

CÓDIGO
PENAL
COMENTADO

LIBRO PRIMERO (ARTS. 1º A 105)
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTORES

JAIME COUSO - HÉCTOR HERNÁNDEZ

AUTORES

MIGUEL CILLERO

JAIME COUSO

HÉCTOR HERNÁNDEZ

JORGE MERA

 **AbeledoPerrot**[®]
LegalPublishing Chile

 **udp**
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

programa
de derecho
penal
facultad de derecho

§ 4. De la aplicación de las penas

COMENTARIO PREVIO A LOS ARTS. 50 A 69 Y 76 A 78.*

EL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE PENAS EN EL DERECHO CHILENO

Jaime Couso

BIBLIOGRAFÍA: MAÑALICH, Juan Pablo (2010), "¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?", en AAVV, *Informes en Derecho*. Doctrina Procesal Penal 2009 (Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública), Nº 7, Octubre de 2010; MATUS, JEAN PIERRE: "Comentario a los Artículos 74 a 78", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 383-407; MATUS, JEAN PIERRE / VAN WEEZEL, ALEX: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 323-382; POLITOFF, SERGIO / MATUS, JEAN PIERRE: "Comentario preliminar. El sistema de penas chileno", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 257-262; VAN WEEZEL, Alex (1997), "Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena", en *Revista Chilena de Derecho*, año 1997, Vol. 24 Nº 3; VAN WEEZEL, Alex (2001), "Determinación de la Pena Exacta: el Artículo 69 del Código Penal" en *Ius et Praxis*, vol. 7, Nº 2, versión on-line, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122001000200017&script=sci_arttext [consultada en abril de 2011].

I. El sistema de determinación de penas en el derecho chileno.

Si, en una aproximación muy general, los sistemas de determinación de pena en el derecho comparado históricamente han oscilado

entre modelos de pena legalmente determinada, con marcos penales estrictos y reglas rígidas que reducían intensamente el arbitrio judicial, y modelos de discrecionalidad judicial en la individualización de las penas (VAN WEEZEL, 1997,

460-463), las reglas de determinación de penas vigentes en Chile son consideradas como un modelo o sistema de determinación legal relativa de las penas (POLITOFF / MATUS, Comentario, 259; MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 325), en el que se manifiestan de forma muy clara los "orígenes clásicos" del CP (CURY, 760), cuya característica en esta materia es una fuerte vinculación legal de la actividad de individualización judicial de la pena, mediante el establecimiento de marcos penales con mínimos y máximos para cada delito, que sólo pueden modificarse "subiendo" y "bajando" por las "escalas graduales" establecidas por el propio CP, y en las hipótesis taxativamente definidas en él; la calificación de relativa dada a la determinación legal de la pena, vendría indicada por la existencia de unas pocas disposiciones que ofrecen a los tribunales, con todas aquellas restricciones, un cierto margen de decisión discrecional (si bien legalmente reglada) para la cuantificación exacta de la pena a cumplir.

Estas dos características: fuerte determinación legal y un cierto margen para la individualización judicial, dan lugar a la distinción, reconocida por algunos autores, entre dos clases de reglas (y, para

algunos, dos fases) de determinación de la pena: reglas (y fase) de determinación legal de la pena, y reglas (y fase) de individualización judicial.

II. Determinación legal e individualización judicial de la pena

Más allá de esa distinción general, y de esa denominación, se presentan, sin embargo, algunas diferencias en la doctrina, especialmente a la hora de definir qué disposiciones del CP establecen uno y otro tipo de regla (y son aplicables en qué fase), lo que parece tener alguna incidencia en el orden en que deben aplicarse unas y otras, con resultados que pueden llegar a ser significativamente distintos en el monto de la pena determinada.

