ La solución de tal problema pareciera más bien presuponerse; y, no obstante, es posible que de esa ambigüedad deriven muchas de las contradicciones y divergencias que se encuentran en la doctrina sobre la naturaleza de las distintas agravantes y su comunicabilidad.

En mi opinión, lo que el inc. primero del art. 64 denomina "causa personal", y a lo que la literatura se refiere como circunstancia "subjetiva", tiene realmente dos significados diversos, lo cual puede incluso deducirse de las situaciones a que alude la norma por vía ejemplar. En primer lugar, lo son ciertas características de tal manera inherentes a la persona del sujeto que solo pueden afectar a la *antijudicialidad*

¹⁴⁶ En un sentido semejante, QUINTANA RIPPOLLES, *Cursos de Derecho Penal*, Madrid, 1963, t. 36, l. págs. 433.

¹⁴⁷ Así, por ejemplo, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, l. págs. 342 y 343.

¹⁴⁸ Así, todavía, CABELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo reimpreso de 1949, 9ª edición, Barcelona, 1948, t. XXVI, pag. 449.

¹⁴⁹ Véase, por todos, ETCHERBERY, II, pag. 28; GARRIGÓN, I, 18, págs. 206; NOVIOVA, II, 378, págs. 48;

QUINTANA RIPPOLLES, op. cit., t. 36, pag. 411; RODRIGUEZ DE VESA, I, págs. 683 y 684; *Sumarios a clasificaciones* POLITTORFF-MATIS-RAMÍREZ, II, 3, b), págs. 509 y sigs. La precisión de CALIBUTÚ en esta materia es algo contradictoria. Por una parte, acepta la clasificación de las agravantes en *objetivas* y *subjetivas* atendiendo al "carácter predominantemente", en t. 211, pag. 219. Por otro lado, en la misma página, sostiene, como CABELLO CALÓN, que todas ellas revelan una mayor perversidad moral y peligrosidad social en el agente, lo cual significa atribuirles naturaleza subjetiva en general.

¹⁵⁰ Supra, t. VI.

¹⁵¹ *Infra*, t. I.

¹⁵² En el mismo sentido, NOVIOVA, II, 378, págs. 49.

¹⁵³ Véase, más allá y además, MIR, 26, t. 4, págs. 611.

¹⁵⁴ *Infra*, 40, III.

de su conducta, porque únicamente quien es portador de ellas es capaz de incurrir en la lesión accesorio de bienes jurídicos que fundamenta la agravación, o bien solo él es posible, a causa de ella, de un reproche más acentuado por la ejecución del hecho en tal situación¹⁵⁹, o, por fin, únicamente a él, en virtud de esa cualidad, es posible relacionar los motivos que aconsejan la exasperación de la punibilidad para el logro mejor de los fines de la pena. A esta categoría pertenecen las circunstancias agravantes que consisten en las relaciones particulares del delincuente con el ofendido a que se alude entre los ejemplos del art. 64, inc. primero. En segundo lugar, son también causas personales o subjetivas de agravación aquellas fundadas en ciertos ánimos o tendencias concurrentes en alguno o algunos de los participantes en el hecho, y cuya existencia solo modifica la responsabilidad de aquellos en quienes se presenta, a causa de que opera desde una intimidad intransferible e incompartible. A esta segunda clase se refieren, en la enumeración del art. 64, inc. primero, las circunstancias que consisten "en la disposición moral del delincuente".

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

A causa de la erigitorosa casística que caracteriza al catálogo de agravantes, ni siquiera con esta determinación más rigurosa de los conceptos examinados es posible ofrecer una clasificación de ellas que se encuentre exenta de todo reparo. Sin embargo, pienso que la que se presenta a continuación es relativamente satisfactoria, así para los fines de la exposición pedagógica como para la atribución de consecuencias prácticas a las distintas causales.

a) Son circunstancias agravantes subjetivas de la primera clase—esto es, basadas en características personales del sujeto—las de los N.ºs. 7.º, 8.º, 14.º, 15.º y 16.º del art. 12 del C.P. y la del art. 72, inc. segundo, que, como se verá, presenta una fisonomía muy particular a ese respecto.

bb) Son circunstancias agravantes subjetivas de la segunda clase—esto es, fundadas en los ánimos, tendencias o actitudes especiales que se exigen del sujeto—, las de los N.ºs. 1.º, 2.º, 5.º primera parte y 6.º del art. 12 del C.P.

cc) Por fin, son circunstancias objetivas las consagradas en los N.ºs. 3.º, 4.º, 5.º segunda parte, 9.º, 10, 11, 12, 13, 17, 18 y 19 del art. 12 del C.P.¹⁶⁰

Conviene advertir desde luego que el que una circunstancia tenga carácter objetivo no significa que el dolo del autor no tenga que referirse a los hechos que la fundamentan. Por el contrario, a causa precisamente de que se encuentran basadas en características externas de la conducta, solo surten efectos si el sujeto ha conocido y querido su concurrencia. Las circunstancias agravantes "objetivas" lo son por su naturaleza, no por la forma en que operan.

La exposición subsiguente se desenvuelve con arreglo a la clasificación expuesta.

II. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES SUBJETIVAS BASADAS EN CARACTERÍSTICAS PERSONALES DEL AGENTE

a) Abuso de confianza

De conformidad con el art. 12, N.º 7.º del C.P., es una causal de agravación "cometer el delito con abuso de confianza".

La confianza presupone la existencia de un vínculo, en virtud del cual uno no ha depositado una fe especial en el sujeto activo del delito, esto es, una cierta esperanza en que por sus condiciones personales le guardará lealtad.¹⁶¹ No es preciso que ese vínculo encuentre su origen en una relación de carácter jurídico,¹⁶² puede también tenerlo en una familiaridad de hecho.¹⁶³ Tampoco importa permanencia,¹⁶⁴ pues existen muchas situaciones en que se otorga una auténtica confianza a personas con las cuales sólo se ha estado vinculado fugazmente, porque existen motivos para esperar verosímelmente que se contará con su lealtad.

La confianza puede haberla otorgado no sólo la víctima del delito, sino también un tercero,¹⁶⁵ como, por ejemplo, el dependiente de aquella. Esto cobra importancia especialmente en los casos de ataque contra una persona jurídica.

No constituye confianza el solo hecho de permitir al autor una aproximación más fácil al objeto del ataque.¹⁶⁶ En muchos casos, efectivamente, la víctima puede verse obligada por las circunstancias a hacer eso último, sin que tal actitud implique depositar esperanza alguna de lealtad en el hecho. Por este motivo me parece razonable el criterio con arreglo al cual la agravante es compatible con el hurto doméstico del art. 447 del C.P., pues éste, en cambio, se encuentra erigido sobre una consideración puramente objetiva¹⁶⁷ referente a la facilidad del acceso.

¹⁵⁹ En el mismo sentido, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 633, quienes invocan el concepto desarrollado por la jurisprudencia española, FICHERBERG, II, pág. 30, GARRIDO, 18, pág. 216.

¹⁶⁰ NOVOLA, II, 387, pág. 69.

¹⁶¹ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 633; FICHERBERG, II, pág. 30; GARRIDO, 18, pág. 216.

¹⁶² CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 633. Al respecto, otra opinión en GARRIDO, 18, pág. 216.

¹⁶³ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 638 y 639.

¹⁶⁴ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 660 y 665.

¹⁶¹ Por esta razón, no me parece exacta la afirmación de RODRIGUEZ DE VILSA, I, pág. 684, con arreglo a la cual solo las que él denomina circunstancias agravantes puramente subjetivas afectan a la culpabilidad. Que, por el contrario, pueden darse posibilidades como la que señala el texto, quedará demostrado en la exposición ulterior.

¹⁶² Una exposición pormenorizada sobre las distintas formas de clasificación que se han desarrollado en la literatura española, RODRIGUEZ DE VILSA, I, págs. 683 y 684. Asimismo, puede encontrarse un inen-

Como la existencia de la confianza es un hecho que debe acreditarse, no se la puede deducir tampoco de una relación parental entre el agente y la víctima.¹⁶⁷ Ciertamente las personas suelen tener confianza en sus parentes más próximos, pero ésta disa mucho de ser una regla sin excepciones.

Para que la agravante surta efectos es preciso que el sujeto abuse de la confianza Eso es, que se sirva de ella, aprovechándola para la perpetración del hecho punible.¹⁶⁸ Como la ley habla expresamente de "cometer el delito con abuso de confianza", estimo, en cambio, que la causal de agravación no concurre si el agente sólo se vale de ella para asegurar mejor la impunidad o un agotamiento más benéfico.¹⁶⁹ "Cometer", en efecto, equivale a ejecutar; por lo tanto, me parece que incluir en esa noción conductas posteriores a la consumación es hacer analogía en perjuicio del reo.

No hay abuso de la confianza que la víctima o el tercero dispensa al agente, si este ignora que dispone de ella o cree erradamente que ya la ha perdido. El abuso supone en el autor una voluntad de faltar a la lealtad debida, que solo puede darse si el cuenta con la existencia de la confianza que se le otorga para la realización del hecho punible.

El hecho de que el abuso implique una infracción consciente de la confianza significa que la circunstancia examinada puede ser incluida en cualquiera de las dos categorías de agravantes subjetivas desahucadas precedentemente. En efecto, por una parte supone en el autor una característica personal consistente en que es el quien dispone de la confianza,¹⁷⁰ por la otra, que obra con un cierto ánimo o "disposición moral".¹⁷¹ De todas maneras como lo que constituye el fundamento de la institución es la existencia de la relación de confianza, me parece más propio asignarla al primero de esos grupos.

La razón de ser de la agravación radica en un incremento de la reprochabilidad.¹⁷² Para ejecutar el hecho con esta circunstancia, el sujeto no sólo ha tenido que vencer las tendencias inhibitorias opuestas por el rechazo legal de la acción típica, sino también la repugnancia a quebrantar un vínculo de lealtad. Así, la conducta aparece como una expresión más significativa de su personalidad y le es, por consiguiente, más censurable. Por esta misma causa, y con arreglo a lo dispuesto en el art. 64 del C.P., no es comunicable a los otros intervinientes en el acto punible.¹⁷³

Por último, debe puntualizarse que la agravante es incompatible con aquellos delitos en los cuales el abuso de confianza constituye un elemento del tipo. De entre ellos destaca, por su ocurrencia más bien frecuente, el de *aprovechación indebida* (art. 470, N.º 1.º C.P.).

b) Prevalencia del carácter público

De acuerdo con el N.º 6.º del art. 12 es una circunstancia agravante "prevalecerse del carácter público que tenga el culpable".

Carácter público tiene todo aquel que es funcionario público¹⁷⁴ en el sentido del art. 260 del C.P., cuyo significado es más extenso que el otorgado a ese concepto por el Estatuto Administrativo.¹⁷⁵ La ley presupone que a quien ostenta ese carácter se ha dispensado, por el solo hecho de investido con él, una forma de "confianza pública"; por tal motivo, existe una estrecha relación entre esa agravante y la del art. 12, N.º 7.º, con la cual se encuentra decididamente emparentada.¹⁷⁶

Prevalecer, a su vez, es un concepto que equivale a "abusar", esto es, quiere decir servirse.¹⁷⁷ *Aprovechar*,¹⁷⁸ *valerse*¹⁷⁹ del carácter público para ejecutar el delito. En este caso, no obstante, el texto de la disposición permite considerar que también se prevale quien usa de las ventajas otorgadas por su función pública para asegurar mejor la impunidad u obtener más provecho de la perpetración del hecho punible.¹⁸⁰ El agente sólo se prevale si el carácter público le procura o puede procurarle las condiciones favorables que él se respresenta. Por el contrario, la agravante debe ser desestimada cuando tales ventajas existen únicamente en su imaginación.¹⁸¹

Asimismo, la prevalencia supone que el sujeto ponga la función pública al servicio de sus fines particulares.¹⁸² Cuando, en cambio, abusa de ella, pero teniendo por objetivo el bien público, se dará normalmente la atenuante de haber obrado por celo de la justicia (art. 11, N.º 10 del C.P.), con la cual la causal de agravación es incompatible.¹⁸³ Sin embargo, también en estas situaciones podrá apreciarse la agravante —y, por consiguiente, desestimarse la atenuante— si el hecho delictivo ejecutado era absolutamente innecesario para el cumplimiento de las finalidades públicas.¹⁸⁴

Como la idea de la prevalencia envuelve un elemento de naturaleza psíquica, esta circunstancia, al igual que la relativa al abuso de confianza, posee características que permitirán incluirla en cualquiera de las dos categorías de agravantes subjetivas que aquí se han distinguido. Las razones para ubicarla en el primero son semejantes a las que se han ofrecido respecto a la del art. 12, N.º 7.º. En efecto, en esta como en aquella la razón de la agravación descansa, en primer lugar, sobre la característica personal del agente.

Una parte de la literatura estima que el fundamento de la agravación reposa exclusivamente en el aumento de la reprochabilidad.¹⁸⁵ Ese punto de vista me pare-

¹⁶⁷ ETCHEBERRE, II, pág. 29 y 30.

¹⁶⁸ En el mismo sentido, NOVDA, II, 388, págs. 89 y 70, según el cual tiene carácter público "toda persona que desempeña un cargo público al cual el Estado asigna o reconoce autoridad o atribuciones especiales".

Otra opinión en GARRIDO, I, 18, págs. 203 y 206, quien entiende aun más el concepto.

¹⁶⁹ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 671.

¹⁷⁰ LABATUT, I, 212, h, pág. 226; NOVDA, II, 388, pág. 70.

¹⁷¹ LABATUT, op. y loc. cit.

¹⁷² CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 673 y 674.

¹⁷³ ETCHEBERRE, II, pág. 30, sobre ello, en relación con el abuso de confianza, véase supra, al.

¹⁷⁴ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 673 y 674.

¹⁷⁵ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 674; LABATUT, I, 212, h, pág. 226.

¹⁷⁶ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 673 y 676; LABATUT, I, 212, h, pág. 226.

¹⁶⁷ GARRIDO, I, (c), 241.

¹⁶⁸ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 662; ETCHEBERRE, II, pág. 30; GARRIDO, I, pág. 216; QUINTANA RIBOLLES, op. cit., I, 38, 3, D, pág. 441.

¹⁶⁹ Otra opinión, en ETCHEBERRE, II, pág. 30.

¹⁷⁰ Supra, I, (c), 241.

¹⁷¹ Supra, I, (c), 166.

¹⁷² Especialmente, en ese sentido, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 663 y 664. Im-

presamente, también, LABATUT, I, 211, d, pág. 225, y NOVDA, II, 387, pág. 69.

ce discutible, pues en este caso aparece también lesionado accesorariamente un bien jurídico distinto de aquel en contra del cual se dirige el hecho punible, esto es, la *calidad funcional*. Tal cosa significa un incremento de la *antijuridicidad* de la conducta, y no tan sólo de la culpabilidad del hecho. Por tal razón, la agravante no debe ser apreciada cuando el autor cree equivocadamente poder valerse de un carácter público que en realidad no tiene o ha cesado ya de ostentar.¹⁵⁶

Aun así, como el bien jurídico de que se trata tiene un carácter relativo (relacional), de manera que su existencia depende de una característica personal del sujeto, y como, además, la eficacia de la agravante presupone en el agente una actitud subjetiva especial, ella no se comunica a los partícipes, de conformidad con lo preceptuado por el art. 64 del C.P.¹⁵⁷ Por otra parte, en virtud de lo dispuesto en el art. 63 del C.P., la causal de agravación es incompatible con todos aquellos delitos en los cuales la calidad de funcionario público —y, consiguientemente, el abuso de ella— constituye un elemento integrante del tipo.¹⁵⁸

e) Reincidencia

aa) Concepto a historia de la reincidencia en general

En términos muy generales, *existe reincidencia cuando el sujeto que ha sido condenado por uno o más delitos incurrir, después de ello, en otro u otros delitos punibles*.¹⁵⁹ La interposición de la sentencia condenatoria entre el o los delitos cometidos antes de ella y el o los que se ejecutan con posterioridad, constituye la diferencia esencial entre la *reincidencia* y la *reiteración*¹⁶⁰ o *curso de delitos*.¹⁶¹

La historia de la reincidencia es muy dilatada.¹⁶² A la llamada "específica" se le reconocen efectos agravantes desde la Antigüedad, pues ya PLATÓN¹⁶³ alude a ella dando por descontada su capacidad para exasperar la pena. La que se denomina "genérica", en cambio, sólo parece haber sido introducida por el Código Penal francés de 1810. Como se verá, sin embargo,¹⁶⁴ después de una evolución un prolongada, la institución está en crisis y una parte importante de la literatura aboga por su eliminación o sustitución.

¹⁵⁶ GARRIDO, II, pág. 206.

¹⁵⁷ En el mismo sentido, aunque, naturalmente, con otros fundamentos, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 672.

¹⁵⁸ ETCHERREY II, pág. 30; GARRIDO, II, pág. 207; LABATUT, I, 212, b), pág. 226; ROLITOFF-MATUS-RAMIREZ, II, 3, B, b) 9), pág. 513.

¹⁵⁹ En el mismo sentido, con variantes, ETCHERREY II, pág. 30; GARRIDO, II, pág. 208; LABATUT, I, 214, pág. 229; NOVQA, II, 397, pág. 82 y 399, pág. 83; ROLITOFF-MATUS-RAMIREZ, II, 3, B, b), 18, pág. 516.

¹⁶⁰ NOVQA, II, 397, pág. 81 y 82, quien ofrece, además, una cuidadosa exposición sobre la evolución histórica del significado atribuido a la palabra "reiteración"; ETCHERREY, II, pág. 30; GARRIDO, II, pág. 208; LABATUT, I, 214, pág. 229.

¹⁶¹ Sobre ella, NOVQA, II, 398, pág. 83, con alguna detalle.

¹⁶² PLATÓN, Los Eros, traducción de Fernando Cervera Santillan, Barcelona 1963, II, libro XI, pág. 206. "Si se castigaba que el acusado ha expresado una escrupulosa indignación en su propio hogar, manteniendo la casa pacífica, sería considerado a un año de prisión, obligándose a apartarse de dicho hogar, sin volver a la conducta de dos años y, en general, nada semejante a lo que se aprueba a los condenados, sólo de la anterior." (Las antipodas son míos). La última parte del texto es poco clara, pero parece sugerir que PLATÓN aprueba

bb) Clasificación de la reincidencia

En la doctrina contemporánea se suele clasificar la reincidencia en *verdadera o propia y ficta o impropia*.¹⁶⁵ La primera se caracteriza porque la condena anterior se ha cumplido y, consiguientemente, la pena impuesta en ella ha surtido sus efectos sobre el sujeto. En la segunda, en cambio, tal cosa no ha sucedido. La distinción cobra especial importancia cuando se desarrollan los puntos de vista de la Escuela Clásica sobre los fundamentos de la institución.¹⁶⁶

A su vez, la reincidencia propia se subdivide en *específica y genérica*.¹⁶⁷ Aquella se caracteriza porque el o los delitos cometidos antes y después de la sentencia condenatoria son de la misma especie; ésta, en cambio, porque las infracciones punibles son de distinta naturaleza.