Así, por ej., mientras para MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 323-324, los Arts. 50 a 61, que parten del marco penal señalado por la Ley para el autor del delito consumado, y modifican, en su caso, dicho marco según el grado de realización y de participación del delito, establecen reglas de determinación legal de las penas, mientras que los Arts. 62 a 73, que regulan los efectos de las atenuantes y agravantes, establecerían reglas de individualización

* Agradezco la valiosa colaboración recibida, en la preparación de este comentario, por parte de los ayudantes de investigación Sabrina Perret y Franco Maggio, de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

judicial de la pena¹⁰², para MAÑALICH, en cambio (si bien ello “no es autoevidente”) son *reglas de determinación legal* de la pena (y no de *individualización judicial*) las que, en los Arts. 62 a 68, regulan el efecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, pues expresan “una decisión legislativa concluyente”, que viene a concretar o modificar el marco penal aplicable (MAÑALICH, 45)¹⁰³. Para VAN WEEZEL, 469 y ss., por

último¹⁰⁴, sólo algunas de las normas de los Arts. 66 a 69 establecen reglas de *individualización judicial* de la pena: aquellas normas que dejan “un margen de discrecionalidad que permite cierta individualización”, como las que permiten al tribunal recorrer toda la extensión del marco penal cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, o las que le permiten la compensación racional de atenuantes y agravantes; mientras

¹⁰² El mismo criterio parece seguir el *Anteproyecto* de CP de 2005 (disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf [consultada en abril de 2011]) cuando, en su Art. 47, emplea el epígrafe “Individualización judicial de la pena” para referirse precisamente a la aplicación de las reglas que rigen la influencia de las atenuantes y agravantes.

¹⁰³ Y en el caso de las reglas que permiten aumentar o rebajar la pena, ante la presencia de una pluralidad de agravantes o atenuantes, se trata de *reglas de determinación legal*, incluso con independencia de si se considera facultativo, en vez de obligatorio, el aumento o la rebaja, pues también en el primer caso se altera, por imperio de la ley, el marco penal (ampliándolo, al añadir uno o dos grados a los que quedan a disposición del tribunal), dentro del cual el tribunal posteriormente deberá individualizar la pena; lo propio ocurre también en el caso de la regla (de “determinación legal de la pena”) del Art. 68 bis, así como en el de las circunstancias modificatorias de efectos excepcionales (como los Arts. 72 y 73), y en el de las reglas que, en los Arts. 63 y 64 determinan qué circunstancias deben tomarse en cuenta (pues de ello que depende si tales circunstancias podrán ejercer su efecto de modificación o concreción del marco penal) (MAÑALICH, 44-47).

¹⁰⁴ En una postura que, en alguna medida parece contrastar con la sostenida, más tarde, en MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 323-324). En esa medida, no es exacta la caracterización hecha por MAÑALICH, 44, de la opinión defendida por VAN WEEZEL en aquel primer trabajo, conforme a la cual “VAN WEEZEL pretende situar las reglas de determinación de la pena en atención a la concurrencia de atenuantes y agravantes en el ámbito de la individualización judicial”, síntesis que no atiende a las diferenciaciones que VAN WEEZEL realiza al interior de tales reglas (y que, en cambio, ya desaparecen en MATUS / VAN WEEZEL, Comentario).

que otras normas de los mismos artículos aparecen (se deduce de la explicación) como reglas de *determinación legal* de la pena, por ej., las que excluyen el grado mínimo o el grado máximo de penalidad, cuando concurre una agravante o una atenuante, respectivamente.

Otros autores, como NOVOA¹⁰⁵ y ETCHEBERRY¹⁰⁶, aun cuando materialmente suelen realizar diferencias similares entre estos dos tipos de reglas¹⁰⁷, no llegan a identificar concretamente cuáles de las normas del CP chileno corresponden a uno y otro tipo¹⁰⁸, ni a resolver, a partir de esa distinción, la cuestión del orden en que unas y otras deben ser aplicadas. En todo caso, aun entre quienes clasifican las reglas del CP chileno a partir de la diferenciación

entre *determinación legal* e *individualización judicial*, esta distinción no determina necesariamente (pese a que lo sugiere) el orden en que se deben aplicar unas y otras reglas, orden que dependería, también, de los términos en que están redactadas tales reglas y, en mi opinión (v. *infra* Art. 50, “III. Orden de aplicación...”), de criterios materiales subyacentes a las mismas.

La diferenciación entre unas y otras reglas no parece responder a una cualidad fundamental, cuando con ella se alude a las diversas fuentes de la decisión determinadora de la pena —la *Ley vis-à-vis* el tribunal—, pues con razón se ha dicho que “la individualización [determinación] legal no sería otra cosa que la organización legal de la individualiza-

¹⁰⁵ Quien distingue entre “normas legales obligatorias” que rigen una “operación de cálculo” de la pena, por una parte, y un “margen de apreciación personal” donde el tribunal puede obrar “con algún arbitrio”, por otra (NOVOA, II, 353).