Existe un amplio debate —aunque hoy algo obsoleto— sobre cuáles de estas distintas formas de reincidencia han de tener eficacia agravatoria y, en caso de arribar, se la a más de una, respecto a cuál de las acogidas merece un tratamiento más riguroso.¹⁶⁸ Con arreglo al punto de vista clásico, no existen realmente motivos para incluir a la reincidencia impropia, falsa o fingida, entre las circunstancias agravantes, pero ese criterio es impugnado por la Escuela Positiva, que contempla el problema desde otra perspectiva.¹⁶⁹ La opinión tradicional atribuye más gravedad a la reincidencia específica, porque la insistencia del autor en cometer delitos de la misma naturaleza le parece reveladora de una cierta tendencia a la habitualidad o el profesionalismo criminal. Por ese motivo, en las legislaciones más antiguas y una parte significativa de las contemporáneas se excluye de entre las causales de agravación a la reincidencia genérica. Sin embargo, hay autores para los cuales esta última debe ser contemplada con más rigor que la específica, pues evidencia en el sujeto una inclinación indiscriminada a quebrantar las normas jurídicas.

A mi juicio, todo este debate es inconsistente. Su origen ha de encontrarse en que, con lo tal, la agravante de reincidencia carece de un fundamento racional. Por tal motivo, aquí es inútil tomar partido en la polémica.

La ley en vigor atribuye eficacia agravante a todas las formas de reincidencia. El N.º 14 del art. 12 del C.P. la consagra para la reincidencia impropia y los N.ºs. 15 y 16 para la propia o verdadera; de estos últimos, el 15 se refiere a la reincidencia genérica y el 16 a la específica; ésta, como se destacará oportunamente,¹⁷⁰ es considerada más grave que aquella.

¹⁶⁵ LABATUT, I, 216, pág. 231; GARRIDO, I, 18, pág. 208; NOVQA, II, 400, pág. 87; CARRERA, II, 742, pág. 209, profetiza, en cambio, las expansiones "verdadera" por un lado y "falsa o fingida" por el otro, reservando el concepto de reincidencia "propia" e "impropia" para designar lo que entre nosotros se denomina "específica" y "genérica", respectivamente.

¹⁶⁶ Infra, c) 1.

¹⁶⁷ LABATUT, I, 216, pág. 231; GARRIDO, I, 18, pág. 208; NOVQA, II, 400, pág. 88.

¹⁶⁸ Esta ofensiva de concepto más o menos detallada sobre esa polémica puede encontrarse en QUINONES RIPOLLÉS, op. cit., I, 40, 2, págs. 496 y 509.

cc) Fundamento de la reincidencia

La doctrina ha realizado intentos para justificar la eficacia agravatoria de la reincidencia desde distintos puntos de vista, sin lograr hasta el presente su objetivo:

1) Para la Escuela Clásica, cuya opinión se expresa sobre todo por CARRARA, el fundamento hay que encontrarlo a partir de una consideración sobre los fines de la pena. El sujeto que, habiendo sufrido el castigo, vuelve a delinquir, demuestra que la sanción impuesta en la primera ocasión no era lo bastante severa como para disuadirlo de cometer otros crímenes. Por tal motivo, en la nueva oportunidad es preciso imponerle una pena más severa.²⁹¹ Partiendo de este presupuesto, es evidente que solo se justifica la reincidencia propia o verdadera, puesto que en la impropia o falsa la primera reacción punitiva no ha surtido su efecto sobre el individuo.

Un criterio como el expuesto no puede ser acogido por el derecho penal de culpabilidad, pues prescinde por completo de esta última y descansa únicamente sobre exigencias de prevención crudamente intimidatoria, ya que incluso desde la perspectiva de la prevención especial es susceptible de reparos. En efecto, el fracaso de la primera pena induce a sospechar no que ella pueda haber sido insuficiente, sino que acaso por su naturaleza sea inadecuada para lograr la resocialización del recluso. En este último caso, lo aconsejable no es exasperarla, sino sustituirla por otro género de medida más eficaz para tales circunstancias.²⁹²

Así, el punto de vista clásico solo puede ser aprobado a partir de la prevención general, aunque ni siquiera ella ofrece pruebas de que la sirve con propiedad. Pero tal como se ha expuesto en su oportunidad,²⁹³ una prevención general que persigue sus fines sobrepasando los límites impuestos por la culpabilidad, es éticamente indefendible y está por lo general destinada a fracasar en la práctica.

2) Tanto para los positivistas ortodoxos como para todas aquellas tendencias que ponen el acento en la "defensa social", la reincidencia, en sí, carece de significación agravatoria. Lo que importa es verificar la *habitudinalidad* o el *profesionalismo* delictual del sujeto, pues solo en tal caso puede afirmarse su *perigosidad*. Por supuesto, muchas veces sucederá que quien reincide es realmente un delincuente profesional o habitual, pero de ningún modo puede afirmarse que siempre suceda así. Con gran frecuencia el sujeto solo reincidirá por circunstancias ocasionales que no constituyen indicio alguno de una personalidad peligrosa.

Esta concepción, desde luego, no sirve para justificar de *lege lata* a la agravante, pues, tal como la consagra la ley vigente, no corresponde a ella. Los N.ºs. 14, 15 y 16 del art. 12 del C. P. se satisfacen con la pura comisión del nuevo o nuevos delitos, sin autorizar indagación alguna respecto a la *habitudinalidad* o *profesionalismo* del he-

chor.²⁹⁴ El ordenamiento jurídico en vigor agrava la pena del reincidente, con prescindencia de si es o no peligroso.

Por otra parte, la *perigosidad* del sujeto puede justificar, a lo sumo, la imposición de una medida de seguridad, pero jamás una exasperación de la pena que exceda los límites de la culpabilidad por el acto. En el sistema positivista, que aboga por la liquidación de la pena retributiva y su reemplazo por medidas de seguridad y corrección, este criterio puede, pues, comprenderse, aunque no se lo compara. En cambio, es inaceptable defender la construcción de una agravante de la pena como tal, erigida sobre el estado de *perigosidad*.²⁹⁵,²⁹⁶

3) Aunque se han hecho intentos de fundar la eficacia agravatoria de la reincidencia en un incremento de la culpabilidad,²⁹⁷ en realidad son insostenibles. La reprochabilidad solo puede referirse al injusto típico actualmente cometido y es imposible deducirla de hechos precedentes, salvo en cuanto nos digan algo sobre la relación que enlaza al acto con la personalidad del autor. Pero este último no es el caso de la reincidencia, pues una condena anterior, que sanciona un hecho cometido acaso por razones comprensibles, nada puede informarnos sobre la magnitud del reproche que debe dirigirsele a causa de la nueva conducta por la cual se lo está enjuiciando.

4) De todo lo expuesto resulta, pues, que la reincidencia, como agravante, no es sino un cuerpo extraño en el derecho penal de culpabilidad,²⁹⁸ sin otro fundamento que una serie de prejuicios y malentendidos más o menos reconocidos por la mayoría de la literatura contemporánea. Tras ella, en efecto, parece ocultarse una confianza candorosa en la eficacia preventiva de las amenazas penales, con arreglo a la cual, si se comuna una pena más severa en contra del recluso, se detendrá con alguna certeza a quien ya sufrió una sanción punitiva y se propone delinquir por segunda vez. Que eso no es así ya se ha discutido antes.²⁹⁹ Asimismo, la agravante camufla un propósito disimulado de atribuir a la pena finalidades vindicativas que, si bien muchos creen poder encontrar en su origen,³⁰⁰ nadie suscribirá actualmente.

²⁹¹ NOVINA II, 39, págs. 83 y 87.

²⁹² Así, delictosamente, LABATUT, I, 213, págs. 229 y 230. Algo confuso la exposición de NOVINA, que en II, 399, págs. 85 y 86, habla de "una información prolongada del sujeto, por tiempo indeterminado, por vía de pena y también de medida de seguridad". La medida que aquí se hace de la inacción punitiva y la medida que parece inadmisibles. Sin embargo, del conjunto de la exposición contenida en ese autor, II, 399, págs. 84 y 85, uno se inclinará a suponer que su concepto se mueve en el sentido del texto.

²⁹³ Una dilatada exposición en ese sentido, motivada por la cruzada disposición del parágrafo 20 a) del antiguo Código Penal alemán, puede encontrarse en MALLBACH II, 64, págs. 552 y sigs., cuyos comentarios, sumamente ácidos, se encuentran, sin embargo, genéricamente justificadas. Hoy el precepto aludido ha desaparecido del derecho alemán.

²⁹⁴ Véase, por ejemplo, RODRIGUEZ DE VESA, I, págs. 704 y 705.

²⁹⁵ CORRODA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 741; QUINZANO RIBOLLES, op. cit., I, 40, 3, pág. 402; BÉCICA-LUÑO, *Acracia de la personalidad y la culpabilidad en la pena*, cit., II, pág. 41, sostiene, incluso, que no consagra un verdadero derecho penal de culpabilidad el texto legal en el cual se contempla este género de agravante.

²⁹⁶ Supra, I, II, al. aa) y III, b), no). De acuerdo con lo que allí se expuso, lo que puede esperarse de la eficacia preventiva general de la pena es muy poco en relación con un recluso, y menos aún si se trata de un

²⁹⁷ CARRARA, II, 739, pág. 207. "Cuando un condenado, después de haber experimentado un sufrimiento físico, vuelve a delinquir, da una señal manifiesta de que desprecia ese sufrimiento y que para él no es freno suficiente esa suma de penas".

²⁹⁸ En este mismo sentido, las opiniones de los *Arbeitskreis* me se refieren encontrar en CARRARA, op. cit.,

Debo convenir en que aquí misma²¹¹ —y también antes²¹²— he defendido la conveniencia de que el ordenamiento jurídico haga concesiones a ciertas convicciones profundamente enraizadas en la conciencia del pueblo. Pero eso solo puede sostenerse cuando, como en los casos aludidos entonces, esos prejuicios obran en beneficio del acusado, nunca en la situación inversa. Pues la tarea pacificadora del derecho no se ve perjudicada, sino, antes bien, fortalecida, cuando el ordenamiento ampliamente comparadas que aconsejan excluir o moderar la reducción punitiva, pero, en cambio, se decidiera se hace concesiones a la burocracia de tendencias insíntivas sostenidas solo por la mesetecé multitudinaria.

Así pues, es preciso concluir que la reincidencia es una agravante sin fundamentos, que permanece suspendida en el vacío de unas normas positivas injustificables. Por eso debe ser bienvenido todo cuanto se haga por excluirla de la ley en vigor.

En el futuro, en cambio, habrá que abogar por una consideración cuidadosa de la habitualidad y el profesionalismo delictual, como fundamentos para la imposición de una medida de seguridad y corrección, pues esa es la función que les compete en el seno de un derecho penal de "doble vía".²¹³

Por desgracia, sin embargo, la inclinación actual de la legislación nacional contrasta con el criterio expuesto. Mas bien se tiende a subrayar los efectos punitivos de la reincidencia, acordándole una importancia cada vez más exagerada, al mismo tiempo que se descuida la consagración e implementación de un sistema de medidas satisfactorio, destinado a los habituales y profesionales. Así se transfieren de nuevo a la pena responsabilidades que atañen a la educación, el tratamiento y la organización social.

5) En el derecho vigente, la reincidencia se halla concebida casi por completo según el criterio clásico. Sin embargo, se aparta de sus formas ortodoxas, tanto porque da cabida a la reincidencia impropia como porque atribuye eficacia agravante a la genérica.²¹⁴

dd) Reincidencia impropia

Con arreglo al N.º 14 del art. 12, es circunstancia agravante "cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento".

Esta norma no se encontraba en el modelo español. Fue introducida por la Comisión Redactora del C. P. en la sesión 138, presumiblemente para complementar y perfeccionar la del art. 91.²¹⁵ Pero la relación entre ambas disposiciones y con el art. 90 ha permanecido confusa, como puede advertirse en la exposición preliminar. La verdad es que si la eficacia agravante de la reincidencia merece, en general, reparos, la que se consagra para el caso particular contemplado en esta disposición es especialmente indeliberable.

En primer lugar, debe destacarse que la segunda hipótesis a que se refiere el N.º 14, esto es, la de quien comete el delito después de haber quebrantado la condena

anterior, no puede recibir aplicación en la práctica. Efectivamente, con arreglo a lo preceptuado por el art. 90 del C. P., el que quebranta una condena comete un delito sui generis, amenzado con una pena propia. Por lo tanto, el hecho del quebrantamiento, que ha de servir de base para la imposición de esta última, no puede tomarse en cuenta nuevamente a fin de estructurar la agravante, pues ello implicaría una violación del non bis in idem.²¹⁶

NOVOA²¹⁷ sostiene otro criterio. A su juicio, el art. 90 no consagra realmente penas para el quebrantamiento, sino un solo un sistema de medidas enderezadas a asegurar mejor el cumplimiento de la condena quebrantada. Su argumentación, sin embargo, no me parece convincente y el mismo conviene en que puede ser controvertida.²¹⁸

No creo, en efecto, que la sustitución de penas restrictivas de libertad o privativas de derechos por otras privativas de libertad, pueda ser contemplada como una pura medida de vigilancia, ni siquiera cuando a las últimas se atribuye una duración más breve que a las primeras. Esa apreciación es aun más dudosa si a la sanción impuesta primitivamente se acumulan otras accesorias. Eso último es manifiesto si se observa la redacción del art. 90, N.º 6, donde se emplea la expresión "recargo".

Tampoco resulta significativo que el art. 90 se encuentre entre los preceptos de la Parte General, en la cual usualmente no se crean delitos ni se establecen penas. Es así, por supuesto. Pero el legislador no observa siempre con rigor ese género de exigencias sistémicas, las cuales, por razones prácticas, ignora con frecuencia.

La causal de agravación, por consiguiente, surte efectos nada más que cuando quien comete el nuevo delito está cumpliendo la condena anterior y, aun en ese caso, sólo en las situaciones a que se refieren los incs. primero y último del art. 91 del C. P. En las otras hipótesis, en que dicha disposición no se limita a prescribir el orden en que se cumplirán las penas, sino que exaspera la del primer delito, consagrando una especial y única que considera el nuevo hecho punible, se opone a su aplicación el art. 63 del C. P.²¹⁹

Para la operación de la agravante da lo mismo que el nuevo delito cometido sea de la misma o distinta especie que aquel por el cual el sujeto había sido condenado anteriormente. Tampoco importa la gravedad relativa de ambas infracciones. Incluso cobrará eficacia si uno de los hechos en cuestión importa sólo una falta.²²⁰ Esta regulación, por cierto, es criticable.

Como la ley se refiere a quien está "cumpliendo una condena", la agravación únicamente podrá tener lugar si la pena impuesta por la condena primitiva es de aquellas cuya ejecución se prolonga en el tiempo.²²¹ No sólo se encuentran en este caso las privativas y restrictivas de libertad, sino también las privativas de derechos (inhabilitades, suspensiones). Se excluyen, en cambio, las pecuniarias (multa, comiso).

²¹¹ Supra, I, III, c) 1, b6).

²¹² CURT, *Tratado de delicto frustrado*, t. 3, p. 99, d), págs. 198 y 199.

²¹³ CORDERA BONA y RODRIGUEZ, *MEJILLÓN*, I, pág. 744.

²¹⁴ ETCHEBERRY, II, pág. 31; GARRIDO, I, 18, págs. 209 y 210.

²¹⁵ NOVOA, II, 401, págs. 91 y 92, con detalle.

²¹⁶ NOVOA, II, 401, pág. 92.

²¹⁷ LABATUT, I, 221, pág. 236; NOVOA, II, 401, pág. 92.

²¹⁸ LABATUT, I, 221, pág. 236, se refiere al caso en que la primera condena es constitutiva de falta; NOVOA, LABATUT, I, 221, pág. 236, se refiere al caso en que la primera condena es constitutiva de falta; NOVOA,

ee) Reincidencia propia genérica

De conformidad con el art. 12, N.º 15, es circunstancia agravante "haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena".

La disposición requiere que el sujeto haya sido castigado, esto es, que haya sufrido efectivamente la pena impuesta.²²² Así se deduce también del art. 92 del C.P., que al referirse a los efectos agravatorios de la reincidencia propia,²²³ alude de manera expresa a penas cumplidas.²²⁴

La pena también se considera sufrida si solo ha sido *indulgada*, pues así lo dispone categóricamente el art. 93, N.º 4.º del C.P., en su inc. segundo; no, en cambio, si el sujeto se ha beneficiado de una *amnistía*, "la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos".^{225, 226} Tampoco es pena cumplida la que se ha *remitado condicionalmente*, porque esa institución implica suspender su aplicación,²²⁷ pero si lo es aquella de quien se benefició con una *libertad condicional*, ya que esta última no constituye sino un modo de cumplir en libertad las penas privativas de ella.^{228, 229}

Los delitos por los cuales el sujeto fue condenado anteriormente tienen que ser de una especie distinta a la del que ha originado el nuevo proceso. Ello se deduce del art. 92, N.º 2.º. Por consiguiente, el precepto del art. 12, N.º 15, está regulando las hipótesis de *reincidencia genérica*.

Los delitos precedentes han de ser dos o más.²³⁰ Ello no solo se deduce de que el N.º 15 emplea el plural, sino, además, del ya mencionado art. 92, N.º 2.º. Pero no es necesario que tales infracciones hayan sido objeto de distintas sentencias, como aparentemente sugiere LABATUT.²³¹ Aparte de ello, tales delitos tienen que ser de *igual o mayor gravedad* que la nueva infracción cometida. Para estos efectos, la seriedad de los hechos punibles se enjuicia *en abstracto*, es decir, atendiendo a la pena con que los amenaza la ley, no a la que en concreto se impuso en la sentencia.²³² Así, es reincidente en el sentido del art. 12, N.º 15 del C.P., quien, luego de ser condenado por dos homicidios, incurre 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.

El sistema puede dar origen a cierta dificultad cuando uno de los delitos está amenazado con una pena cuyo extremo superior es más grave o igual que el del otro, pero que, al mismo tiempo, tiene un extremo inferior más benigno. En tales casos, sin embargo, decide sobre la

gravedad abstracta de los hechos punibles el nivel más alto de los marcos penales respectivos, pues el señala el límite de la desvalorización a que están sometidos por la norma, y constituye también —en abstracto— una de las posibilidades otorgadas al juez para sancionarlos.²³³

ff) Reincidencia propia específica

Según dispone el N.º 16 del art. 12, es circunstancia agravante "ser reincidente en delito de la misma especie". Tanto la redacción del precepto como su conexión con el art. 92 del C.P. demuestran categóricamente que se refiere a la *reincidencia específica*.²³⁴

Aquí no se requiere condena anterior sino por un solo delito de la misma especie y es irrelevante que éste haya sido más o menos grave que aquel por el cual ahora se persigue al sujeto. Es evidente, en consecuencia, que la ley contempla a la reincidencia específica con más severidad que a la genérica, pues exige menos para atribuirle eficacia agravatoria.²³⁵ Por tal motivo, cuando en el mismo caso se den los presupuestos de ambas formas de reincidencia, la regla general será que la específica prevalezca sobre la genérica, a la cual desplaza aun si están basadas en hechos distintos.²³⁶ Puesto que el único fundamento de la agravación por reincidencia se encuentra en la mera repetición de conductas delictuales, no se divisan motivos para exasperar la pena en tales situaciones.

De todos modos, también es válida para la reincidencia específica la exigencia de que la pena impuesta por el delito anterior se haya cumplido. Los casos en que esto ha ocurrido se enjuician con arreglo a los criterios expuestos para la genérica.²³⁷

El delito por el cual el sujeto fue condenado precedentemente y aquel por el cual se lo procesa ahora deben ser de la misma especie. La ley ha descuidado precisar lo que esto significa y ello genera dificultades a la práctica.

En primer lugar, hay que desestimar la idea, afirmada en otra época por una parte de la jurisprudencia,²³⁸ con arreglo a la cual "delito de la misma especie" quiere decir "el mismo delito". Esa opinión, que significa confundir la identidad de especie con la de tipicidad, formaliza exageradamente el requisito y, además, no encuentra apoyo en el texto de la ley.²³⁹

Asimismo, parece inaplicable a esta situación el precepto contenido en el art. 509 del C. de P.P. relativo al concurso real, conforme al cual, para esos efectos, "se considerarán delitos de una misma especie aquellos que estén penados en un mismo título del Código Penal o ley que lo castiga". La norma es defectuosa, pues no resulta infrecuente que en la ley positiva las infracciones punibles se agrupen con arreglo a criterios prácticos que prescindan de consideraciones sistemáticas

²²² ETCHERREY, II, pág. 31; NOVIOA, II, 402, pág. 93.

²²³ La norma se refiere, equivocadamente, a los N.ºs. 14 y 15 del art. 12. En atención al contexto, es preciso entender que la redacción debe hacerse con los N.ºs 13 y 16. En el mismo sentido, NOVIOA, II, 402, pág. 93.

²²⁴ ETCHERREY, II, pág. 32; NOVIOA, II, 402, pág. 93.

²²⁵ NOVIOA, II, 402, pág. 93.

²²⁶ Sobre indulto y amnistía, véase, 59, II y III.

²²⁷ Otra opinión, parcialmente, en GARRIDO, I, 18, pág. 212, quien cree que si ha transcurrido el tiempo de suspensión a la vigilancia de la autoridad, existe reincidencia.

²²⁸ ETCHERREY, II, págs. 31 y 32.

²²⁹ Sobre remisión condicional de la pena y libertad condicional, infra, 49, III, a) y IV, a).

²³⁰ ETCHERREY, II, pág. 31; GARRIDO, I, 18, pág. 211; LABATUT, I, 221, pág. 236; NOVIOA, II, 402, pág. 93; POLITOFF-MATOS-RAMÍREZ, 18, 3, A, h, 18, 2, pág. 517.

²³¹ GARRIDO, I, 18, pág. 211.

²³² NOVIOA, II, 403, pág. 93.

²³³ ETCHERREY, II, pág. 3228; LABATUT, I, 221, a), pág. 236; NOVIOA, II, 404, pág. 99.

²³⁴ Contra, LABATUT, I, 221, pág. 237; como en el texto, con detalle y alguna limitación, NOVIOA, II, 404, págs. 100 y 101.

²³⁵ *Supra*, cetero.

sustantivas. Así, sucede que, según el art. 509 del C. de PP, son delitos de la misma especie el homicidio y las injurias; no, en cambio, el homicidio y el aborto. De igual manera, no son delitos de la misma especie el abandono de niños y el infanticidio, pero sí este último y la calumnia. Por tales razones, y fundándose en que el inc. final del art. 509 solo se atribuye vigencia respecto de lo que en ese precepto se dispone, la opinión dominante rebusa extender su imperio a otros casos, como el que estamos examinando.^{250, 251}

La expresión "especie" debe entenderse aquí en el sentido de naturaleza o esencia, pues, de acuerdo con la interpretación que usualmente se otorga a la agravante de reincidencia específica, ella encontraría su justificación en una tendencia del sujeto a profesionalizar su actividad delictiva, incurriendo siempre en infracciones de la misma índole. Ahora bien, como la naturaleza de los hechos punibles se deduce fundamentalmente de su objeto jurídico, el criterio prevalente consideraría que, en principio, son de la misma especie cuando los tipos correspondientes tienen por objeto la protección del mismo bien jurídico.²⁵² Este, sin embargo, es sólo un punto de partida, pues la identidad de especie o naturaleza también depende de la forma que adopta el ataque,²⁵³ por tal motivo, aunque ambos son atentados contra la propiedad, no constituyen delitos de la misma especie la estafa y el robo con violencia o intimidación en las personas. En cambio, no me parece exigible la identidad de móviles en el autor,²⁵⁴ pues esto significa forzar excesivamente el sentido de la norma,²⁵⁵ acaso en un esfuerzo por aproximar el concepto de reincidencia al de habitualidad o profesionalismo.

Cuando alguno de los delitos ejecutados por el sujeto es plurisubsistente, esto es, de aquellos cuyo tipo está destinado a proteger dos o más bienes jurídicos, la decisión sobre la identidad de especie presenta dificultades especiales. En efecto, es prácticamente imposible ofrecer una regla firme para tales casos, y el intérprete deberá resolver cada uno de ellos teniendo en consideración la importancia relativa que la ley atribuye a los distintos bienes jurídicamente protegidos en la fundamentación del tipo respectivo. Solo podría afirmarse la reincidencia específica cuando el que constituye el objeto jurídico del otro u otros delitos concurrentes aparece muy destacado en el plurisubsistente, y el modo del ataque sea, además, esencialmente semejante. Con arreglo a estos puntos de vista, me parece posible sostener que son delitos de la misma especie, por ejemplo, la malversación de caudales públicos mediante sustracción (art. 233 C.P.) y el hurto (art. 432, última parte) o la apropiación indebida (art. 470, N.º 1.º).

Cuando los bienes jurídicos protegidos por dos tipos son diferentes, pero se encuentran conectados de manera que la lesión de uno de ellos presupone necesariamente la del otro, los delitos respectivos son también de la misma especie. Por tal razón, el homicidio es de la misma especie que las lesiones corporales y la violación de la misma especie que los abusos sexuales.²⁵⁶

Por último, para la decisión sobre la igualdad de especie de los delitos son indiferentes su grado de evolución y la participación que en ellos ha cabido al sujeto.²⁵⁷ Un homicidio sólo cometido es de la misma especie que otro consumado; la complicidad en el robo con fuerza en los cosas, de la misma especie que la autoría en el hurto, etc.²⁵⁸

82) Algunos problemas comunes a las tres formas de reincidencia

De conformidad con el derecho actualmente en vigor, para la reincidencia en general deben tenerse en cuenta también las condenas pronunciadas en el extranjero.²⁵⁹ A este respecto rige en nuestro país la norma del art. 310 del Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), que es vinculativa respecto a los otros Estados contratantes y tiene, en relación con los demás, el carácter de un principio generalmente reconocido de derecho internacional.

Es discutida la cuestión de si la reincidencia debe surtir efectos en relación con los delitos culposos (cuasidelitos). NOVOA²⁶⁰ sostiene que sólo debería apreciarse cuando todas las infracciones concurrentes tienen carácter culposo; sin embargo, conviene en que la ley vigente, al no hacer distinciones, obliga a contemplarla en los otros casos. LABATUT pretende que tanto doctrinariamente como de lege lata los cuasidelitos han de ser tomados en cuenta para la reincidencia únicamente entre ellos porque entones evidencian un profundo desprecio de las "normas de convivencia social".²⁶¹ ETCHEBERRY,²⁶² por último, la niega del todo, porque el delito culposo no expresa rebeldía contra el derecho y, además, porque el art. 2.º del C.P. contraponen su noción a la de los delitos dolosos—contenida en el art. 1.º—, excluyéndolos, por tanto, de la regulación de éstos.

Ninguno de los criterios expuestos me parece plenamente convincente. En mi opinión, con arreglo a la ley en vigor, es imposible sustraer el delito culposo a la eficacia agravatoria de la reincidencia. A diferencia de lo expuesto por ETCHEBERRY, creo que el art. 1.º del C.P. contiene el concepto del delito en general, válido tanto para el doloso como para el culposo,²⁶³ el art. 2.º, a su vez, se limita a puntualizar la distinción que existe entre las dos formas del hecho punible, pero sin establecer un contraste que impida la regulación aplicable a cada una de ellas.²⁶⁴ Por consiguiente, una institución no es aplicable al cuasidelito sólo cuando la ley lo dispone expresamente, o cuando es inconciliable con su naturaleza—como ocurre, por ejemplo, con la tentativa o las normas sobre participación criminal—, y ninguno de éstos es el caso de la que se está examinando. Por otra parte, de lege ferenda estimo que es deseable

²⁵⁰ NOVOA II, 403, pag. 96; LABATUT I, 221, pag. 236. Hasta la segunda edición, ETCHEBERRY II, pag.

²⁵¹ 28, era de otro opinión. Ahora, en II, pag. 32, nota 2, adhiere a la opinión del texto.

²⁵² En el C.P.P., el art. 509 del C. de PP se ha sustituido por el art. 351, que es muy semejante, pero, en este punto, considera delitos de la misma especie aquellos que afectan al mismo bien jurídico. La solución, aunque algo más razonable que la del C. de PP., sigue suscitando dificultades. Sobre ello, infra, 43, I, b) ibi.

²⁵³ LABATUT I, 221, pag. 236; NOVOA II, 403, pag. 97.

²⁵⁴ NOVOA II, 403, pag. 97.

²⁵⁵ Contra, LABATUT I, 221, pag. 236; NOVOA II, 403, pag. 97.

²⁵⁶ LABATUT I, 221, pag. 236.

²⁵⁷ Sobre variaciones de la jurisprudencia respecto a este punto, ETCHEBERRY, D.P., II, 160, págs. 254 y 255.

²⁵⁸ LABATUT I, 210, c), págs. 233 y 234; NOVOA II, 400, págs. 102 y 103.

²⁵⁹ NOVOA II, 406, págs. 103 y 104.

²⁶⁰ LABATUT I, 219, c), pag. 234.

²⁶¹ ETCHEBERRY II, pag. 34. Así, también, CALDERA RODA y RODRIGUEZ MARRUJANO I, pag. 732.

²⁶² También CALDERA I, 18, pag. 215.

²⁶³ Sobre ello, véase la exposición supra, 18, I, c).

²⁶⁴ Se ve auge el punto de vista de ETCHEBERRY, cuya posición concluye que tampoco se aplican al delito

excluir la reincidencia del catálogo de agravantes, así para los delitos dolosos como para los culposos. Por eso, tampoco me satisface la simple limitación sugerida por NOVIOA y LABATUT.

En los delitos militares y políticos, la causal de agravación también surte efectos.²³⁴ Las consecuencias son, por supuesto, aún más reprochables que respecto de los hechos punibles comunes,²³⁵ pero en la ley no se encuentran puntos de apoyo para intentar susstraerlos a esa situación. Un problema semejante se plantea con las faltas.²³⁷⁻²³⁸

hb) Otros efectos de la reincidencia

Aparte de su eficacia agravatoria, el ordenamiento jurídico atribuye a la reincidencia otros efectos. Así, impide el otorgamiento de la remisión condicional de la pena, de la reclusión nocturna y la libertad vigilada, y restringe las posibilidades de obtener la libertad condicional; interrumpe el plazo de prescripción de la pena; faculta al juez para imponer la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad en el caso de los delitos de hurto y robo. Por último, aunque con arreglo a la ley en vigor ya no constituye una causal de inexcusabilidad, es también un factor que los tribunales suelen tomar en consideración para pronunciarse sobre las solicitudes de libertad provisional de los procesados.

ii) Prescripción de la reincidencia

De acuerdo con lo preceptuado por el art. 104 del C.P., que solo es aplicable a los casos de reincidencia propia, ésta prescribe en diez años tratándose de crímenes y en cinco respecto de los simples delitos. El plazo se cuenta "desde la fecha en que tuvo lugar el hecho". Esta forma de efectuar el cómputo ciertamente es defectuosa. A causa de ella, puede ocurrir incluso que a quien delinque nuevamente cuando acaba de cumplir la pena impuesta por el o los delitos anteriores, no sea posible ya considerarlo reincidente.²³⁹ Sin embargo, como la agravante se halla sometida a reparos tan severos,²⁴⁰ uno no se siente inclinado a reclamar la corrección de este precepto.

jj) Comunicabilidad de la reincidencia

En atención a su carácter personal, la reincidencia no se comunica a los partícipes en quienes no concurre (art. 64, inc. primero C.P.).

d) Actuación con menor de dieciocho años

Con arreglo al art. 72, inc. segundo del C.P., "en los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez".

Aunque no se encuentra en el catálogo del art. 12 del C.P., es indudable que esta disposición consagra una agravante genérica a la que la ley acuerda una eficacia especial.²⁴¹ Ella, en efecto, puede operar respecto de cualquier hecho punible. Su particularidad reside, únicamente, en que determina una aspiración de la pena más severa que la provocada por las restantes causales de agravación, susstrayéndose a las normas generales sobre la materia.²⁴²

La agravante presupone la participación en un mismo hecho de individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad. La expresión "responsable" empleada por el texto para describir ese requisito es desafortunada, porque parece sugerir que la circunstancia sólo concurre si también los menores pueden ser castigados por su participación en el acto, o sea, cuando son mayores de dieciséis años y han obrado con discernimiento. La práctica, con razón, ha desestimado esa interpretación que conduce a resultados absurdos. Debe entenderse, pues, que el menor es "responsable" en el sentido de la disposición cuando ha tomado parte en la realización antijurídica del hecho, prescindiendo de su imputabilidad.

La causal de agravación surte sus efectos respecto del mayor que haya intervenido en el delito como autor, inductor, cómplice o encubridor, pues la ley no distingue entre las distintas formas de concurrencia.²⁴³ Sin embargo, como es preciso además que se haya prevalido del menor, resulta algo difícil que la circunstancia opere cuando el adulto participa en una forma secundaria (complicidad, encubrimiento). Aún así, la situación no es inimaginable.

Prevalere, como ya se ha explicado, significa *servire* o usar al menor como tal para la ejecución del fin delictivo. Por consiguiente, para que concorra la agravante es indispensable que el mayor conozca la minoridad de su cómplice²⁴⁴ y quiera aprovecharla a fin de facilitar la "perpetración del delito" —no, en cambio, para asegurarse la impunidad²⁴⁵—. De todas maneras, el requisito de la prevalencia aparece abierto a consideraciones subjetivas del juzgador, pues la ley lo faculta para apreciarlo en conciencia.

El fundamento de la agravación es la reprochabilidad incrementada del adulto, que no se deja detener en sus propósitos por la representación de estar empujando

²³⁴ LABATUT, I, 215, pág. 230.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ NOVIOA, II, 406, págs. 103 y 104, con detalle y efectuando algunas distinciones.

²³⁷ Sobre la posibilidad de la reincidencia, con meritos más bien procesal, véanse las exposiciones de LABATUT, I, 220, págs. 234 y 235, y NOVIOA, II, 409, págs. 108 y 99p.

²³⁸ ETCHEBERRY, II, pag. 43; GARRIDO, I, 18, pag. 238.

²³⁹ Véase, al respecto, *infra*, 54, III.D.

²⁴⁰ ETCHEBERRY, II, pag. 43; CONTRA, GARRIDO, I, 18, págs. 238, quien sostiene que sólo alcanza a los autores.
E. CONTRA

a una persona inmadura a la ejecución de conductas ilícitas, y exponiéndola al peligro de corrupción consiguiente. Como la ley alhuya a ese contramotivo una significación elevada, se explica que la circunstancia produzca unos efectos más intensos que los de las comunes.

En consideración a lo expuesto, soy de opinión que la agravante no debe apreciarse cuando el mayor de dieciocho años es un autor *mediante*²⁶⁶ que se sirve del menor inocente como mero instrumento para la ejecución de la conducta típica. En este caso, en efecto, falta la razón para exasperar la pena, porque el joven no es incorporado a la realización del hecho antijurídico, en el cual sólo interviene objetivamente.

Como la causal de agravación implica una característica personal —la mayor edad— y asimismo una actitud subjetiva especial —prevalerse del menor—, no se comunica a los partícipes, en los cuales no concurren copulativamente ambos requisitos. Así, no alcanza a los concurrentes mayores de dieciséis años pero menores de dieciocho aunque hayan perpetrado el delito prevaliéndose de otro menor, y obrado con discernimiento. De la misma forma, tampoco opera respecto de aquellos partícipes adultos en quienes está ausente el propósito de servirse del menor como tal.

III. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES SUBJETIVAS BASADAS EN LOS ANIMOS, TENDENCIAS O ACTITUDES ESPECIALES DEL SUJETO

a) Alevosía

De conformidad con el N.º 1.º del art. 12 del C.P., es circunstancia agravante "cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro".

La alevosía, tal como aparece descrita por la ley en vigor, constituye un concepto más extenso que los tradicionalmente empleados en las legislaciones clásicas. Comprende, por una parte, a la *traición*, pero, además, por la otra, al *obrar sobre seguro*, el cual, a su vez, abarca más que el puro "acecho" (*aguardo, guet-dépens*) a que se refieren los textos legales italianos y franceses del siglo pasado.²⁶⁷

La *traición*, a la que CARRARA identifica con la alevosía en sentido estricto²⁶⁸, era conceptualizada por este como "ocultamiento moral", el cual existiría "cuando el enemigo ha escondido su ánimo hostil, simulando amistad o disimulando su enemistad".²⁶⁹ La noción es elegante, pero imprecisa, porque no destaca suficientemente los límites de la agravante. Parece, pues, preferible definirla como el *aprove-*

*chamiento, para la ejecución del delito, de la confianza que la víctima o un tercero han depositado en el hecho, o que éste se ha granjeado con ese objeto.*²⁷⁰ En este sentido, la alevosía constituye un auténtico "abuso de confianza"²⁷¹, con el que es por lo tanto incompatible y respecto del cual prevalece, por expresa disposición de la ley, en los delitos contra las personas.

En el *obrar sobre seguro*, en cambio, se encuentran más acentuados los aspectos materiales²⁷² de la conducta. Significa ocultamiento del cuerpo del hecho o de los medios de comisión, con el objeto de provocar la indefensión de la víctima frente al ataque.²⁷³ Se expresa, asimismo, en acciones dirigidas a burlar la vigilancia de terceros erigidos en guardianes del bien jurídico.²⁷⁴ Lo mismo que respecto de la *traición*, el autor puede crear por sí mismo las condiciones ventajosas en que actuará o aprovechar unas preexistentes.²⁷⁵

La cuestión más discutida en torno a esta agravante se refiere a su naturaleza.

Un número reducido de autores opina que la alevosía es de carácter eminentemente objetivo.²⁷⁶ En consecuencia, para que surta efectos basta con que la víctima se encuentre en una situación de indefensión real, aunque ella ni dependa de la voluntad del autor ni sea determinante para la comisión del delito. Con arreglo a este criterio, entonces, el que lesiona a un niño o un anciano y el que da muerte a un ciego obran siempre con alevosía, puesto que las condiciones personales del sujeto pasivo le otorgan una ventaja ineludible.²⁷⁷ Pero, además, cuando el atacante hoye, tropieza y cae al suelo, habrá también que afirmar la agravante, a menos que el autor "se detenga en su impulso agresivo, ya en descontrollo, hasta que la víctima pueda ponerse de pie".²⁷⁸ La consecuencia es absurda, como con razón lo destaca POLITOFF.

A causa de estos resultados inconsistentes, la opinión dominante en el derecho comparado²⁷⁹, y prácticamente unánime en el nacional²⁸⁰, se pronuncia por el *critério subjetivo*, de acuerdo con el cual es preciso que el agente actúe con el propósito de aprovechar, para la ejecución del hecho punible, la situación de indefensión en que la víctima se encuentra o en que la ha colocado.

²⁶⁶ En el mismo sentido, ETCHEBERRY, III, págs. 39 y 60; CARRERO, I, II, págs. 240; GARRIDO, *El homicidio y sus formas penales*, Santiago, 1976, 55, págs. 156 y 157. Un concepto algo diferente en NOVIOA, II, 379, págs. 50.

²⁶⁷ *Supra*, II, 30.

²⁶⁸ ETCHEBERRY, II, págs. 44.