¹⁰⁶ Quien diferencia entre las reglas que definen la pena señalada por la ley —y su modificación en razón del grado de ejecución y la calidad de los partícipes—, por una parte, y los “principios que rigen la influencia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la determinación de la pena”, por otra (ETCHEBERRY, II, 170-174, 179).

¹⁰⁷ En cambio, en CURY, PG, 761-770, no se aprecia una diferenciación similar.

¹⁰⁸ Si bien de lo señalado por NOVOA, II, 353, parece desprenderse que el “margen de apreciación personal” se circunscribe a la aplicación del Art. 69 del CP, para las penas a las que es aplicable. La diferenciación de ETCHEBERRY, por su parte, es más bien formal, de modo que tampoco se desprende de ella una clasificación material de las diversas reglas, como la que sí han propuesto VAN WEEZEL o MAÑALICH (ambas, *supra*, en el texto principal).

ción judicial, pues la Ley no puede abrigar la pretensión de realizar ella misma la individualización" (NOVOA, II, 349, citando a SALEILLES).

Dejando de lado, entonces, la distinción basada en la "fuente" de la decisión, se suele recurrir a otros criterios de diferenciación, a veces confundidos en una sola clasificación. Un primer criterio, que atiende al efecto práctico de unas y otras reglas en el procedimiento de determinación de la pena, las diferencia según si sirven para alterar o concretar el marco penal, a partir del señalado por la Ley para la figura típica respectiva —reglas de determinación legal—, o para determinar la cuantía exacta de la pena dentro de ese marco concreto —reglas de individualización judicial— (así, por ej., VAN WEEZEL, 1997, 462; MAÑALICH, 42, citando a MIR PUIG). Conforme a este criterio, serían reglas de determinación legal, por ej., la que en el Art. 68, inc. 2º, excluye el grado mínimo o el máximo, si concurre una sola agravante o una sola atenuante, respectivamente, y la que en el Art. 68, inc. 3º, permite (o impone, cuestión debatida) la rebaja de la pena en uno o más grados cuando concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante (así, como se verá, MAÑALICH, 45); y serían reglas de individualización judicial,

por ej., las que en los Arts. 69 y 70 conducen a la fijación de la cuantía exacta de las penas temporales y las penas de multa. Un segundo criterio, que atiende al tipo de actividad judicial que corresponde ejercitar para aplicar unas y otras reglas, las diferencia según si ellas imponen de modo imperativo al tribunal una determinada decisión relativa a la determinación de la pena, para el caso de que se dé cierto presupuesto —reglas de determinación legal—, o si le entregan al tribunal una facultad discrecional sobre determinación de la pena, a partir de cierto presupuesto —regla de individualización judicial— (así, por ej., MAÑALICH, 45: la diferenciación atiende a "si la regla [...] expresa una decisión legislativa concluyente"). Conforme a este criterio, serían reglas de determinación legal, por ej., la que en el Art. 51 prescribe al tribunal imponer la pena inferior en grado a los cómplices de delito consumado, y la que en el Art. 68, inc. 2º, excluye el grado mínimo o el máximo, cuando concurre una sola agravante o una sola atenuante, respectivamente; y serían reglas de individualización judicial, por ej., las que permitan al tribunal sustituir la pena privativa de libertad por una determinada medida de la Ley N.º 18.216 (así, hablando de individualización judicial de la pena "en sentido amplio", VAN

WEEZEL, 1997, 462-463; MAÑALICH, 41-42), las que permitan (no las que prescriban) al tribunal rebajar la pena en uno o más grados, en determinadas circunstancias (ya se dijo que es discutible si ése es el caso de los Arts. 66 a 68, cuando con-

curra una pluralidad de atenuantes, sin agravantes)¹⁰⁹, así como la que en el Art. 68 bis permite al tribunal considerar una atenuante como "muy calificada" y rebajar la pena en un grado (así, por ej., VAN WEEZEL, 1997, 470).