²⁶⁹ En el mismo sentido, ETCHEBERRY, III, págs. 60; CARISOLA-POLITOFF-BUSTOS subrayan el aspecto relativo a "ocultamiento del cuerpo", 31, E, págs. 157.

²⁷⁰ CARISOLA-POLITOFF-BUSTOS, 31, E, págs. 157. En el mismo sentido, CARRERO, *El homicidio*, cit., 55, págs. 157 y 158. La opinión adversa de CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOCERILLO, I, págs. 540, se funda en el texto legal diferente de la ley española.

²⁷¹ CARRERO, *El homicidio*, cit., págs. 157.

²⁷² QUINTANO BIPOLLES, op. cit., I, 38, 2, págs. 434.

²⁷³ Así, expresamente, QUINTANO BIPOLLES, op. cit., I, 38, 2, págs. 435.

²⁷⁴ POLITOFF, en nota crítica a sentencia, R.C.P., tomo XXXVII, N.º 1, págs. 79. En idéntico sentido, CARISOLA-POLITOFF-BUSTOS, 31, C, págs. 155.

²⁷⁵ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOCERILLO, I, págs. 540; MIR, 26, III, 12, págs. 612; RODRIGUEZ DE VISA, I, págs. 605.

²⁷⁶ ETCHEBERRY, II, págs. 44 y III, sólo en CARRERO, I, II, págs. 240; CARRERO y GARRIDO, cit., 56.

²⁶⁶ *Infra*, 38, I, b) en donde se destaca que existen posibilidades de una minoría media en casos en los cuales no ocurre así. Véase, también, *infra*, 38, I, a).

²⁶⁷ ETCHEBERRY, III, págs. 60; LABATUT, I, 212, al, págs. 220; NOVIOA, II, 379, págs. 50.

²⁶⁸ CARRARA, I, 1101, págs. 186.

En rigor, casi todos los autores que se pronuncian en este sentido hablan más bien de una concepción mixta porque exigen tanto que el sujeto se halle "objetivamente" en una posición de indefensión incrementada como que el autor se valga de ella para consumar el delito. El empleo de esta nomenclatura, sin embargo, me parece inútil, pues nadie pretende agravar la responsabilidad del autor únicamente porque abriga un ánimo alevoso que no se expresa en la creación o aprovechamiento de un estado de indefensión real de la víctima.²⁸¹ Las tentativas de agravante son algo sin sentido, sólo puede existir una tentativa de delito agravado, y para eso es necesario que se den todos los presupuestos de la circunstancia correspondiente.²⁸² Por consiguiente, una concepción de la alevosía es subjetiva si exige también -y no sólo- el propósito de aprovechar las seguridades que ofrece la situación.

Con arreglo a lo expuesto, cuando el estado de indefensión de la víctima preexistente, podrá apreciarse alevosía si esa condición fue decisiva para la ejecución del delito por el autor.²⁸³ Por el contrario, si es patente que el agente habría actuado aunque el sujeto pasivo hubiera contado con la posibilidad de oponerle resistencia efectiva, la agravante debe ser descartada.

Cuando se trata del caso de víctimas que no ofrecen alternativas, tales como niños, ciegos, ancianos, inválidos o personas muy enfermas, la mayor parte de la doctrina adhiere a la posición subjetiva o mixta tiende a negar la alevosía,²⁸⁴ porque estima que se opone a su apreciación el art. 63 del C.P., ya que es de tal modo inherente al delito, que sin la concurrencia de ella éste no puede cometerse. De todas maneras, aceptan que también en esos casos concurre si el hecho actúa para sustrairese a la defensa que terceros pudieran ofrecer al afectado, como cuando aleja a la criolla que cuida a la crutura, al enfermero que asiste al impedido o al auxiliar que acompaña al ciego;²⁸⁵ asimismo, cuando obra a fin de debilitar aun más la capacidad defensiva de la víctima, como si se da muerte al pequeño ofreciéndole un caramelo envenenado.²⁸⁶ A estas situaciones debe agregarse, en mi opinión, aquella en que el autor elige deliberadamente, de entre varias víctimas posibles, a la que se encuentra inerte; como cuando, despojo de heredar a uno cualquiera de sus tíos, escoge al que padece de parálisis porque le es más fácil ultimarlo, o si, para vengarse de un enemigo, a cuya fortaleza física teme, mata y lesiona, en cambio, a su hijo pequeño o a su mujer enferma.

En atención a las particularidades de este componente subjetivo que la integra, la causal de agravación sólo es concebible en hechos punibles ejecutados con dolo directo, pues no puede imaginarse un propósito de aprovechar la situación ventajosa en que se encuentra para obtener el resultado en quien no busca la producción de éste, limitándose a aceptarla si sobreviene eventualmente.²⁸⁷

La alevosía surge efectos nada más que en los delitos contra las personas. En principio se entiende por tales aquellos a que se refiere el Título VIII del Libro II del C.P., arts. 390 y sigs. Sin embargo, no es efectivo que la agravante opere respecto de todos ellos, pues desde luego, su concurrencia carece de relevancia en los atentados contra

el honor (arts. 412 y sigs.) y ni siquiera es aplicable -como debe apreciarse en la Parte Especial- a cualquier ataque en contra de la vida y la integridad corporal.²⁸⁸ Por otro lado, a lo largo de la ley penal existen figuras punibles de carácter complejo, en las que la "abrazadera típica" ha enlazado infracciones dirigidas contra otros bienes jurídicos a auténticas lesiones contra las personas (vida e integridad corporal). Así sucede, por ejemplo, en los arts. 140, inc. segundo, 141, inc. tercero, 142 N° 1, letra b), 372 bis y 433 N° 1 del C.P., por no citar sino algunos. La cuestión de si la alevosía agrava también la pena en esos casos sólo ha sido resuelta expresamente y en sentido afirmativo para los atentados violentos contra la propiedad (art. 456 bis, inc. segundo del C.P.). No obstante, la opinión dominante estima que es aplicable a todos ellos.²⁸⁹ Este es, en efecto, el criterio correcto, pero ha de tenerse presente que para que así ocurra se requiere que la alevosía este vinculada a la ejecución del ataque contra la vida o la integridad corporal de la víctima.

Considerando su naturaleza, no es necesario que la alevosía se presente contemporáneamente con el principio de ejecución del acto punible. Es posible, efectivamente, que aparezca cuando éste ya se encuentra en curso de realización.²⁹⁰ Así, por ejemplo, si después de que su primera embestida es rechazada, el agresor simula un gesto de reconciliación que la víctima acepta y del cual el autor se sirve para herirla con más facilidad.

Es corriente, en la práctica, que la agravante analizada concurre con la premeditación.²⁹¹ Esto, sin embargo, puede no suceder y de hecho no ocurre en muchos casos, pues es imaginable la adopción súbita de una actitud alevosa. Las dos agravantes, son, por consiguiente, autónomas y compatibles entre sí.²⁹² Por lo que toca a su fundamento, la alevosía es una agravante de carácter mixto.²⁹³ Implícita, por una parte, un incremento de la antijuricidad, a causa de la posición desvalorada en que se sitúa o encuentra al bien jurídico de protección; por la otra, un reproche de culpabilidad acentuado, a causa de la mayor perversidad moral, "que es también mayor libertad expresada en la energía para vencer la propia inhibición".²⁹⁴

En atención al requisito subjetivo que forma parte de ella, la causal de agravación no se comunica a los partícipes en los cuales aquél no concurre.

²⁸⁰ CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 533; LABATUT, I, 212, a), pag. 221.
²⁸¹ CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 534; GARRIDO, I, 18, pag. 239; LABATUT, I, 212, a), pag. 220 y 221; NOVQA, II, 380, pag. 54.
²⁸² CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 535.
²⁸³ *infra*, c).

²⁸⁴ ETCHERRERRY, III, pag. 61; LABATUT, I, 212, a), pag. 221, con jurisprudencia; NOVQA, II, 379, pag. 51.
²⁸⁵ ETCHERRERRY, II, pag. 43 y III, pag. 61; GARRIDO, I, 18, pag. 241 y El Anecdotario, cit. 56, pag. 161.
²⁸⁶ GRISSOLA-POUTOFF-BUSTOS, 31, E, págs. 156 y 157; RODRIGUEZ DE VESA, I, pag. 685. Implícitamente surge también este punto de vista NOVQA, II, 379, pag. 50. Por el contrario, acerca el número de reproducibilidad QUINTANO BILLORES, op. cit., I, 38, 2, pag. 435; ETCHERRERRY, que en II, pag. 36, se pronuncia por la fundamentación mixta, concluye, sin embargo, al incremento de la reproducibilidad en III, pag. 42. La posición de CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 537, que la consideración de justificación subjetiva, se encuentra aprobada en un texto legal delente. No es clara la

²⁸⁷ *infra*, c).

²⁸⁸ CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 533; LABATUT, I, 212, a), pag. 221.
²⁸⁹ CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 534; GARRIDO, I, 18, pag. 239; LABATUT, I, 212, a), pag. 220 y 221; NOVQA, II, 380, pag. 54.
²⁹⁰ CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 535.
²⁹¹ *infra*, c).

²⁸ Incluye PACHECO, El Código Penal comentado y comentado, cit., pag. 218, al que se cita ocasionalmente como exponente de un extremo subjetivismo, precisamente claramente la situación de indefensión efectiva. Eso es notorio en las siguientes frases: "El alevoso es semejante al ségún, que luego callado, arremeténdose, sin advertir su fin, sin dar lugar para la defensa. Por lo mismo, que a la hora de delinquir, por lo mismo es más alevoso y más ocioso" (Los subterfugios son malos).
²⁹ *infra*, 33.
³⁰ LABATUT, I, 212, a), 220.
³¹ GRISSOLA-POUTOFF-BUSTOS, 31, E, págs. 156 y 159. Con reserva, GARRIDO, El Anecdotario, cit., 55, pag. 158.
³² GRISSOLA-POUTOFF-BUSTOS, 31, E, págs. 156 y 159; GARRIDO, El Anecdotario, cit., 55, pag. 158.

Por último, debe tenerse presente que respecto del homicidio la alevosía se comporta como calificante, integrando una figura sui generis a la que se atribuye un marco punitivo diferenciado y no una pena simplemente agravada. En la práctica, ésta es su función más frecuente y relevante.

b) Precio, recompensa o promesa

Con arreglo al art. 12, Nº 2º del C.P., es circunstancia agravante cometer el delito "mediante precio, recompensa o promesa".

En primer lugar, es evidente que esta causal de agravación presupone la intervención de por lo menos dos personas en el delito⁵⁹¹, una de las cuales se comportará como inductor y la otra como autor material. Asimismo, la opinión dominante en la literatura exige la celebración de un acuerdo o pacto previo relativo a la recompensa⁵⁹²—aunque no su recepción por el instigador⁵⁹³. No basta, por consiguiente, con que el autor abrigue la esperanza de ser recompensado porque sabe que el hecho puede ser agradable o provechoso para un tercero.⁵⁹⁴ Por otra parte, no es indispensable que la expectativa del lucro sea el único motivo que determina al instigado, pero debe constituir por lo menos uno de los que concurran a decidirlo.⁵⁹⁵ A causa de lo último, la agravante no debe apreciarse si el autor estaba resuelto ya a delinquir cuando se le ofrece el premio o remuneración.⁵⁹⁶

Por precio debe entenderse el valor pecuniario en que se estima una cosa o servicio.⁵⁹⁷ Recompensa, en cambio, según la opinión dominante en la doctrina nacional, es cualquier otro premio distinto del pecuniario.⁵⁹⁸ En la literatura española, por el contrario, se exige también que la "recompensa" sea susceptible de una apreciación económica.⁵⁹⁹ Este último criterio me parece más correcto, sobre todo porque el disvalor incrementado que implica la conducta de quien delinque por motivos lucrativos no se aprecia con igual intensidad en el que lo hace por consideraciones de otra naturaleza.⁶⁰⁰ En efecto, ¿cómo podría sostenerse que es igualmente reprochable el que mata a otro a cambio de una suma de dinero, que quien lo hace, por ejemplo, a causa de que la instigadora le ha ofrecido contraer matrimonio con él o porque alguien le ha prometido promocionar y obtener el reconocimiento de sus creaciones artísticas? Creo, en verdad, que las situaciones descritas no admiten com-

paración. La promesa, por fin, no es sino el ofrecimiento de otorgar posteriormente el precio o la recompensa.⁶⁰¹

El problema principal que plantea la agravante se refiere a la extensión de sus efectos.⁶⁰²

Para la opinión que es mayoritaria entre nosotros, los efectos del art. 12, Nº 2º del C.P., alcanzan tanto al autor material del hecho como a quien lo ha inducido a ejecutarlo.⁶⁰³ Arguye, por una parte, que el empleo del adverbio "mediante" implica una alusión a la conducta de ambos concurrentes, y, por la otra, que el disvalor delictivo de quien obra por codicia es semejante al de quien incurra en la cobardía de pagar a otro para que ejecute el hecho punible en su lugar. "Tanto el mandante como el mandatario realizan el tipo de injusto".⁶⁰⁴

Estos argumentos no son, sin embargo, convincentes.

En primer lugar, se ha hecho ver, con razón, que la voz "mediante" puede significar tanto "por medio de" como "en atención a" o "en razón de".⁶⁰⁵ No hay, en realidad, motivo alguno para suponer que el legislador haya querido emplearlo aquí en el primero de tales sentidos. Tanto más cuanto que ello implicaría excluir de la agravación al autor material, pues quien en realidad delinque "por medio" del precio, recompensa o promesa parecería ser únicamente el inductor. En rigor, para lograr que la agravante surta efectos respecto de ambos concurrentes, es preciso atribuir al adverbio "mediante" sus dos sentidos posibles a un mismo tiempo, lo cual es evidentemente inadmisibles.⁶⁰⁶

Por otra parte, la afirmación de que en esos casos el inductor obra siempre por cobardía es, cuando menos, antojadiza. En efecto, bien puede ocurrir que lo haga, por ejemplo, a causa de que se encuentra en la imposibilidad física de ejecutar personalmente el delito, como si se tratara de un parálisis que quiere vengarse de quien lo dejó en ese estado o del que mancilló el honor de su hija. En tales situaciones carece de fundamento el juicio de reprochación incrementada que se pretende hacer recaer sobre él.

Por último, aun en los supuestos en que efectivamente quien otorga el premio o hace la promesa se comporta así por falta de valor, parece exagerado parificar la reprochabilidad de su conducta a la de quien delinque solo por afán de lucro. Ser cobarde es una debilidad, pero difícilmente una falta de moralidad comparable a la codicia desenfrenada del que no se detiene siquiera ante el delito en su deseo de medrar.⁶⁰⁷

⁵⁹¹ LABATUT, I. 212, b), pág. 222; GARRIDO, I. 18, pág. 218.
⁵⁹² ETCHERBERY, II, pág. 35; GARRIDO, I. 18, pág. 218 y El Anfitrión, cit., 65, pág. 172; GRISOLA-POLITOFF-BUSTOS, 32, C, pág. 164; LABATUT, I. 212, b), pág. 222; NOVIOA, II, 381, pág. 34. Contra, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 559.

⁵⁹³ NOVIOA, II, 381, pág. 34.
⁵⁹⁴ ETCHERBERY, II, pág. 35.

⁵⁹⁵ QUINTANA RIPOLLÉS, op. cit., t. 3º, 2.ª, pág. 431. "La agravante ha de proceder y servir de estímulo a la conducta criminal".

⁵⁹⁶ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 559.

⁵⁹⁷ Ad. con una ligera variante, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 557. En el mismo sentido, ETCHERBERY, II, pág. 35; LABATUT, I. 212, b), pág. 222; NOVIOA, II, 381, pág. 34.

⁵⁹⁸ ETCHERBERY, II, pág. 39; GARRIDO, I. 18, pág. 218; GRISOLA-POLITOFF-BUSTOS, 32, C, pág. 164; LABATUT, I. 212, b), pág. 222; NOVIOA, II, 381, pág. 34.
⁵⁹⁹ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 558; QUINTANA RIPOLLÉS, op. cit., t. 3º, 1.ª, pág. 14.

⁶⁰⁰ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 557; ETCHERBERY, II, pág. 35; LABATUT, I. 212, b), pág. 222; NOVIOA, II, 381, pág. 34.

⁶⁰¹ En el tratamiento de este problema, el texto presente de las causales punitivas por la dicción reduccion que ha empleado la ley al describir la agravante del art. 12, Nº 2º y la calificación del homicidio en el art. 391, Nº 1º, circunstancias segundas. Esa última es una cuestión de la Parte Especial que aquí puede ser penitencialmente abordada. De todas maneras, la interpretación que acabo de hacer del art. 12, Nº 2º del C.P. resulta también que acogiese para el 391, Nº 1º, circunstancias segundas en el cual parece excluirse un más estricta.

⁶⁰² ETCHERBERY, II, pág. 35; GARRIDO, I. 18, pág. 219 y El Anfitrión, cit., 68, pág. 175 y 185; GRISOLA-POLITOFF-BUSTOS, 32, C, pág. 163. En la literatura española ese punto de vista es compartido por GRISOLA-POLITOFF-BUSTOS, 32, C, pág. 163.

⁶⁰³ QUINTANA RIPOLLÉS, op. cit., t. 3º, 2.ª, pág. 449.

⁶⁰⁴ GRISOLA-POLITOFF-BUSTOS, 32, C, pág. 163. La observación de estos autores se refiere a la calificación del art. 39, Nº 1º, circunstancias segundas del C.P.

⁶⁰⁵ QUINTANA RIPOLLÉS, op. cit., t. 3º, 2.ª, pág. 449.

⁶⁰⁶ QUINTANA RIPOLLÉS, op. cit., t. 3º, 2.ª, pág. 449.

⁶⁰⁷ QUINTANA RIPOLLÉS, op. cit., t. 3º, 2.ª, pág. 449.

a reparos de otra índole, pues no sin razón se ha dicho que la finalidad en la resolución depende hasta cierto punto del carácter del hecho y, consiguientemente, esta forma de conocer la agravante introduce en ella elementos propios del derecho penal de autor.

Por lo que se refiere a los puntos de vista negativos, que abogan por excluir la premeditación del catálogo de agravantes a causa de su irracionalidad, tienen seguramente razón, pero no constituyen un criterio interpretativo de la ley vigente, sino una aspiración polifuncional.

A mi juicio,¹⁵¹ la premeditación requiere, en primer término, una reflexión previa aun a la adopción de la resolución, en el curso de la cual el sujeto pondera las ventajas o inconvenientes que el delito presenta. Esta cavilación preliminar a la decisión es lo más propio del *pre-medar* en sentido estricto, pues una reflexión relativa a la resolución ya tomada constituye una contradicción y supone que, en verdad, aquella esta siendo puesta en duda y *re-ultima* con cada nueva conclusión afirmativa de la meditación.¹⁵²

En segundo término, la premeditación exige la persistencia firme de una resolución ya adoptada y sobre la cual no se reflexiona porque al respecto no existen vacilaciones. Por último, un espacio de tiempo indeterminado, pero que, en todo caso, sea suficiente para realizar la reflexión previa y poner además de manifiesto que la decisión tomada ya no es afectada por los contramotivos que puedan oponersele. Así pues, no es posible aquí fijar plazo alguno, y la decisión sobre si ha transcurrido el necesario solo puede adoptarse considerando cada situación concreta en sus particularidades.

Para la premeditación no se requiere el ánimo frío y tranquilo con el cual no debe confundirse la persistencia del propósito, pues este es compatible con la intranquilidad. Tampoco una planificación o disposición de los medios de comisión.¹⁵³ Eso último es más bien propio de la alevosía y, aunque excepcionalmente podría concebirse un proyecto de delinquir "lealmente", no es una exigencia que pueda deducirse del concepto de premeditar. Asimismo, es ajena a esta agravante la naturaleza de los móviles que impulsan al agente.¹⁵⁴

La premeditación debe ser conocida. Este requisito es un tanto enigmático,¹⁵⁵ y se ha prestado a interpretaciones confusas. Para algunos autores se trata simplemente de reiterar —inútilmente, por cierto— la exigencia de que se haya manifestado en hechos externos susceptibles de ser acreditados en el proceso.¹⁵⁶ Con arreglo a la

opinión correcta, sin embargo, expresa sólo la voluntad legislativa de subrayar que no puede presumirse la por el hecho de que haya transcurrido un cierto lapso entre el momento de la ideación del delito y el de su ejecución.¹⁵⁷ Es preciso que en el proceso se encuentren acreditados actos del reo en los cuales aparezcan de manifiesto la reflexión preliminar y la efectiva permanencia de la decisión.¹⁵⁸ Asimismo, desde un punto de vista procesal, enfatiza que la circunstancia integra el hecho punible ("sueño del delito"), y, por tanto, no puede dársele por establecida con la pura confesión del sujeto.^{159, 160}

Al conocerla de esa manera, el ámbito de aplicación de la agravante se restringe considerablemente. Eso, sin embargo, es deseable, porque la fundamentación de sus efectos es, al menos, precaria.¹⁶¹ Hay autores, por ello, que abogan por su eliminación,¹⁶² y la mayor parte de la literatura está de acuerdo en que sería preferible sustituirla por una consideración a los móviles reprochables del agente.¹⁶³ La verdad es que, en algunos casos, su concurrencia puede dar lugar a una reprochabilidad incrementada, porque tanto la reflexión previa como el hecho de que el sujeto persista en la resolución, no obstante los contramotivos opuestos por el ordenamiento jurídico, parecerían revelar que el hecho punible es el resultado de una decisión en la cual su libertad se ha comprometido con singular intensidad.¹⁶⁴ Sin embargo, eso no ocurre siempre e, incluso, cuando es así, no implica necesariamente un aumento de reprochabilidad que justifique la exasperación de la pena. Por consiguiente, de *lege ferenda* sería oportuno excluir del catálogo de agravantes y reemplazarla por la relativa a los móviles.

En todo caso, debe descartarse el intento de justificar la agravación afirmando que se funda en la mayor peligrosidad del autor.¹⁶⁵ Por una parte, como ya se ha dicho, esto significa introducir en el derecho penal de culpabilidad referencias indeseables al carácter del sujeto. Pero, además, se trata de un supuesto sometido a muchos reparos, pues con toda razón puede sostenerse que es socialmente más peligroso quien comete delitos de manera súbita, violencia e irreflexiva, que el que antes de hacerlo curva largamente sobre el punto. Como prueba de ello se han exhibido incluso estadísticas con arreglo a las cuales el número de homicidios solo tentados es mayor entre los que se comenten con premeditación que sin ella, lo cual demostraría la escasa peligrosidad de sus autores y la relativa ineficacia de la agravante para asegurar la indemnización de la víctima.

Igualmente, me parece inexacto sostener que la agravante conlleva un aumento del impulso a causa de un mayor desvalimiento del sujeto pasivo,¹⁶⁶ pues, como se ha visto, esto

¹⁵¹ En lo que sigue, la opinión del texto es muy semejante a la desarrollada por CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, págs. 540 y sigs.

¹⁵² CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, págs. 593 y 598, con detalle. Tampoco puede sostenerse que la reflexión anterior a la decisión es la que se refiere a la forma de cometer el delito o planificarla, porque entonces, como se verá más adelante, la ignorancia de premeditación y su fundamento tendrían a confundirse con la alevosía. Entiende la premeditación expresamente como reflexión ulterior a la decisión, NOVVOA, II, 384, pág. 30. En el mismo sentido, implícitamente, ETCHEBERRY, III, pág. 59 y GARRIDO, I, 18, pág. 203 y El homicidio, cit. 45, pág. 147.

¹⁵³ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, págs. 592 y sigs.; GARRIDO, I, 18, pág. 203 y El homicidio, cit., 45, pág. 148; NOVVOA, II, 384, pág. 62.

¹⁵⁴ Aluden, por el contrario, al móvil objetivo, GARCILAYA-POLITOFF-BUSTOS, 35, A, pág. 178. Como en el texto, GARRIDO, I, 18, págs. 203.

¹⁵⁵ En el mismo sentido CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, pág. 602.

¹⁵⁶ QUINTANA RIPOLLES, op. cit., 39, I, pág. 446. Ya FRICHEDD se había expresado en el mismo sentido, ETCHEBERRY, II, pág. 29; GARCILAYA-POLITOFF-BUSTOS, 35, A, pág. 175; LABRUTTE, I, 212, c), pág. 224; CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, pág. 602; QUINTANA RIPOLLES, op. cit., I, 39, I, pág. 445, aunque, con todo, esa era que caso se ahora en una ficción.

¹⁵⁷ Así, CUELLO CALÓN. Derecho Penal, citando el artículo reformado de 1944, 2ª edición, Barcelona, 1949, p. 203.

¹⁵⁸ ETCHEBERRY, II, pág. 29, y III, pág. 30; GARRIDO, I, 18, pág. 204 y El homicidio, cit., 30, pág. 133; GARCILAYA-POLITOFF-BUSTOS, 35, B, pág. 179.

¹⁵⁹ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, págs. 599 y 600.

¹⁶⁰ GARCILAYA-POLITOFF-BUSTOS, 35, B, pág. 179. En el mismo sentido, NOVVOA, II, 384, pág. 64; POLITOFF-ORTIZ y colaboradores, I, pág. 196.

¹⁶¹ La elusión de un plan detallado por el autor, que, como se ha expresado en el texto, no integra el concepto de la premeditación, puede, en cambio, cobrar importancia en relación con ese requisito de la agravante. En algunos casos, en efecto, será posible deducir de esa circunstancia la persistencia en la resolución.

¹⁶² En el mismo sentido CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, pág. 602.

¹⁶³ QUINTANA RIPOLLES, op. cit., 39, I, pág. 446. Ya FRICHEDD se había expresado en el mismo sentido, ETCHEBERRY, II, pág. 29; GARCILAYA-POLITOFF-BUSTOS, 35, A, pág. 175; LABRUTTE, I, 212, c), pág. 224; CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, pág. 602; QUINTANA RIPOLLES, op. cit., I, 39, I, pág. 445, aunque, con todo, esa era que caso se ahora en una ficción.

¹⁶⁴ Así, CUELLO CALÓN. Derecho Penal, citando el artículo reformado de 1944, 2ª edición, Barcelona, 1949, p. 203.

¹⁶⁵ En todo caso, debe descartarse el intento de justificar la agravación afirmando que se funda en la mayor peligrosidad del autor.¹⁶⁵ Por una parte, como ya se ha dicho, esto significa introducir en el derecho penal de culpabilidad referencias indeseables al carácter del sujeto. Pero, además, se trata de un supuesto sometido a muchos reparos, pues con toda razón puede sostenerse que es socialmente más peligroso quien comete delitos de manera súbita, violencia e irreflexiva, que el que antes de hacerlo curva largamente sobre el punto. Como prueba de ello se han exhibido incluso estadísticas con arreglo a las cuales el número de homicidios solo tentados es mayor entre los que se comenten con premeditación que sin ella, lo cual demostraría la escasa peligrosidad de sus autores y la relativa ineficacia de la agravante para asegurar la indemnización de la víctima.

¹⁶⁶ Igualmente, me parece inexacto sostener que la agravante conlleva un aumento del impulso a causa de un mayor desvalimiento del sujeto pasivo,¹⁶⁶ pues, como se ha visto, esto

último es algo que no se encuentra prohibido, y tampoco aparece involucrado entre los requisitos de la premeditación el que se obra con el propósito de asegurarse víctimas de esa clase.

De conformidad con lo dispuesto por el texto legal, la premeditación sólo agrava la pena de los delitos que atentan contra las personas. El concepto debe entenderse en el mismo sentido que se le atribuyó al tratar de la alevosía.³⁴⁶ La problemática también es semejante. Además, la premeditación, como la alevosía, califican el homicidio con arreglo al art. 391. N.º 1.º, circunstancia quinta del C.P.

Como aquí se trata de una agravante cuyas características subjetivas son manifiestas la opinión unánime es una que no se comunica a los partícipes en quienes aquellas no concurren.³⁴⁷ Asimismo, la peculiaridad de esos requisitos subjetivos sólo permite concebirlos en delitos cometidos con dolo directo, pues resulta inconciliable con la estructura del eventual.³⁴⁸

Unos problemas espectaculares subsistan a este respecto los casos de error en la persona del sujeto pasivo y los de abstrusos hechos. De acuerdo con el criterio que se ha sostenido aquí, se los primeros serán irrelevantes también para la premeditación, cuyo efecto agravatorio persistirá, en los segundos, por el contrario, se dará una lectura premeditada del delito que el sujeto deseaba perpetrar en concurso con el delito sólo culposo que en realidad consumó.³⁴⁹

La premeditación también plantea dificultades cuando el autor ha condicionado la ejecución del hecho punible. En la literatura nacional las opiniones se encuentran muy divididas al respecto. Algunos autores niegan toda importancia a la interposición de la condición.³⁵⁰ Otros se inclinan a apreciar o desestimar la agravante en tales situaciones según las características del caso concreto.³⁵¹ Los hay, por fin, que adhieren al criterio de CARRERA,³⁵² con arreglo al cual la premeditación subsiste cuando del evento futuro sólo depende el modo de comisión del delito, pero no si lo que se ha condicionado es su perpetración.³⁵³ A mi juicio, el criterio correcto sigue siendo este último. En cambio, debe desestimarse la opinión de CARRERA según la cual "esa conclusión debe aceptarse únicamente cuando el evento incierto que ha sido causa de la determinación definitiva, es un hecho injusto por parte de la víctima",³⁵⁴ pues la cuestión relativa a la ilicitud de la condición no altera en modo alguno la posición subjetiva del autor en relación con la eventualidad de realizar la conducta típica.³⁵⁵

Se ha discutido a veces la compatibilidad de inducción y premeditación. En principio, sin embargo, ésta puede afirmarse siempre que el acto de inducción haya sido precedido de deliberación y determinación permanente en los términos que se han desarrollado precedentemente. Por el contrario, no puede apreciarse premeditación alguna por el solo hecho de que entre el momento de la inducción y el de la ejecución material del delito transcurra un cierto lapso,³⁵⁶ pues esa circunstancia es consustancial a la realización de los hechos punibles en los cuales interviene esa forma de participación.

Finalmente, también puede cuestionarse la compatibilidad de la agravante con las afecciones emocionales del art. 11, Nos. 3.º, 4.º y 5.º.³⁵⁷ En principio debe ser afirmada, aunque en la práctica generalmente obstaculiza a la configuración de los dos primeros causales de agravación referidos las exigencias de "inmediatez" y "proximidad" que respectivamente conllevan.³⁵⁸

d) Abuso de superioridad

Según el art. 12, N.º 6.º del C.P., es circunstancia agravante "abusar el delincuente de la superioridad de su sexo, de sus fuerzas o de las armas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa".

Esta causal de agravación no fue tomada por la Comisión Redactora del Código Penal español, sino que empleó como modelo la consagrada en el art. 16 del brasileño. Por tal motivo presenta diferencias con la que posteriormente se introdujo en el art. 10, N.º 8.º, del ordenamiento punitivo peninsular,³⁵⁹ y ahora se contempla en el art. 22 N.º 2 de dicho texto legal.³⁶⁰

Como ya se ha expresado en relación con otras agravantes,³⁶¹ abusar significa "servirse" o "valerse". Implica, pues, una disposición subjetiva especial, por lo cual para que la norma surta su efecto agravatorio no basta con apreciar objetivamente la diferencia de sexos o el empleo de un arma; es necesario que el sujeto contemple esas circunstancias como un factor decisivo para la perpetración del delito,³⁶² esto es, como uno cuando menos de los que lo han resuelto a cometerlo.

Los conceptos de *sexo* y *fuerza* no requieren análisis más detenido, si bien debe puntualizarse que el último alude exclusivamente a la fortaleza física y no a formas de superioridad psíquica.³⁶³ Las *armas* están definidas por el art. 132 del C.P., en el cual se encuentra una noción amplia, válida también para estos efectos y que depende más de la intención con que se emplea el objeto que de su forma o destino habitual.³⁶⁴

³⁴⁶ Supra, a). Sobre los motivos de la restricción, que se opera siguiendo los criterios de PACHECO, véase ETCHEBERRY, II, págs. 57 y 58.

³⁴⁷ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, pág. 618; CARRIDO, *El homicidio*, cit., 31, págs. 133 y 134; CRISOLLA-POLTOFF-BUSTOS, 35, pág. 179; QUINTANO BIRRIELLES, op. cit. I, 39, I, pág. 448.

³⁴⁸ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, pág. 603.

³⁴⁹ Supra, 18, II, 43, cv.

³⁵⁰ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, págs. 603 y 606; CRISOLLA-POLTOFF-BUSTOS, 35, II, pág. 182; CONTRA CARRIDO, *El homicidio*, cit., 37, pág. 130, quien razona sobre la base de una equivalencia entre ambas situaciones y, consiguientemente, afirma la irrelevancia de las dos en el enjuiciamiento del caso.

³⁵¹ LABATUT, I, 212, c), págs. 223 y 224.

³⁵² CRISOLLA-POLTOFF-BUSTOS, 35, B, pág. 182; NOVQA, II, 384, pág. 63, para quien la solución de período de la mayor o menor probabilidad con que el sujeto se ha representado la posibilidad del evento.

³⁵³ CARRIDO, *El homicidio*, cit., 40, págs. 153 y 152.

³⁵⁴ CARRIDO, *El homicidio*, cit., 40, págs. 153 y 152. El autor, aparentemente, percibiera en este criterio en I, 18, pág. 204 ó donde, sin embargo, no se refiere al caso en que la condición causal es el modo de comisión.

³⁵⁵ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, pág. 619. Véase, a este respecto, la sentencia de la C.S. de 3 de enero de 1973, en R.C.P., tomo XXXII, págs. 63 y sigs., con nota crítica de CURA, cuya solución, en V, pág. 81, hoy no comparto por completo, como se desprende del texto. Niega la posibilidad de premeditación en el indulto CARRIDO, I, 18, págs. 204 y 205. Como en el texto, POLTOFF-ORTIZ y colaboradores, I, pág. 196.

³⁵⁶ Supra, 33, III, a).

³⁵⁷ Sobre ello, con detalle y acertadamente, NOVQA, II, 384, págs. 64 y 65. Véase, además, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, págs. 616 y 617.

³⁵⁸ NOVQA, II, 386, pág. 66.

³⁵⁹ Véase, al respecto, MIR, 26, 17, pág. 613.

³⁶⁰ Supra, II, al.

³⁶¹ En el mismo sentido, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURILLO, I, pág. 645; ETCHEBERRY, II, pág. 37, quien, sin embargo, advierte sobre las dificultades que supone la distinción entre el simple "usar" y el "abusarse"; NOVQA, II, 386, pág. 69. Es muy restrictivo LABATUT, I, 212, II, pág. 225, con arreglo a cuya opinión se necesita que el sujeto haya abusado la superioridad "de omnibus".

³⁶² Véase, al respecto, MIR, 26, 17, pág. 613.

³⁶³ Véase, al respecto, MIR, 26, 17, pág. 613.

³⁶⁴ Véase, al respecto, MIR, 26, 17, pág. 613.

El fundamento de la agravante es idéntico al de la alevosía, con la cual tiende a confundirse.³⁹⁰ Por tal motivo, las dos agravantes son incompatibles.³⁹¹ Asimismo, de aquí deriva que la disposición haya sido objeto de críticas, pues se la denuncia, con razón, como un despliegue inultr de casuismo³⁹² e, incluso, como una pretensión absurda de exigir al delincuente actitudes de lealtad y gentilez respecto de su víctima.³⁹³

Pues lo que, como se ha explicado, el abuso presupone la concurrencia de una actitud subjetiva en el agente, la agravante no se comunica a los partícipes en los cuales esa no se presenta.³⁹⁴

IV. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES OBJETIVAS

a) Ejemplo de medios catastróficos

Con arreglo al art. 12, N.º 3.º, es circunstancia agravante "especificar el delito por medio de inundación, incendio, veneno u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas".

La esencia de la agravante consiste en el empleo de medios de comisión que, por naturaleza, crean un peligro accesorio a causa de su capacidad para "ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas" distintas de aquella que es víctima del delito. El sujeto, pues, tiene que haberse servido de esos recursos en la ejecución de la conducta típica. Si, en cambio, solamente se aprovecha de una situación catastrófica preexistente para delinquir, deberá apretarse la causal de agravación a que se refiere el art. 12, N.º 10, y no ésta.³⁹⁵

La agravante concurre si los medios empleados son potencialmente catastróficos. No es necesario que hayan provocado realmente el desastre.³⁹⁶

A causa de la cláusula analógica incorporada en la última parte de la norma por la Comisión Redactora del C.P.,³⁹⁷ la enumeración de medios que actualmente se contiene en ella tiene un mero carácter ejemplar. La inundación es un anegamiento de grandes proporciones. Respecto del incendio, que debe ser objeto de un análisis más prolijo en el ámbito de la Parte Especial, conviene destacar desde luego que no se configura por el solo hecho de dañar o destruir un objeto valiéndose del fuego: se

requiere, en efecto, que ese último tenga además características de incontrolable.³⁹⁸ El veneno, por fin, es toda sustancia capaz de dañar el organismo humano o animal y que, en atención a su naturaleza, puede ser administrado en forma insidiosa, es decir, sin que sea perceptible para la o las víctimas. Pero su empleo sólo da lugar a la agravante examinada si además se lo usa de tal manera que esa capacidad de dañar subrepticamente crea un peligro para la salud o la vida de un número indeterminado de seres vivos. Por eso se ha dicho, con razón, que el concepto, tal como lo emplea el art. 12, N.º 3.º, no coincide con el de la calificante del homicidio contemplada en el art. 391, N.º 1.º, circunstancia tercera,³⁹⁹ pues el fundamento de esta última reposa únicamente en la índole insidiosa del medio.⁴⁰⁰

Sin embargo, ha de tenerse presente, por lo que se refiere al veneno, que ese sólo puede ser empleado "peligrosamente" a causa de su virtualidad para actuar en forma "subreptica". Por eso la acción tiene un sustrato común a los dos casos, aunque en cada uno de ellos el momento de la pena obedezca a motivos diferentes deducidos del modo en que se usa el medio.

La razón de la agravación descansa en un aumento de la antijuricidad de la conducta que, aparte de la lesión al bien jurídico protegido por el tipo correspondiente, es potencialmente peligrosa para otros.⁴⁰¹ No obstante, en la práctica la circunstancia es apreciada rara vez, sobre todo porque el empleo de varios de los medios a que alude configura delitos sui generis (incendio, estragos), los cuales entran en concurso con aquel para cuya ejecución se los usa por el sujeto.⁴⁰²

Puesto que la agravante es de naturaleza objetiva, se comunica a los partícipes en los términos del art. 64, inc. segundo del C.P.⁴⁰³

b) Ensamblamiento

De conformidad con el N.º 4.º del art. 12 del C.P., es circunstancia agravante "aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución". Como puede advertirse, pues, la disposición no emplea el nombre ensamblamiento para designar la agravante; pero éste se usa expresamente por la ley cuando se refiere a la calificante del homicidio consagrada por el art. 391, N.º 1.º, circunstancia cuarta que, con algunas variantes, corresponde a la causal de agravación examinada aquí.