¹⁰⁹ Si, efectivamente, una regla sólo *permite* al tribunal (sin *obligarle* a hacerlo) efectuar una rebaja en uno o más grados, entonces sólo conforme al primer criterio cabe considerarla como una regla de *determinación legal* (pues tal regla concreta o modifica el marco penal), pero no en atención al segundo, pues tal regla no expresaría "una decisión legislativa concluyente" (en palabras de MAÑALICH), en el sentido de que tal regla (y el legislador a través de ella) no impondría un resultado determinado, sino, por el contrario, dejaría abierto el resultado. Y si quisiera replicarse que en esa regla el legislador, en otro sentido, sí "impone" un cierto resultado: modificar el marco penal ampliándolo hacia abajo en un determinado número de grados, con ello se estaría ocultando que el sentido de la norma es conferir al tribunal una facultad (o "un poder normativo", en el sentido de RAZ, Joseph (1991): *Razón práctica y Normas* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), pp. 118-121) dentro de ciertos contornos (la rebaja, si se la efectúa, como máximo puede ser, por ej., de tres grados), facultad que en ningún caso es una "razón completa para la acción" (nuevamente, en el sentido de lo afirmado por RAZ, cit., p. 121) (como sí lo sería en cambio una regla "concluyente" que, en lugar de conferir una facultad, impone un mandato, como la del Art. 51), sin perjuicio de que, unida a otras razones que exigen "discernimiento" (por ejemplo, el principio que exige graduar la pena según la magnitud de la culpabilidad, junto a la presencia de varias atenuantes, y de mucho peso, que reducen considerablemente la culpabilidad), la concesión de tal facultad sí pueda llegar a convertirse en una razón para ejercerla, en todo lo cual, tal hipotética regla de *individualización judicial* no se diferenciaría de otras reglas de *individualización judicial* (como la que permite sustituir la pena por una libertad vigilada, una facultad que en sí misma tampoco es una razón suficiente para efectuar la sustitución, pero que unida al principio de orientación de la pena a la prevención especial positiva y a circunstancias de mucho peso que en el caso concreto hagan aparecer como idónea a dicha medida para una vida futura sin delitos, puede llegar a convertirse en una razón para concederla). Todo ello no se aplica, en cambio, a las reglas que prescriben de forma concluyente una rebaja de pena, cual es el caso, según MAÑALICH, de las reglas que en los Arts. 65 y ss. establecen la rebaja en uno o más grados para el caso de concurrir una pluralidad de atenuantes, sin agravantes (v. infra, Art. 65), que, entonces, sí habría que considerar reglas de *determinación legal* de la pena (también) conforme al segundo criterio de distinción apuntado más arriba.

Por lo que respecta al primer criterio de diferenciación entre unas y otras reglas, su utilidad es más bien propedéutica, en la medida que ofrece una primera orientación sobre el procedimiento y orden de aplicación de las reglas de determinación de la pena, procedimiento que, en este sentido, aparece partiendo de un marco penal "abstracto", que luego se va concretando por efecto de las reglas de *determinación legal*, hasta que, una vez que han operado todas las que venían al caso, corresponde fijar una cuantía exacta de pena dentro del marco penal "concreto", ahora en cumplimiento de las reglas de *individualización judicial* de la pena. Pero esta diferenciación no resuelve los problemas que se presentan en relación con el orden de aplicación de diversas reglas de *concreción* del marco penal (todas ellas, de *determinación legal*, según este primer criterio).

Por su parte, conforme al segundo de los criterios, la diferenciación adquiere relevancia práctica en relación con las condiciones de impugnabilidad de las decisiones judiciales que aplican unas y otras, pues hay reglas (las que según el segundo criterio se consideran como reglas de *determinación legal*) cuya infracción es mucho más ostensible, de modo que las condiciones para con-

trolar su correcta aplicación a través del recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho son muy sencillas (si en un caso del Art. 51 no se rebajó en un grado la pena para el cómplice, la decisión del recurso no ofrece dificultad alguna), mientras que hay otras reglas (las que según el segundo criterio son consideradas como reglas de *individualización judicial*) cuya infracción es menos ostensible, de modo que las condiciones para controlar su correcta aplicación a través de tal recurso son menos sencillas (como lo es la decisión de si es correcta la *compensación racional* efectuada en un determinado caso entre las atenuantes y agravantes concurrentes), al punto de que los tribunales suelen rechazar la procedencia del recurso (de casación, hasta hace poco, de nulidad, en la actualidad), bajo el expediente de que en la aplicación de tales reglas "se trataría de una facultad discrecional y privativa de los jueces de instancia, de manera que no cabe infracción de Ley [...]" (MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 372-373, resumiendo el tipo de argumentación observada en esa extendida práctica judicial, en particular, sobre la decisión de calificar o no una atenuante para los efectos del Art. 68 bis, pero citando, como contrapartida, jurisprudencia en contra de esa tesis, incluso de la Corte Suprema), posi-