El ensamblamiento, como tal, es de origen reciente. Aparece incorporado al catálogo de agravantes recién en el Código Penal español de 1822.⁴⁰⁴ Sin embargo, la crueldad en la ejecución del acto criminal es tomada en cuenta para exasperar la pena desde tiempos bastante más remotos y por la mayor parte de las legislaciones.⁴⁰⁵

³⁹⁰ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 644; LABATUT, I, 212, D, pág. 225; NOVOLA, II, 386, págs. 68 y 69.

³⁹¹ NOVOLA, II, 386, pág. 69.

³⁹² ETCHEBERRY, II, pág. 37; GARRIDO, I, 18, pág. 223; POLUITOFF-ORTIZ y colaboradores, I, pág. 199.

³⁹³ NOVOLA, II, 386, pág. 68. Sin embargo, no me parece del todo exacta la frase "se comunicó al buen sentido, pretendiendo ser meritos de honor y lealtad en los declaraciones", pues, como es de sobra sabido, en el seno de las subculturas delictivas tales meritos no sólo existen, sino que se conciben muy desarrollados. Por supuesto, NOVOLA ha querido atribuir a la sentencia el sentido que procuro expresar en el texto. Véase, asimismo, ETCHEBERRY, II, pág. 37.

³⁹⁴ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 633, con detalle.

³⁹⁵ LABATUT, I, 212, C, pág. 222; NOVOLA, II, 382, pág. 37; GARRIDO, I, 18, pág. 220.

³⁹⁶ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 567; ETCHEBERRY, II, págs. 35 y 36; GARRIDO, I, 18, pág. 220; LABATUT, I, 212, C, pág. 222; NOVOLA, II, 382, págs. 36; CHRISTIANI y GONZALEZ, op. cit., pág. 443.

³⁹⁷ ETCHEBERRY, II, pág. 36; QUINTANO RIBOLLES, op. cit., I, 38, 4.º pág. 444; SCHER, IV, 126, II, pág. 494.

³⁹⁸ ETCHEBERRY, II, pág. 36, y III, pág. 66. Véase claro, en cambio, LABATUT, I, 212, C, pág. 222, que parece atribuirle el mismo sentido en ambos disposiciones. Contra, QUINTANO RIBOLLES, op. cit., I, 38, 4.º págs. 442 y 443.

³⁹⁹ Otra opinión es de GARRIDO, I, 18, pág. 221, cuyo sistema a este respecto es más bien dudoso.

⁴⁰⁰ En el mismo sentido, ETCHEBERRY, II, pág. 35; LABATUT, I, 212, C, pág. 222; NOVOLA, II, 382, pág. 36.

⁴⁰¹ ETCHEBERRY, II, pág. 35; NOVOLA, II, 382, pág. 37; QUINTANO RIBOLLES, op. cit., I, 38, 4.º pág. 443.

⁴⁰² ETCHEBERRY, II, pág. 35.

⁴⁰³ ETCHEBERRY, II, pág. 35.

⁴⁰⁴ ETCHEBERRY, II, pág. 35.

⁴⁰⁵ ETCHEBERRY, II, pág. 35.

Objetivamente, la agravante se manifiesta en la agregación de males que son innecesarios para la ejecución del delito.⁷⁷⁵ Esta superfluidad debe ser enjuiciada en forma objetiva y no con arreglo a los propósitos del agente.⁷⁷⁶ —para el cual, por ejemplo, la satisfacción cumplida de sus finalidades vengativas puede exigir la inflicción de tormentos terribles a la víctima—. Pero, al propio tiempo, debe apreciarse en concreto, teniendo en consideración las características del hecho, tal como se las representaba *ex ante*, el autor.⁷⁷⁷ Por esto, no constituye ensañamiento el "matar a palos" si el sujeto no dispone de otra arma que le sea aparente para ultimar a su adversario, o el dar varias puntaladas a la víctima si, con arreglo a su representación, el autor presume que sólo en esa forma podrá quitar la vida a un hombre que es particularmente robusto.

No son males susceptibles de apreciación aquellos de que la víctima no puede percatarse,⁷⁷⁸ como, verbigráfica, el descuartizamiento del cadáver, o el dar de golpes al lesionado que se encuentra inconsciente. Por otra parte, cuando el dolo accesorio es constitutivo por sí mismo de un delito, debe castigarse el concurso y desestimarse la agravante.⁷⁷⁹

Plantean algún problema aquellas casos en los que el autor se ensaña a causa de una alteración en su psiquismo,⁷⁸⁰ (hipótesis de sadismo derivado de dolencias mentales y otros semejantes). En mi opinión, cuando tales situaciones no excluyen la imputabilidad, tampoco provocan una desestimación de la agravante, pero es posible que esta última concorra con la existente, incompleta de "imputabilidad disminuida", dando con frecuencia lugar a una compensación de ambos, aunque no necesariamente.

Desde el punto de vista subjetivo, el ensañamiento requiere *deliberación*, vale decir, en el sentido que aquí se atribuye al concepto, una extensión del dolo al incremento del mal y su innecesariedad.⁷⁸¹ ETCHEBERRY exige, además, el ánimo de obrar así en forma tranquila y reflexiva.⁷⁸² Pero esto, que efectivamente puede reclamarse respecto de la calificación contemplada en el art. 391, N.º 1.º del C.P., me parece que no es preciso en el caso de la agravante.⁷⁸³

La deliberación no puede presumirse del medio empleado por el agente.⁷⁸⁴ Pues, como ya se ha dicho, bien puede suceder que el autor se represente ese recurso como el único disponible para consumar el delito o que ignore la índole de sus efectos.

Tal como se encuentra establecida en la ley, que la erige básicamente sobre características objetivas, la agravante se funda en un aumento del injusto determinado por

la agregación de los "males" superfluos,⁷⁸⁵ los cuales implican un daño mayor y un acentado accesorio contra los sentimientos de piedad imperantes en el grupo social. Naturalmente, de ello deriva también una reprochabilidad más acentuada, pero esta es una consecuencia y no la base sobre la que descansa primordialmente la agravación.⁷⁸⁶ A causa de lo expuesto, el ensañamiento se comunica a los partícipes.

Aunque a veces se ha sostenido otro criterio, el ensañamiento no sólo surte sus efectos en los delitos contra las personas, si bien en la práctica suele identificarse con ellos. La verdad es que puede concebirse en todo hecho punible que admita un incremento del mal producido por la producción del resultado típico.⁷⁸⁷

e) Empleo de astucia, fraude o disfraz

De acuerdo con el art. 12, N.º 9.º, segunda parte del C.P., es circunstancia agravante, "en los delitos contra las personas, [...] emplear astucia, fraude o disfraz".

Como ya se ha expresado,⁷⁸⁸ en el Código Penal español esta agravante se ha encontrado siempre en una disposición separada de la que consagra la premeditación. La Comisión Redactora del C.P. decidió reunirlos en un solo numeral del art. 12, sin que se conozcan las razones que se tuvieron en consideración para hacerlo. A consecuencias de ello, la causal de agravación quedó referida exclusivamente a los delitos contra las personas —entendiendo por tales, como es lógico, los mismos que en el caso de la premeditación y la alevosía—, cosa que respecto de ella resulta injustificada. En efecto, es prácticamente imposible comprender los motivos por los cuales el empleo de un "disfraz", por ejemplo, agrava la responsabilidad del que comete un homicidio o unas lesiones, y no la del que perpetra un robo con fuerza en las cosas, un rapto o una violación.⁷⁸⁹

En la literatura nacional impera el criterio de que las expresiones *astucia* y *fraude* poseen un significado tan semejante que casi es imposible distinguir su contenido.⁷⁹⁰ Efectivamente, ambas se refieren a la idea de un engaño, esto es, de una maquinación o artificio destinado a desfigurar la realidad,⁷⁹¹ induciendo a la víctima a un error sobre los propósitos del autor. Sin embargo, aun así es posible encontrar entre ambas nociones matices diferentes, pues mientras el fraude parece constituir el concepto genérico y referirse, por consiguiente, a cualquier engaño, incluso aque-

⁷⁷⁵ A causa de esto, PACHECO, El Código Penal concordado y comentado, cit., pág. 222, lo describe como "puro lujo de males". La fórmula ha hecho fortuna por su plasticidad.

⁷⁷⁶ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 382.

⁷⁷⁷ Ídem.

⁷⁷⁸ ETCHEBERRY, II, pág. 44; GRISOLLA-POLITOFF-BUSTOS, 34, A, pág. 169; LABATUT, I, 192, d), pág. 323; NOVOLA, II, 383, pág. 58. Otro opinión, por su parte, CÁRRICO, I, 18, pág. 244.

⁷⁷⁹ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, págs. 579 y 580; ETCHEBERRY, II, pág. 44.

⁷⁸⁰ LABATUT, I, 212, d), pág. 223.

⁷⁸¹ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 363; GRISOLLA-POLITOFF-BUSTOS, 34, B, págs. 170 y sigs., con debate y jurisprudencia; LABATUT, I, 212, d), pág. 223; NOVOLA, II, 383, pág. 58.

⁷⁸² ETCHEBERRY, II, págs. 44 y 49, pág. 67.

⁷⁸³ Así, GRISOLLA-POLITOFF-BUSTOS, 34, B, pág. 172, quienes se agrupan en el hecho de que la circunstancia contenida en el N.º 9.º del art. 391 exige, además de la deliberación, "añamamiento". Cf. POLITOFF-ORTIZ y GARCÍA DEL N.º 9.º del art. 391 págs. sucesivos de la deliberación, "añamamiento". Cf. POLITOFF-ORTIZ

⁷⁸⁴ Así, NOVOLA, II, 383, pág. 58, quien adhiere a la opinión de PACHECO, El Código Penal concordado y comentado, cit., pág. 222.

⁷⁸⁵ CARRERA, QUINTANO RIVOLLES, op. cit., I, 89, 2.º B, págs. 452 y 453, quien, sin embargo, llama también la atención sobre la construcción objetiva de la agravante y sus derivaciones.

⁷⁸⁶ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 580 y 581.

⁷⁸⁷ Sobre las diferencias entre la concepción del ensañamiento como agravante y la calificación del homicidio, véase, aparte de lo expuesto ya en el texto y notas precedentes, GRISOLLA-POLITOFF-BUSTOS, 34, A, págs. 169 y 170, quienes las enfatizan en forma especial. La sobeja, asimismo, CÁRRICO, El Homicidio, cit., 72, págs. 180 y 181.

⁷⁸⁸ Supra, III, c).

⁷⁸⁹ En el mismo sentido, ETCHEBERRY, II, pág. 36; CÁRRICO, I, 18, pág. 222; POLITOFF-ORTIZ y GARCÍA RODRÍGUEZ, I, pág. 180.

⁷⁹⁰ ETCHEBERRY, II, pág. 36; LABATUT, I, 212, c), pág. 224.

llos ejecutados de manera torpe o grosera, la astucia alude únicamente a la especie de los engaños hábiles, diestramente elaborados y realizados.³⁴¹ El disfraz, por su parte, es un "artificio usado por el delincuente para evitar ser conocido".³⁴²

La astucia y el fraude tienen que ser idóneos para inducir a error a la víctima y haberlo conseguido en el hecho. Además, debe emplearse antes de la consumación, sea con el objeto de facilitar la ejecución o de asegurarse la impunidad ulterior.³⁴³

El disfraz puede consistir no solo en un traje o vestimenta completos, sino también en otros recursos más modestos encaminados a ocultar la identidad, como un antifaz, un pañuelo que cubre parte del rostro, una media que lo desfigura, etc.³⁴⁴ pero no lo constituye, en cambio, un simple fingimiento o deformación de la voz. Se requiere emplearlo en el momento de la ejecución y debe ser eficaz para facilitar o proporcionar la impunidad posterior. Finalmente, es necesario que su uso esté preordenado al delito.³⁴⁵ por esto, la agravante no se configura si alguien delinque durante el desarrollo de una hesta de disfraces.³⁴⁶

Las distintas formas de maquillación descritas por la ley son alternativas entre sí.³⁴⁷ Por lo tanto, el empleo de cualquiera de ellas configura la agravante y, por otra parte, es irrelevante que el autor se valga simultáneamente de dos de ellas.

El fundamento de la agravación debe encontrarse en un aumento de la intensidad de la víctima frente al ataque y en la facilitación de la impunidad.³⁴⁸ Por consiguiente, en un incremento de la *antijuricidad*, aparejado, como consecuencia, a una mayor reprochabilidad. A causa de este carácter básicamente objetivo, la agravante se comunica a los partícipes de conformidad con las reglas generales sobre la materia.³⁴⁹

En cambio, por las mismas razones que se han dado ya al respecto en varias oportunidades, la agravación no debe hacerse descansar sobre una supuesta mayor peligrosidad del hecho.³⁵⁰ Por lo demás, ésta es una presunción que puede resultar equivocada, pues es concebible que el sujeto haya echado mano de la astucia o el disfraz precisamente porque es demasiado tímido para obrar a la descubierto. Por último, desde ese punto de vista sería inaplicable la comunicabilidad que tanto práctica como doctrina le atribuyen por lo general a la agravante.

En los casos concretos, el empleo de astucia, fraude o disfraz se confunde con la alevosía, de la cual, en sustancia, no es más que una forma especificada y

objetivizada.³⁵¹ Por el contrario, no hay inconvenientes para que concorra con la premeditación, que reposa sobre presupuestos completamente distintos.³⁵²

d) Agregar la ignominia a los efectos del hecho

Según el N.º 9.º del art. 12 del C.P., es circunstancia agravante "emplear medios o hacer que concurren circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho".

Por ignominia debe entenderse la afrenta que lessona el honor o los sentimientos de decoro de las personas.³⁵³ Para los efectos de la agravación da lo mismo que quien la sufre sea la propia víctima del delito o un tercero. Así, en el ejemplo muchas veces reiterado del marido que es obligado a contemplar la violación de su conyuge, la ignominia no recae sobre el titular de la libertad sexual -pues la mujer puede incluso no percatarse de la humillación infligida a su pareja-; importa, en cambio, que, como en el caso recién descrito, la ignominia sea algo superfluo, innecesario para la consumación del hecho punible que el agente se ha propuesto perpetrar.³⁵⁴

La ignominia puede derivar tanto del empleo de ciertos medios de ejecución como de la agregación de unas circunstancias enteramente accesorias. En el primer caso, sin embargo, para que la agravante surta sus efectos es preciso que el autor, con arreglo a su representación *ex ante*, advierta la disponibilidad de otros recursos hábiles para el logro de su objetivo; es decir, que percha en concreto la superfluidad de emplear precisamente aquel de que echó mano.

El dolo del sujeto here que extenderse a la producción de la ignominia. El debe conocer los efectos afrentosos del medio que usa o de las circunstancias que añade y querer emplearlos y agregarlos para que los produzcan³⁵⁵ o, cuando menos, servirse de ellos, aunque podría valerse de otros, aceptando que ocasionen la humillación suplementaria. A mi juicio, por consiguiente, basta el dolo eventual.

El fundamento de la agravante es semejante al del ensañamiento,³⁵⁶ del cual, como se ha dicho correctamente, representa tan sólo la forma de realización "normal". Así pues, como implica un aumento de la *antijuricidad* por la lesión accesorias e inútil al honor, es de carácter objetivo y sus efectos se comunican a los partícipes, de conformidad con lo preceptuado por el art. 6.º, inc. segundo del C.P.³⁵⁷

A pesar de la identidad general de sus fundamentos, la agravante no es incompatible con el ensañamiento, puesto que ambos se materializan en formas de ejecución distintas e, incluso, provocan lesiones suplementarias a bienes jurídicos diferentes. La naturaleza del juicio de valorar que recae sobre el acto es de la misma índole, pero los presupuestos sobre los que descansan son diversos.

³⁴¹ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOCURULLO, I, págs. 621 y 623; QUINSTANO RIPOLLES, op. cit., I, 38, 3, A, pag. 439. La misma idea se encuentra implícita en las definiciones ofrecidas por NOVVOA, II, 385, pag. 66.

³⁴² CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOCURULLO, I, pag. 615. En el mismo sentido, ETCHERRERRE, II, pag. 36; LABATUT, I, 212, et. pag. 224; NOVVOA, II, 385, pag. 66.

³⁴³ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOCURULLO, I, págs. 624 y sigs., con detalle.

³⁴⁴ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOCURULLO, I, pag. 626.

³⁴⁵ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOCURULLO, I, pag. 637.

³⁴⁶ NOVVOA, II, 385, pag. 66 y 67; LABATUT, I, 212, et. pag. 225.

³⁴⁷ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOCURULLO, I, págs. 627 y 628, en sentido crítico.

³⁵¹ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOCURULLO, I, pag. 610. Con conclusiones, aunque en el mismo sentido, ETCHERRERRE, II, pag. 36; NOVVOA, II, 385, pag. 67. La opinión de QUINSTANO RIPOLLES, op. cit., I, 38, 3, A, pag. 439, favorable a una compatibilidad restringida, se debe a que acepta el empleo de astucia en la "preparación" del delito, posibilidad que en el texto se ha descartado.

³⁵² CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOCURULLO, I, págs. 631 y 632, con detalle.

³⁵³ En el mismo sentido, NOVVOA, II, 386, pag. 71.

³⁵⁴ ETCHERRERRE, II, págs. 37 y 38; CARRIBO, I, 18, pag. 225; NOVVOA, II, 389, pag. 71; POLJTOFF-CORTIZ y colaboradores, I, pag. 203.

³⁵⁵ Idem.

³⁵⁶ Idem.

³⁵⁷ Idem.

En consideración a sus características, la causal de agravación no puede concurrir en los delitos que atentan contra el honor (injurias, calumnias).⁴¹⁰

e) Comisión del delito con ocasión de calamidad o desgracia

Conforme al art. 12, N.º 10 del C. P., es circunstancia agravante "cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia".

La característica central de esta causal consiste en que el sujeto obra con ocasión de la calamidad o desgracia y no sirviéndose del medio catastrófico como instrumento para la ejecución de la conducta punible, como sucede en la descrita por el art. 12, N.º 3.º⁴¹¹ "Ocasión", en ese sentido, significa "oportunidad o comodidad de tiempo o lugar".⁴¹²

El expuesto es un punto de partida unánime en la literatura nacional y comparada. Sin embargo, la precisión de los casos en los que el autor actúa concretamente con ocasión de la calamidad o desgracia presenta dificultades que en nuestra doctrina no han sido absorbidas. En términos sintéticos,⁴¹³ puede sostenerse que ello ocurre en las siguientes situaciones: en primer lugar, cuando la calamidad o desgracia ha sido desencadenada por las fuerzas de la naturaleza u ocasionada por el hecho de un tercero, y el sujeto se vale de la oportunidad que ella le brinda para delinquir; en segundo, cuando ha provocado el mismo autor en forma involuntaria y luego ejecuta el hecho punible sirviéndose de esa ocasión; en tercer, cuando el agente ha causado la calamidad o desgracia voluntariamente, pero no como medio para ejecutar el delito sino a manera de acto puramente preparatorio (por ejemplo, si incendia un bosque para distraer la atención de los habitantes del lugar y así poder entrar luego más fácilmente en sus habitaciones a fin de robarles algunas cosas); por último, cuando el hecho ha originado voluntariamente la calamidad o desgracia, a la cual persiguió como un fin en sí mismo, y más tarde surge en él la resolución de aprovechar el acontecimiento para ejecutar a su amparo otro delito (por ejemplo, si incendia el bosque de su vecino para tomar venganza de un agravio que le ha inferido, y al advenir la confusión provocada por la catástrofe se vale de ella para perpetrar en la casa de la víctima y susstraer un objeto valioso). En todas estas hipótesis debe, pues, acudirse a la agravante que se está examinando y descartar la del N.º 3.º. En los dos últimos, por lo demás, ocurrirá frecuentemente que la conducta causante de la desgracia o calamidad configurará un delito propiamente tal, y entonces la agravación ceñirá el paso a una relación concursal.

La enumeración de situaciones catastróficas que la ley contiene está dada, actualmente, sólo por vía ejemplar, pues la fórmula que cierra el precepto posibilita la inclusión de otras hipótesis análogas. La desgracia de que se hace mención en esta última puede ser tanto de carácter público como privada,⁴¹⁴ ya que, contra lo que sostiene ETCHEBERRY,⁴¹⁵ en ambos casos concurre el incremento de reprochabilidad que constituye la ratio legis de la agravación y, además, en el catálogo de ejemplos que

contempla la disposición los hay que pueden referirse perfectamente a hipótesis de desgracias personales.⁴¹⁶ Por otra parte, es preciso convenir en que las fronteras entre lo que se puede considerar desventura privada o pública son, en la práctica, demasado fluidas y muchas veces no será posible determinarlas en las situaciones límites.

Para que la causal de agravación surta sus efectos no es necesario que la calamidad o desgracia afecte directamente al sujeto pasivo. Eso, sobre todo, puede no ocurrir en el caso de catástrofes públicas.

Subjetivamente, es necesario que el autor conozca la situación infortunada y quiera servirse de ella como ocasión para realizar el acto punible. Eso es, un dolo que se extiende a los componentes objetivos de la agravante.

El fundamento de la agravación consiste en una mayor reprochabilidad determinada por la indolencia del autor frente a una situación que, normalmente, debería constituir un contrasentido poderoso a la resolución delictual. La agravante constituye, pues, un caso característico de culpabilidad incrementada a causa de las particularidades de las circunstancias concomitantes.⁴¹⁷

Gran parte de la literatura, en cambio, pone el acento en la mayor facilidad para perpetrar el delito, aunque sin desconocer por completo el aumento de la reprochabilidad implicado.⁴¹⁸ Esta consideración, sin embargo, me parece equivocada, ya que no percibo las razones por las cuales el delito merezca una sanción más severa sólo porque para el autor es más sencillo consumarlo. Si uno apura ese argumento, en efecto, debería llegar a la conclusión absurda de que es preciso castigar más rigurosamente el hurto de hallazgo que el propio o que el robo con fuerza en las cosas.

Como desearon primordialmente sobre sus presupuestos objetivos, la agravación se comunica a los partícipes, de conformidad con lo dispuesto por el art. 64, inc. segundo del C. P.

f) Auxilio de otros

El N.º 11 del art. 12 del C. P. establece que es circunstancia agravante ejecutar el delito "con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad".

Entre nosotros nunca se ha destacado bastante que esta disposición contempla en realidad dos circunstancias agravantes distintas que, si bien tienen algunos presupuestos comunes, obedecen a fundamentos en cierto modo diferentes y exigen la concurrencia de algunos requisitos francamente diversos.⁴¹⁹ En efecto, por una parte la ley agrava la responsabilidad del que ejecuta el delito con auxilio de gente armada, por la otra, del que lo hace con el auxilio de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

⁴¹⁰ POLITTORFF-ORTIZ y colaboradores, t. I, p. 202.

⁴¹¹ ETCHEBERRY, II, pag. 38; NOVQA, II, 300, págs. 71. Véase, además, supra, 21.

⁴¹² CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 681.

⁴¹³ El asunto, en cambio, se discute con detalle en CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 681 y sigs., cuyas conclusiones se arguyen en el texto.

⁴¹⁴ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 679 y sigs.; GUINZANO BIPOLLES, op. cit., t. I, p. 40.

⁴¹⁵ Sobre ello, en especial, con algunos casos citados para nuestro ordenamiento, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 680.

⁴¹⁶ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 686.

⁴¹⁷ ETCHEBERRY, II, pag. 38; CABRERO, I, II, pag. 227; NOVQA, II, 300, pag. 71; GUINZANO BIPOLLES, op. cit., t. I, 40 y A, nota 283.

Lo que asemeja a las dos circunstancias es que en ambas se obra con el auxilio de otro. "Auxilio", en general, significa cooperación accesorio y, por tal motivo, parecería lógico suponer que la norma sólo está destinada a agravar la pena de los autores que actúan con unos cómplices cuya forma de colaboración está expresamente descrita.⁴⁰ Sin embargo, como la ley chilena extiende considerablemente el concepto de la autoría,⁴¹ esta conclusión no puede ser acogida, pues hay sujetos que realizan actos de puro auxilio a los cuales, con arreglo al art. 15 del C.P., se considera no obstante autores. En el ordenamiento punitivo nacional, por consiguiente, los auxiliares pueden ser tanto autores⁴² (en sentido lato) como cómplices y en el caso de la segunda forma adoptada por la agravante, incluso encubridores.⁴³

Las dos circunstancias sólo surten sus efectos respecto de quienes reciben el auxilio y no de aquellos que se limitan a prestarlo, porque la misma conducta en que se basará su calidad de concurrentes al hecho no puede, además, constituir el fundamento de una agravación. Con todo, si los auxiliares realizan también actos de ejecución del hecho punible, nada obsta a que los alcance la agravación.⁴⁴

Los auxiliares deben ser varios. En la primera de las dos agravantes esto se deduce del empleo de la palabra "genere", que implica multiplicidad.⁴⁵ En la segunda, de que el sustantivo "personas" está usado en plural.⁴⁶

Se discute si entre los auxiliares debe mediar un concierto previo.⁴⁷ Al respecto es preciso hacer una distinción entre las dos formas de la agravante. El acuerdo, en efecto, es indispensable en el caso de aquellos que aseguran o proporcionan la impunidad, pues de otra manera no se entendería la penalidad asignada que se atribuye a quienes se benefician con su intervención. En cambio, no parece necesario respecto de la "genere armada", cuya participación y aprovechamiento por los que ejecutan la conducta típica puede concebirse aunque no exista concierto alguno.⁴⁸

La variante consistente en perpetrar el delito con auxilio de *genere armada*, implica que ésta concurre a los actos ejecutivos del hecho punible, si bien su propósito puede no ser el de participar directamente en ellos, sino sólo asegurar la realización expedita de la conducta por los autores materiales o procurarles una retirada más fácil—con ello, también, mejores opciones de lograr la impunidad—. Lo que se ha de entender por *arma* se rige por el concepto del art. 132 del C.P.,⁴⁹ al cual ya se ha

hecho una referencia sucinta.⁵⁰ Para que la agravante surta sus efectos basta con que los auxiliares porten las armas, no es forzoso que las usen.⁵¹

Según se ha explicado, el concepto de arma que emplea la ley es relativo. Por tal razón, la pena también se agravará cuando los autores se valgan de objetos que, aun sin constituir formalmente un arma, puedan ser usados como tal y aparezca manifiesto el propósito de hacerlo. Así, por ejemplo, cuando hayan echado mano de palas, gnomos, herramientas de trabajo más o menos contundentes, etc.

Si, en cambio, el autor atrege las cosas de manera que sus secueles se valgan de armas aparentes, con las cuales sólo pretenden engañar e intimidar a la víctima, como revólvers de uletera, espadas de filón u otro objeto semejante, otro que debe apreciarse la agravante del art. 12, N° 9°, segunda parte ("asustar") y no la que se está examinando. En tales casos, con todo, por imperativo legal la circunstancia sólo surtirá efectos si el delito de que se trata afecta contra las "personas".

Desde un punto de vista subjetivo, esta forma de la agravante requiere que quienes se benefician del auxilio hayan querido aprovecharse de él.⁵²

El fundamento de la agravación descansa básicamente en una *antijuricidad* incrementada por la mayor intensidad de la víctima, pero también por la creación de un mayor peligro de daño para otros bienes jurídicos en atención a la capacidad lesiva del auxilio.⁵³ Por eso, no es rigurosamente exacto que sea del todo semejante al de la alevosía,⁵⁴ con la cual, sin embargo, es preciso convenir que no es comparable.⁵⁵ Como quiera que sea, es verdad que la inclusión de la agravante en el catálogo del art. 12 del C.P. implica un reprochable exceso casuístico, pues en la mayor parte de las situaciones podrían alcanzarse resultados jurídicos idénticos aunque se prescindiera de ella.

La segunda variante requiere que los auxiliares aseguren o proporcionen la impunidad. En este caso, pues, da lo mismo que se sirvan de armas o no.⁵⁶ Basta que actúen con el propósito de asegurar o proporcionar la impunidad; no es necesario que lo consigan efectivamente, ya que, en tal evento, la causal de agravación no tendería sentido.⁵⁷

Subjetivamente, es preciso que el autor material sepa, al momento de ejecutar el hecho, que cuenta con el auxilio ulterior y quiera servirse de él.⁵⁸ Por eso, en esta hipótesis resulta indispensable el acuerdo previo.

También en este caso la agravación se funda en un aumento de la *antijuricidad* basado en consideraciones político-criminales relativas al hecho de que para los delincuentes es alentador contar con una colaboración tendiente a procurarles la

⁴⁰ En este sentido, a la luz del derecho español, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 689 infra, 31, I, c), c2).

⁴¹ En este sentido, ETCHERBERY, II, págs. 39 y 40, quien, por esa razón, estima que para estos efectos es preciso realizar la distinción entre los "chaculles" y los restantes autores, pues la agravante sólo surtirá efectos respecto de los primeros.

⁴² Comita, LABATUT, I, 212, j), pag. 227.

⁴³ En este sentido parece merecer la reflexión de NOVYA, II, 391, págs. 72 y 73.

⁴⁴ ETCHERBERY, II, pag. 40, sobre cuyo punto de vista debe verse, además, la nota 428 precedente. También también la conclusión del tesis CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 698, aunque no se ocupan de la última situación descrita en él.

⁴⁵ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 692.

⁴⁶ ETCHERBERY, II, pag. 39; LABATUT, I, 212, j), pag. 226; Comita, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 693 y 696.

⁴⁷ Así lo exige ETCHERBERY, II, pag. 39.

⁴⁸ Supra, III, d).

⁴⁹ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 692; GARRIDO, I, 18, pag. 329; LABATUT, I, 212, j), pag. 226; NOVYA, II, 391, pag. 73.

⁵⁰ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 694; LABATUT, I, 212, j), págs. 226 y 227; QUINSTANO RIPOLLES, op. cit. I, 38, 3, B, pag. 439.

⁵¹ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 697.

⁵² AG NOVYA, II, 391, pag. 72; QUINSTANO RIPOLLES, op. cit. I, 38, 3, B, pag. 439.

⁵³ ETCHERBERY, II, pag. 38; LABATUT, I, 212, j), pag. 226; Comita, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 699.

⁵⁴ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 698; ETCHERBERY, II, pag. 39; CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pag. 696.

impunidad.⁴³⁹ Por tal motivo, la circunstancia me parece compatible con la alevosía, pues se aleja mucho de su *ratio legis*.⁴⁴⁰

Puesto que ambas formas de la agravante son de naturaleza objetiva, se comunican a los partícipes de acuerdo con las reglas generales sobre la materia.⁴⁴¹

g) Nocturnidad o desprohído

Según el art. 12, Nº 12 del C.P., es circunstancia agravante ejecutar el hecho punible "de noche o en desprohído"; pero "el tribunal tomara o no en consideración esta circunstancia, según la naturaleza y accidentes del delito".

Con arreglo a lo que la ley dispone expresamente, el delito debe ser ejecutado durante la noche o en desprohído. No basta, por lo tanto, con que sólo se hayan realizado en esas condiciones actos preparatorios o de agotamiento, o una pura fracción de la conducta típica, pues en tales casos se encuentra ausente la *ratio legis* de la agravación.⁴⁴²

Lo que se ha de entender por *noche* no puede precisarse según un puro criterio cronológico o astronómico. En general, debe entenderse por tal aquel período de la jornada durante el cual la luz solar es tan escasa que predomina la oscuridad.⁴⁴³ Ahora bien, la base natural de este concepto puede restringirse en ciertos casos atendiendo a consideraciones teleológicas, pero nunca ampliarse mediante recursos analógicos que operen en perjuicio del reo.⁴⁴⁴ Así, no debe darse lugar a la agravación cuando el delito se ha cometido de noche pero en un lugar muy iluminado —como, por lo demás, se deduce del inc. segundo del Nº 12—; en cambio, al juez le está vedada la apreciación de la agravante si el hecho punible se ejecutó durante el día, aunque se haya hecho en un lugar oscuro, como un sótano o una sala de cine durante la proyección de una película.

Desprohído es el lugar solitario en el cual no hay habitaciones y, por consiguiente, no se espera tampoco la llegada de personas que se opongan a la actividad delictiva.⁴⁴⁵ Se trata, en consecuencia, de un concepto relativo a la posibilidad de que la víctima reciba auxilio.⁴⁴⁶

La noción se encuentra referida a la existencia de población y, a causa de esto, algunos autores estiman que el concepto no puede extenderse a sitios como la alta mar, el interior de un lago, etc.⁴⁴⁷ El criterio no es convincente, pues el hecho de que un lugar sea desprohído no depende de su aptitud para resar en él. Por el contrario, los parajes más desprohídos son aquellos inaccessibles del todo para la habitación humana.

⁴³⁹ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 697 y 698.

⁴⁴⁰ Contra, ETCHERBERY, II, pág. 38, con una salvedad; LABATUT, I, 212, j), pág. 226.

⁴⁴¹ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 700.

⁴⁴² CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 708, con detalle.

⁴⁴³ NOVOA, II, 392, pág. 73. En el mismo sentido, ETCHERBERY, II, pág. 40; GARRIDO, I, 18, pág. 230.

⁴⁴⁴ LABATUT, I, 212, k), pág. 227; RODRIGUEZ DEVEZA, I, pág. 693.

⁴⁴⁵ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 703 y sigs., con detalle; QUINJANO RIPOLLÉS, op. cit., I, 40, 4. B, pág. 444.

⁴⁴⁶ En el mismo sentido, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 716. El concepto de LABATUT, I, 212, k), pág. 227, me parece restringido, pues no basta con que al momento de cometer el delito el paraje carezca de habitantes, es preciso, además, que este éstrictamente solitario, caso es, que en él no se encuentren ni siquiera ocasionales y transitoriamente otras personas. El de NOVOA, II, 392, pág. 73, se aproxima en cambio al del texto.

Subjetivamente, la agravante exige que el sujeto obre con el propósito de aprovechar las ventajas que le procura la nocturnidad o el desprohído,⁴⁴⁸ esto es, que su dolo se extienda a la situación en que actúa y las ventajas que le proporciona.

El fundamento de la agravación radica en un aumento de la *antijuricidad* determinado por la mayor indefensión del sujeto pasivo.⁴⁴⁹ Consecuentemente, la circunstancia no es más que una forma especificada de la alevosía, y con toda razón la crítica NOVOA⁴⁵⁰ por el cursismo innul que implica su inclusión en el fatigoso catálogo del art. 12 del C.P.

La *ratio legis* de la agravante explica asimismo la limitación introducida por el inc. segundo de la disposición. Hay delitos en que, por su naturaleza o las circunstancias, no implica ventaja alguna la ejecución nocturna o en desprohído.⁴⁵¹

En atención también a su naturaleza y fundamento objetivos, la agravación se comunica a los partícipes de conformidad con el art. 64, inc. segundo del C.P.⁴⁵²

Las dos situaciones descritas por el precepto surten efectos agravatorios de manera alterna.⁴⁵³ Por tal motivo, sólo se tomara en consideración una de ellas, aunque concurren ambas simultáneamente.

h) Desprecio de la autoridad pública

Con arreglo al Nº 13 del art. 12 del C.P., es circunstancia agravante ejecutar el delito "en desprecio o con ofensa de la autoridad pública o en el lugar en que se halle ejerciendo sus funciones".

En este caso específico, el desprecio u ofensa no implican que a la realización del hecho punible se agregue algo atentatorio en contra del honor o dignidad de la autoridad. Es la ejecución misma de la conducta antijurídica, efectuada con prescindencia de su calidad o del lugar en que se encuentra, lo que los constituye. Por tal razón, la agravante es incompatible con todos aquellos delitos que, por su naturaleza, importan de suyo atentados contra la autoridad.⁴⁵⁴

De todos modos, la agravación sólo tendrá lugar si subjetivamente el autor actúa de la manera descrita con el propósito de despreciar u ofender a la autoridad; esto es, si conoce su calidad de tal o el hecho de que se encuentran en lugar en que está ejerciendo sus funciones y quiere ejecutar la conducta típica no obstante esas circunstancias.⁴⁵⁵ Así pues, más que un "ánimo" de despreciar u ofender,⁴⁵⁶ el cual

⁴⁴⁸ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 709 y 710; LABATUT, I, 212, k), pág. 227; NOVOA, II, 392, pág. 75.

⁴⁴⁹ ETCHERBERY, II, pág. 40; GARRIDO, I, 18, pág. 230; LABATUT, I, 212, k), pág. 227; NOVOA, II, 392, pág. 74. Contra, CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 711 y 716, quienes la basan en un aumento de la reproducibilidad.

⁴⁵⁰ NOVOA, II, 392, pág. 74.

⁴⁵¹ En el mismo sentido se pronuncian CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 708, 709 y 716, aunque en el Código Penal español enuncia virgen no se consagra la limitación. En el actual, la agravación ha desaparecido.

⁴⁵² CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 714 y 717.

⁴⁵³ NOVOA, II, 392, pág. 73; GARRIDO, I, 18, pág. 230; POLITOFF-ORTIZ y colaboradores, I, pág. 306.

⁴⁵⁴ ETCHERBERY, II, pág. 40; POLITOFF-ORTIZ y colaboradores, I, pág. 208.

⁴⁵⁵ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 749; POLITOFF-ORTIZ y colaboradores, I,

implicaría atribuir a la agravante un marcado carácter subjetivo (personal), lo que se exige es tan solo la voluntad de delinquir en una situación en que hacerlo es desdorado para el investido de autoridad.

El concepto de *autoridad*, en el sentido en que lo emplea el art. 12, N.º 13, es amplio. Se refiere a cualquier persona que ejerce funciones de poder más o menos generales⁴⁵⁵. Para que la agravante pueda apreciarse es menester que se hallen desempeñando esas funciones, pues, en caso contrario, vendría más bien en consideración la circunstancia contemplada en el art. 12, N.º 18 (ofensa o desprecio de la "dignidad")⁴⁵⁶. En cambio, no es necesario que la propia autoridad sea el sujeto pasivo del delito cometido; es concebible que el ataque se dirija contra un tercero.⁴⁵⁹

Lugar en el que la autoridad ejerce sus funciones no es tan sólo aquel en que tiene permanentemente su asiento u oficio. Puede tratarse de uno en que se encuentra desempeñando ocasionalmente las actividades propias de su cargo.⁴⁶⁰ Sin embargo, no basta con que la conducta punible se ejecute en ese sitio; es preciso que realizara allí implique un cierto desprecio de la persona constituida en autoridad.⁴⁶¹

La agravación está basada en un aumento de la *antijuricidad* motivado por la lesión al respeto debido a quien ostenta la posición de autoridad.⁴⁶² A causa de ello su naturaleza es objetiva y se comunica a los partícipes conforme a las reglas generales.