ción que la doctrina tiende a rechazar (VAN WEEZEL, 2001, sin N° de pág., en relación con la aplicación del Art. 69; MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 373, en relación con el Art. 68-bis; MAÑALICH, 54-55, en relación con la decisión del número de grados que se rebaje la pena en los casos de pluralidad de atenuantes, en los Arts. 65-68, y en relación con el ejercicio de *compensación racional* de circunstancias necesario, en su caso, en las hipótesis casos de los Arts. 66 y ss.). **En mi opinión**, esta doctrina lleva la razón, en la medida que el ejercicio de discrecionalidad sujeta a criterios establecidos por el legislador (MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 326, hablan de un "acto discrecional jurídicamente fundamentado") no puede ser tratado como si estuviese desprovisto de todo estándar, pues el sentido de la Ley es que el tribunal adopte una decisión empleando justamente esos criterios, y el recurso de nulidad está al servicio de controlar que la actividad jurisdiccional respete

las reglas legales, incluso las que no "determinan el resultado" sino que sólo establecen los criterios—o principios, en su caso— que deben conducir hacia el resultado¹¹⁰. Siendo así, en todo caso, la diferenciación—entre unas y otras reglas— que obedece a este segundo criterio, tiende a perder relevancia: tanto las reglas de *determinación legal* como las de *individualización judicial* imponen estándares legales, que deben ser respetados por el tribunal, de modo que ambas pueden ser infringidas y su infracción controlada por la vía del recurso de nulidad¹¹¹.

Por último, fuera de esta referencia a las reglas—de uno y otro tipo— de determinación de la pena, la doctrina suele identificar ciertos *principios* que rigen la determinación de la pena en el CP chileno, denominación que no se corresponde con el concepto de *principio* propio de la teoría del derecho, que se suele oponer al de *regla* (por ej., por parte de DWORKIN o ALEXY), al pun-

¹¹⁰ V. *supra*, n. anterior.

¹¹¹ En los casos que, como la regla 3ª del Art. 61 (que faculta al tribunal, en el caso de los marcos penales compuestos por diversas penas *alternativas*, para aplicar diversas penas alternativas a unos y otros co-intervinientes de un mismo delito, sin estar obligado a imponerles la misma), aparentemente están librados completamente al arbitrio judicial, por faltar toda referencia a criterio alguno que deba seguir el tribunal al ejercer una facultad discrecional, cobra importancia la definición de los principios que deben guiar dicha labor (v. *infra*, Art. 61).

to de que entre los “principios” que se mencionan a menudo aparecen auténticas *reglas* de determinación de pena (así, NOVOA, II, 356-359, hace alusión a 7 “principios”, que en realidad son algunas de las *reglas* de alcance más general, por lo demás bastante coincidentes con las 6 “reglas generales” identificadas por CURY, 761; VAN WEEZEL, 1997, 463 y ss., en cambio, identifica una serie de “principios fundamentales” sobre medición judicial de la pena, en el Derecho comparado –principio de juridicidad, principio de igualdad ante la ley, principio de apertura a los fines y prohibición de doble valoración– que hace aplicables, en mayor o menor medida, al derecho chileno, y que sí se acercan más a aquél concepto de *principio*, propio de la teoría del derecho¹¹²).

III. La pena señalada en la Ley como “marco penal abstracto”

En el proceso de determinación de la pena (especialmente en la fase de *determinación legal*, conforme al primero de los criterios de diferenciación reseñados en el punto anterior), la “pena señalada por la

Ley al delito” (Art. 50) cumple una función importante, como “marco penal” a partir del cual operarán las reglas que, en ciertos casos, lo alterarán y, sobre todo, lo concretarán. La identificación o definición de este marco penal abstracto, como se verá (*infra*, Art. 50), supone, según parte de la doctrina, realizar algunas aumentos o rebajas de pena que son previos a cualquier otro, como los que la Ley ordena efectuar en caso de concurrir ciertas circunstancias que, bien vistas, realmente son calificadas o privilegiadas.