De la misma manera que la examinada en el párrafo precedente, esta agravante contempla dos situaciones que se encuentran, no obstante, en relación de alternatividad.⁴⁶³ Por esto, aunque en el caso concreto concurren simultáneamente ambas, la circunstancia sólo puede apreciarse una vez.

i) Comisión en lugar destinado a un culto

Es circunstancia agravante, según el N.º 17 del art. 12, "cometer el delito en lugar destinado al ejercicio de un culto permitido en la República".

Por *lugar destinado al ejercicio de un culto* se entienden todos aquellos que, por su naturaleza, tienen por objeto la celebración de actos o ceremonias religiosas de cualquier confesión. Por consiguiente, no sólo templos abiertos al público, sino también capillas privadas, oratorios u otros recintos semejantes,⁴⁶⁴ y aunque en el momento de ejecutarse el hecho punible no se estén desarrollando en ellos las actividades a las cuales están destinados.

LABATUT ofrece a este respecto un concepto excesivamente amplio,⁴⁶⁵ pues no hace exigencia alguna concerniente a la índole del lugar. Esto conduciría a considerar que también son sitios destinados al ejercicio de un culto calles, plazas u otros lugares públicos en las

cuales los adherentes a ciertas confesiones religiosas — muy respetables por lo demás — suelen celebrar sus reuniones y ceremonias. En mi opinión, no es éste el sentido de la ley que vincula la agravación al *lugar* específico del lugar.⁴⁶⁶

Asimismo, me parece que, no obstante su naturaleza espiritual, no son propiamente "cultos" los actos de espiritismo u otros semejantes, a causa de lo cual la agravante no debe apreciarse cuando el delito se ejecuta en lugares destinados a ese género de prácticas.⁴⁶⁷ En efecto, el culto implica, por definición, una actitud de adoración, amor o, por lo menos, respeto, que en actividades como las examinadas está ausente. Ellas tienen más en común con la disposición animosa de quien realiza una investigación científica que un rito religioso.

El culto a que el lugar está destinado debe encontrarse permitido en la República. Con arreglo al art. 19, N.º 6º de la C. PR., que reproduce en esta parte la norma del art. 10, N.º 2º de la C. PE. de 1925, se hallan en tal situación todos los "que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público".⁴⁶⁸

La agravante, como es lógico, sólo surge sus efectos si el dolo del sujeto se extiende al hecho de estar delinquiendo en un lugar de esa clase; esto es, si sabe que está destinado a un culto y quiere realizar en él la actividad punible no obstante ello.

El fundamento de la agravación reposa en un incremento de la *antijuricidad* ocasionado por la lesión a los sentimientos religiosos de quienes participan en el culto respectivo, y a los de respeto en general que imperan en la comunidad, con arreglo a los principios sobre libertad de conciencia constitucionalmente garantida.⁴⁶⁹ En atención a su carácter objetivo, se comunica a los partícipes de acuerdo al art. 64, inc. segundo del C. P.

j) Desprecio de la calidad del ofendido o en su morada

De conformidad con el art. 12, N.º 18 del C. P., es circunstancia agravante "ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso".

Lo mismo que en el caso de la circunstancia decimotercera,⁴⁷⁰ no es menester que se surte al delito un ataque especial al honor, dignidad o calidad de la víctima. Subjetivamente, todo lo que se necesita es que el sujeto se represente la situación objetiva existente y quiera, no obstante, desplegar la conducta típica.

La *dignidad* es la posición de superioridad moral que se reconoce a una persona respecto de otras en atención a las cualidades relevantes que públicamente se le atribuyen y que, en ciertos casos, se ha manifestado mediante el otorgamiento de distinciones honoríficas oficiales o la designación a cargos de elevada jerarquía. Se trata, pues, de un concepto relativo a la situación ocupada por ofensor y ofendi-

⁴⁵⁵ ETCHEBERRI, II, pág. 41.

⁴⁵⁶ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 751.

⁴⁵⁷ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 749.

⁴⁵⁸ NOVIOA, II, 391, pág. 76.

⁴⁵⁹ ETCHEBERRI, II, pág. 41; LABATUT, I, 212, 1, pág. 227.

⁴⁶⁰ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 759. En literatura nacional, en cambio, NOVIOA, II, 393, págs. 75 y 76, la funda en consideraciones subjetivas relativas a la mayor personalidad y peligrosidad del hecho. Mi punto de vista abarca a ese género, pero sólo ya expresado en las páginas precedentes.

⁴⁶¹ ETCHEBERRI, II, pág. 41; NOVIOA, II, 393, pág. 75; CARRERA, I, 18, pág. 232.

⁴⁶² ETCHEBERRI, II, pág. 41; CARRERA, I, 18, pág. 232.

⁴⁶³ Con dudas al respecto, ETCHEBERRI, II, pág. 41. Como en el caso, CARRERA, I, 18, pág. 233; ROLITOFF, ORTIZ y colaboradores, I, pág. 212.

⁴⁶⁴ Dado que también a ese respecto ETCHEBERRI, II, pág. 41, y LABATUT, I, 212, m, pág. 228.

⁴⁶⁵ En sentido semejante, ETCHEBERRI, II, pág. 41; CARRERA, I, 18, pág. 232.

do,⁴⁷¹ que no depende necesariamente de las funciones desempeñadas por éste,⁴⁷² y en ningún caso de consideraciones atinentes a la "clase social" de que procede.⁴⁷³

El concepto de *autoridad* debe entenderse en el sentido amplio que se le atribuyó al tratar de la agravante contemplada por el N.º 13 del art. 12.⁴⁷⁴ Tal como se explicó allí, la diferencia radica en que la disposición de este N.º 18 surge efectos cuando la ofensa o desprecio no se dirige contra la autoridad como tal, sino de la persona que está investida de ella.⁴⁷⁵

NOVOA sostiene un punto de vista diferente, basado en consideraciones fiscales:⁴⁷⁶ Como en la sección 168 de la Comisión Redactora del C.P. se aprueba la mención a la autoridad —que el modelo español no concreta— "para comprender los delitos cometidos en contra de los tutores, curadores o encargados de la crianza y educación de una persona", ese autor estima que el precepto examinado hace alusión a personas que ejercen mando sobre otra en virtud de relaciones privadas", al paso que la agravante del N.º 13 estara "claramente referida a los que desempeñan autoridad pública".

Aunque el argumento es acendrado, esa conclusión no se deduce de la voluntad de la ley tal como aparece expresada en el art. 12, N.º 18. La relación entre ambas disposiciones sugiere, más bien, una interpretación como la que se defende aquí, pues mientras el N.º 13 se refiere a ofensa o desprecio "de la autoridad pública" como tal, el N.º 18 la remite al respecto que en alusión a su autoridad "inerece el ofendido". Por eso, en la medida en que la voluntad de la ley debe prevalecer sobre la de su autor, creo que ha de preferirse el criterio que se avoca más arriba.

La edad se refiere a la que, por ser ascendente respecto de la del ofensor, debiera normalmente inspirarle respeto.⁴⁷⁷ El sexo, a su vez, al femenino, pues con arreglo a los sentimientos imperantes en el medio social contemporáneo, solo las mujeres son objeto de una deferencia especial por este motivo.⁴⁷⁸

La morada es el "hogar" de la persona,⁴⁷⁹ el lugar en que ella desarrolla su vida doméstica,⁴⁸⁰ y no su domicilio civil.⁴⁸¹ La agravante no opera cuando la morada es común a ofensor y ofendido,⁴⁸² pues en tal caso no se da la exigencia de respeto debido a la habitación "ajena". Tampoco surge efectos cuando el ingreso a la morada es inherente al tipo de delito respectivo,⁴⁸³ como en los casos de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, violación de morada, etc. Finalmente, también debe excluirse si ha mediado provocación del ofendido, concepto que ha de entenderse en el mismo sentido que se le atribuyó al tratar de la legítima defensa.⁴⁸⁴

El fundamento de la agravación se debe a la *antijuridicidad* incrementada por la lesión a los deberes de respeto que originan las calidades personales de la víctima o

el lugar en que se encuentra su hogar.⁴⁸⁵ A causa de su índole objetiva, es común-cable a los partícipes.

Las distintas hipótesis que describe la ley se comportan en forma alternativa, de suerte que la agravante surtirá sus efectos una sola vez, aunque en el caso concreto concurren varias de ellas simultáneamente.⁴⁸⁶

b) Escalamiento

De acuerdo con el art. 12, N.º 19 del C.P. por último, es circunstancia agravante ejecutar el delito "por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado".

Se encuentra sometido a discusión el sentido de los conceptos "fractura" y "escalamiento". Una parte de la literatura se inclina a otorgarles el significado (extensivo) que les atribuye el art. 440, N.º 1.º del C.P., relativo al robo con fuerza en las cosas.⁴⁸⁷ El criterio antagonico estima, con razón, que no existen motivos válidos para aplicar a una norma general como la contenida en el art. 12, N.º 19, una acepción extremadamente amplia, que no brota siquiera de una definición, sino de una mera enumeración, y que se halla consagrada para atender a la defensa de un bien jurídico determinado en contra de un género de ataques específicos. Por tales razones, estima que ambas nociones deben ser interpretadas según su significado natural.⁴⁸⁸ Así, siguiendo a PACHECO,⁴⁸⁹ el escalamiento implica salir "por cima de pared, o aunque sea de vallado, siempre que presente resistencia, y fuerza de ordinario seguridad"; la fractura, a su vez, existe "cuando se abre, por medios violentos, con rompimiento y destrozo, puerta, caja o cualquier otra cosa que cierra y guarda algún sitio".

El propio NOVOA conviene en que esta interpretación es más flexible e imprecisa, incluso, hasta cierto punto, por el texto legal. Sin embargo, alarga el temor de que ella, a su vez, pueda conducir a extensiones inadecuadas en la aplicación de la agravante. Me parece, no obstante, que, en ciertos casos, tales ampliaciones corresponden a la ratio legis de la causal de agravación, como, por ejemplo, cuando se rompe un cerraje para violar la correspondencia de una teniente, en los otros —que son los más— sería excluidas por una inteligencia correcta de los demás requisitos reclamados por la descripción de la agravante.

Con arreglo a lo dispuesto por la ley, la fractura o escalamiento deben ser empujados para "cometer" el delito, esto es, en el curso de ejecución. En consecuencia, no debe apreciarse la agravante cuando se ha echado mano de ellos para fugarse del sitio en que se perpetró el hecho punible o con cualquier otra finalidad ulterior a la consumación.⁴⁹⁰

El lugar cerrado al cual se fractura o escala es cualquier sitio u objeto al que, por estar clausurado físicamente, no se puede acceder en forma libre.

La agravación se encuentra fundada en un incremento de la *antijuridicidad* motivado por la lesión a los resguardos, con la consiguiente creación de alarma

⁴⁷¹ LABATUT, I. 212, n.º, págs. 228.

⁴⁷² Otro criterio en NOVOA, II, 395, págs. 77.

⁴⁷³ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 752 y 753.

⁴⁷⁴ Supra, h).

⁴⁷⁵ ETCHERBERY, II, págs. 42.

⁴⁷⁶ NOVOA, II, 395, págs. 78. Así, también, GARRIDO, I, 18, págs. 234.

⁴⁷⁷ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 756.

⁴⁷⁸ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 757.

⁴⁷⁹ ETCHERBERY, II, págs. 42; GARRIDO, I, 18, págs. 235.

⁴⁸⁰ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 763 y 766.

⁴⁸¹ GARRIDO, LABATUT, I, 212, n.º, págs. 228.

⁴⁸² CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 768; ETCHERBERY, II, págs. 42; ETCHERBERY, II, págs. 42 y 43.

⁴⁸³ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 759 y 770.

⁴⁸⁴ NOVOA, II, 395, págs. 77.

⁴⁸⁵ LABATUT, I, 212, n.º, págs. 228; NOVOA, II, 396, págs. 79 y 80; con detalle, GARRIDO, I, 18, págs. 237.

⁴⁸⁶ ETCHERBERY, II, págs. 42 y 43.

⁴⁸⁷ CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, págs. 759 y 770.

⁴⁸⁸ NOVOA, II, 395, págs. 77.

⁴⁸⁹ LABATUT, I, 212, n.º, págs. 228; NOVOA, II, 396, págs. 79 y 80; con detalle, GARRIDO, I, 18, págs. 237.

⁴⁹⁰ ETCHERBERY, II, págs. 42 y 43.

social.⁴⁴¹ A causa de su naturaleza objetiva, se comunica a los partícipes en los términos del art. 64, inc. segundo del C.P.

Igual que en los casos precedentes, las situaciones descritas por el precepto se comportan alternativamente. De lo tanto, quien comete el delito escalando un lugar cerrado y factuando otro, incurre una sola vez en la causal de agravación.

§ 34. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

Con arreglo al art. 13 del C.P., "es circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes del delito: ser el agravado conyuge, 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".

Esta circunstancia, como tal, no se consignaba en el Código Penal español que sirvió de modelo a los redactores del nuestro, pues aquel consideraba siempre al parentesco como una causal de agravación y encabezaba el catálogo respectivo con la referencia a él.

Esa regulación, sin embargo, había sido criticada por FACHECO.⁴⁴² Este, en efecto, que en un comentario parece haberse inclinado a apreciar las relaciones parentales entre autor y víctima como un motivo de atenuación, concluye finalmente que pueden operar tanto exasperando como mitigando la pena, según la naturaleza del delito en que concurran.

Aparentemente la Comisión Redactora del C.P. no se hizo cargo, en principio, de tales observaciones, aunque en la sesión 9.^a reprochó, sin mayor discusión, la circunstancia agravante tal como se encontraba establecida en el texto legal español. Solo al revisar el proyecto, en la sesión 122, recurrió el asunto, inclinándose, primero, a conservar la agravante, pero adoptando una redacción semejante a la del Código Penal brasileño, que FACHECO no consideraba perfecta, aunque, en todo caso, superior a la del peninsular. Inmediatamente después, en la sesión 123, los comisionados resuelven en definitiva separar la causal de agravación, aceptar por entero el punto de vista de FACHECO y construir, en párrafo separado, la circunstancia mixta tal como actualmente se la encuentra en la ley; si bien la forma se modifica todavía en la sesión 168 con el propósito de armonizar todos aquellos preceptos concernientes al parentesco.⁴⁴³ Solo con ocasión de la reforma de 1870, el legislador español acogió una redacción semejante,⁴⁴⁴ que subsiste hasta ahora en el art. 23 del Código reformado de 1995.

Para que la circunstancia mixta surta efectos es indispensable que exista entre el ofensor y el agravado alguna de las relaciones matrimoniales o parentales enumeradas por la ley. Por agravado debe entenderse el sujeto pasivo del delito. Consiguientemente, la circunstancia no puede concurrir en aquellos hechos punibles cuyo objeto de protección es un bien jurídico comunitario⁴⁴⁵ (delitos contra la seguridad del Estado, atentados contra la libre competencia, delitos de peligro común etc.).

Se encuentran también en tal situación los delitos en contra de la fe pública,⁴⁴⁶ cualquiera sea el significado que se atribuya a ese bien jurídico, muy controvertido por lo demás. Por tal motivo, se equivocan quienes incluyen esos atentados entre aquellos en los que la relación parental por la general archiva.⁴⁴⁷ Naturalmente, pueden surgir dudas cuando, vertigosa, una falsedad documental entra en concurso aparente con un fraude (estafa). Estas dificultades, cuya solución debe hallarse en el ámbito de la Parte Especial, se deben, sin embargo, a que en las situaciones mencionadas se entremezcla la infracción a la "fe pública" con el ataque a la propiedad (un bien jurídico individual), pero no debieran suscribirse vacías con alguna sobre la exactitud de la posición expresada precedentemente.

Lo que se ha de entender por conyuge ya se ha precisado antes sucintamente.⁴⁴⁸ Las formas de parentesco por consanguinidad a que alude la ley no generan entre nosotros problemas de importancia. En cuanto al parentesco por afinidad, debe tenerse presente que éste subsiste aun después de la disolución, por muerte de uno de los conyuges, del matrimonio en que se funda,⁴⁴⁹ pero se entiende no haber existido nunca—como afinidad legítima—cuando es declarada nula la unión conyugal que lo origina. El *simple adoptado* no se encuentra comprendido en la enumeración que efectúa el art. 13 del C.P. En cuanto al *adoptado pleno*—un concepto introducido por la Ley 18.703, que sustituyó a la 16.346 sobre Legitimación Adoptiva—solo se equipara a los hijos legítimos o maritales para efectos civiles pero, para los penales, debe estimarse que sigue conservando el parentesco con sus familiares biológicos.⁴⁵⁰

La ley expresa que la relación matrimonial o parental operará como circunstancia atenuante o agravante, "según la naturaleza y accidentes del delito". Ahora bien, el problema principal que plantea la interpretación del precepto consiste en determinar cuándo debe ocurrir una u otra cosa, pues los criterios que la norma ofrece para hacer la decisión son vagos.⁴⁵¹

De acuerdo con el punto de vista desarrollado por FACHECO, el parentesco debe aunar siempre en los delitos contra la propiedad y en los ataques leves contra la integridad corporal (lesiones), cuando el autor se encuentra en una posición de superioridad respecto del ofendido, por el contrario, agrava en todos los atentados severos contra la vida y la integridad corporal, así como también cuando estos últimos son de poca importancia, pero quien los infringe ocupa una posición de inferioridad respecto de la víctima.⁴⁵² La solución tiene el inconveniente de que sólo se refiere a dos grupos de hechos punibles, sin suministrar un criterio para abordar las otras situaciones en las que la relación parental puede jugar un papel. Además, como se desahará más adelante, la afirmación de que la circunstancia siempre atenua en los delitos contra la propiedad, en mi opinión no puede sostenerse de manera absoluta ni siquiera cuando se trata de hechos que lesionan ese bien jurídico en forma no violenta.

En la literatura nacional, ETCHEBERRY realiza un esfuerzo por establecer puntos de vista más amplios para resolver el problema, apoyándose principalmente en las orientaciones proporcionadas por un conjunto de disposiciones de la Parte Especial que atribuyen al parentesco efectos agravatorios o atenuatorios según el caso.⁴⁵³ Aunque en principio sus solu-

⁴⁴¹ NOVOLA, II, 396, pag. 80, está de acuerdo en lo último, pero por lo demás parece inclinarse a pensar en un aumento de la culpabilidad.

⁴⁴² FACHECO, I, págs. 214 y sigs.

⁴⁴³ Sobre ese último punto, véase el comentario de NOVOLA, II, 411, págs. 110 y 111.

⁴⁴⁴ Cf. RODRÍGUEZ DE VESA, I, pag. 712, con detalles sobre alteraciones posteriores de la redacción.

⁴⁴⁵ CÁRDENAS RODA y RODRÍGUEZ DE VESA, I, pag. 781; POLITOFF-ORTIZ y colaboradores, I, pag.

⁴⁴⁶ CÁRDENAS RODA y RODRÍGUEZ DE VESA, I, pag. 781.

⁴⁴⁷ Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ DE VESA, I, pag. 713.

⁴⁴⁸ Supra, 29, III, c).

⁴⁴⁹ CÁRDENAS RODA y RODRÍGUEZ DE VESA, I, pag. 784.

⁴⁵⁰ Véase ETCHEBERRY, II, págs. 48 y 49, con detalle. Asimismo, POLITOFF-ORTIZ y colaboradores, I, pag. 213.

⁴⁵¹ LABATTY, I, 177, págs. 339.