El marco penal está conformado por una o más “penas”, que nominalmente están definidas (por el Art. 58) como “grados” de penalidad, dentro de aquel marco, y que, según su magnitud, configuran el “grado máximo” o “grado mínimo” de la pena (el “marco penal”) asignada por la Ley al delito, pudiendo haber grados intermedios (la expresión de ETCHEBERRY, II, 172: “cada pena es un grado y cada grado es una pena” expresada, en su primera parte, esta característica del marco, mientras que en la segunda parte no se refiere al marco penal de un deli-

to, sino que da cuenta de algo muy distinto –v. *infra*, Art. 57–).

Este marco penal que sirve de punto de partida es “abstracto” en el sentido de que aún no atiende a las particulares formas de aparición del delito, por ej., según el grado de ejecución o la forma de intervención, ni a la presencia de circunstancias que modifican la magnitud del injusto o de la culpabilidad a tal punto, que llevan a alterar el marco original, rebasando sus límites originales; y tampoco atiende todavía, en fin, a circunstancias de la misma índole que, sin alterar el marco (en el sentido de rebasar sus límites originales), obligan a ir “concretándolo”. Una serie de reglas, analizadas en este capítulo, determinan esos efectos.

IV. Alteraciones del marco penal abstracto y reglas que lo concretan

En relación con las reglas que, a partir del marco penal abstracto, disponen alteraciones, más allá de sus límites originales, no hay discusión sobre sus efectos, pero sí la hay, como se verá, sobre si algunas de ellas efectivamente imponen al tribunal, como resultado, que la pena quede necesariamente fijada fuera de esos contornos o si acaso sólo le facultan para hacerlo, pudiendo el

tribunal no obstante quedarse dentro de ellos (v. *infra*, Art. 65).

Entre las principales reglas que tienen ese efecto de alterar el marco penal, forzando (o facultando) al tribunal a fijar la pena fuera del marco original (sin perjuicio de que otra regla de la misma naturaleza, casualmente le obligue a “volver” a una pena que se encontraba dentro de dicho marco) se pueden mencionar (en un listado no exhaustivo) las siguientes: 1) las que disponen rebajas de pena para las formas imperfectas de ejecución (tentativa y delito frustrado) y para la complicidad y el encubrimiento (Arts. 51 a 54, y sin perjuicio de las disposiciones que, excepcionalmente, modifican estos efectos, para casos puntuales; v. *infra*, Art. 55); 2) las que disponen aumentos y rebajas de pena en caso de concurrir circunstancias agravantes o atenuantes de “efectos excepcionales”, como la circunstancia de que el mayor de edad se haya “prevalido” de un menor de edad (Art. 72, y Art. 494 bis, inc. 3º –cuando ello ha ocurrido al cometerse un hurto falta–), y la atenuante de eximente incompleta “privilegiada” (Art. 73); 3) las reglas que, en los Arts. 65 a 68 bis (y en el Art. 103, en relación con los Arts. 65 a 68, para el caso de la “media prescripción”), disponen (o “permiten”, según se entienda) reba-

¹¹² V. DWORKIN, Ronald (2010): *Los derechos en serio*, traducc. de Marta GUASTAVINO, 8ª impresión (Barcelona, Ariel), pp. 72 y ss., 77 y ss.; ALEXY, Robert (1994): *Theorie der Grundrechte* (Baden-Baden, Suhrkamp), pp. 81 y ss.

jar la pena en uno o más grados, para el caso de que concurra una pluralidad de atenuantes, sin agravantes, o una atenuante muy calificada, según el caso¹¹³; 4) la que modifica, en su caso (al sumar el importe total de los objetos sustraídos), la pena que servirá de base para la determinación de la pena correspondiente por reiteración de hurtos (en los términos del Art. 451); 5) las que modifican en todo caso la pena del delito más grave, o del único delito que servirá de base para calcular el respectivo aumento (si se trata de delitos de igual gravedad), en los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de la misma especie (Art. 351 del CPP, incisos 1º y 2º).

Los aumentos y rebajas de pena que el tribunal efectúe en virtud de esas reglas (u otras, contempladas, sobre todo, en la "Parte Especial" del CP), se deben realizar "subiendo" o "bajando" el número de grados que corresponda dentro de la respectiva escala del Art. 59. Cuando en la respectiva escala no es posible seguir "subiendo", pues no hay ya una pena superior, se debe imponer pre-

sidio perpetuo calificado, si se trata de la Escala N° 1; presidio perpetuo (simple), si se trata de las escalas N° 2 y 3 (Art. 77, inc. 2º; lo que, como con razón destaca MATUS, Comentario, 406, constituye una desproporción evidente, frente a la cual sólo cabe confiar, con ese autor, en que, teniendo en cuenta el carácter facultativo del aumento de pena del Art. 68, inc. 4º, "nuestros tribunales no caerán en el despropósito del legislador"); y reclusión menor en su grado medio, si se trata de las escalas N° 3 y N° 5, para sí "agravar" la pena de inhabilitación (absoluta o especial) perpetua (Art. 77, inc. 3º; sumándose la primera a la segunda, según ETCHEBERRY, II, mientras que para MATUS, Comentario, 407, la pena privativa de libertad principal "absorbería" a la accesoria). A su vez, cuando en la respectiva escala no sea ya posible seguir "bajando", a falta de más grados inferiores debe imponerse la pena de multa (Arts. 60, inc. 1º, 61, regla 5ª, y 77, inc. 3º; v. *infra*, Art. 60).

Si el marco penal, a partir del cual deben efectuarse los aumen-

tos o rebajas, contiene dos penas diversas para un mismo delito, que tienen distinta naturaleza (una, temporal; otra, de multa), los aumentos y rebajas se realizan según las reglas que a cada una correspondan, que precisamente para las multas son sensiblemente distintas (ya por la circunstancia de que no se les aplican aumentos y rebajas) no se aplican a las multas (MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 328; v. *infra* Art. 61).

Quando el marco penal original está compuesto por dos o más penas (grados de penalidad), se plantea la duda de si corresponde "subir" o "bajar" a partir del grado máximo o del mínimo del marco, respectivamente o si corresponde, en cambio, construir un nuevo marco, con tantos grados de penalidad como el original, que hayan sido definidos subiendo o bajando a partir de cada grado de penalidad del marco original; en el primer caso, por ej., para imponer una pena inferior en dos grados a la del homicidio simple —que es de presidio mayor en sus grados mínimo a medio— habría que partir del presidio mayor en su grado mínimo para desde ahí, "bajando" dos grados en la Escala N° 1 del Art. 59, "llegar" a presidio menor en su grado medio; en el segundo, para alcanzar

a realizar la misma rebaja, habría que disminuir en dos grados cada uno de los grados de penalidad del marco penal del homicidio simple, de modo que el resultado sería una pena compuesta de dos grados, que iría desde presidio menor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo. Cuando se trata de bajar la pena, la mayoría de los casos están expresamente resueltos por la ley, y siempre en el sentido de que debe partirse del grado mínimo del marco penal, y desde ahí bajar el número de grados que corresponda (así lo disponen, por ej., el Art. 61, regla 2ª, para las rebajas establecidas en los Arts. 51 a 54; el Art. 66, inc. 3º; el Art. 68, inc. 3º; el Art. 68 bis; el Art. 73, todos del CP, y el Art. 21 de la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal del Adolescente); para los casos en que ello no está expresamente resuelto (un ejemplo: la regla del Art. 1º, inc. 2º, de la Ley N° 20.000, que permite rebajar la pena en un grado para el tráfico de drogas que no produzcan efectos tóxicos o dañinos para la salud) la doctrina aplica la misma solución (así, GARRIDO, I, 320; CURY, 762; MATUS, Comentario, 404, afirmando que sobre ello "no hay discusión"). En cambio, cuando se trata de aumentar la pena, y salvo en algún caso en que la Ley dispone expresamente que el

¹¹³ En estos casos, en efecto, el marco penal se ve alterado, en el sentido de que rebasa sus límites originales, con independencia de si se considera obligatoria o facultativa la rebaja en, a lo menos, un grado (v. *supra*, "II. Determinación legal e individualización judicial de la pena").

aumento debe efectuarse a partir del grado máximo (en el Art. 68, inc. 4º, cuando concurre una pluralidad de agravantes, sin atenuantes), para los casos no regulados expresamente (como el del Art. 345, que aumenta en un grado las penas del aborto, cuando el que lo practicare fuere un facultativo "abusando de su oficio") la doctrina se inclina por la fórmula que consiste en construir un nuevo marco penal, con el mismo número de penas que el original, pero aumentados, cada uno de ellos, en el número de grados exigido por la regla respectiva (así, NOVOA, II, 357-358, citando jurisprudencia, tanto a favor de esta tesis como de la tesis contraria —los aumentos se deben realizar desde el grado máximo del marco penal original—; en el mismo sentido que NOVOA, CURY, 762; GARRIDO, I, 320; MATUS, Comentario, 404, añadiendo que la jurisprudencia, en cambio, "tiende a aplicar el aumento desde el grado máximo"). En todo caso, esta duda se plantea sólo cuando el aumento de pena corresponde realizarlo antes de que el marco penal compuesto se haya concretado por efecto de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes; en caso contrario, si las reglas que concretan el marco han debido operar antes de que se efectúe el aumento de pena (como

parece ser el caso tratándose del aumento dispuesto por Art. 72; v. *infra*, el apartado siguiente), dicho aumento operará sobre un marco con pena única, desapareciendo el problema.

Fuera de las reglas de determinan una alteración del marco penal abstracto, algunas reglas, como se dijo, tienen por efecto "concretar" dicho marco, definiendo uno más acotado, dentro de los límites del marco penal original. Este es uno de los efectos ordinarios de las circunstancias atenuantes o agravantes (que también, bajo ciertas hipótesis, como se vio, podían tener efectos excepcionales), y se produce concretamente: forzando a aplicar el grado mínimo o máximo de un marco penal compuesto por dos penas indivisibles (Art. 66, inc. 2º); excluyendo el grado mínimo o máximo de un marco penal compuesto, distinto de los recién señalados (Art. 68, inc. 2º); o forzando a aplicar la mitad superior (*maximum*) o inferior (*minimum*) de una pena consistente en un grado de una divisible (Art. 67, inc. 2º). Y también tiene el efecto de concretar el marco penal la regla que, en su caso (si el marco penal es compuesto), determinan la imposición de la pena mayor asignada al delito más grave, que entra en

concurso ideal o medial con otro (Art. 75)¹¹⁴.

Un problema que puede plantearse cuando corresponde aplicar, a un mismo marco penal abstracto, diversas reglas que alteran el marco penal original, o una regla que lo altera y una que lo concreta, es el de definir el orden en que unas y otras deben aplicarse, cuando ello no se desprende claramente del tenor de la ley, y la pena resultante no será la misma según cuál sea el orden que se siga.

El problema se puede presentar tanto entre las reglas que habría relativo acuerdo en tratar como de *determinación legal* de la pena (¿se aplica primero la rebaja de pena para el encubrimiento o la exasperación de pena por el concurso ideal?), como entre estas reglas y algunas reglas sobre efectos de las atenuantes y agravantes —que una parte de la doctrina considera de *individualización judicial*— (¿se aplica primero la rebaja de

pena por una eximente incompleta o el aumento de pena por pluralidad de agravantes?).

Al analizar (*infra*) las diversas reglas de determinación de la pena, se irá haciendo referencia a esta cuestión.

V. Determinación de la pena concreta

Como se ha señalado, una vez fijado el marco penal concreto, que bien podría coincidir con el "marco penal abstracto" señalado por la Ley al delito —si no concurren circunstancias a las que la Ley asocie una regla que altere o concreto dicho marco—, vienen al caso las reglas que permiten fijar, en base a razones establecidas por la ley, una pena concreta; ello, salvo en los casos en que el "marco penal concreto" termine siendo un grado de una pena indivisible (como el presidio perpetuo), hipótesis en que, obviamente,

¹¹⁴ MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 331, incluyen esta regla entre las que alteran la pena señalada por la ley al delito, e incluyen, además, y en el primer lugar de este listado de factores que alteran la pena, a las reglas que otorgan a una circunstancia especial el carácter de calificante o privilegiante. Esto último no es necesario para quienes (como ETCHEBERRY, II, 174, y CURY, 763) consideran que en esos casos la pena "señalada por la ley" al delito ya es la de la figura calificada o privilegiada, de modo que no puede entenderse que la reglas que convierten a una figura básica en un delito calificado o privilegiado estén "alterando" dicho marco, pues en realidad recién lo están constituyendo.

te, el proceso de determinación de pena concluye ahí. Estas reglas son fundamentalmente las establecidas por los Arts. 69 (de aplicación general para las penas divisibles, salvo para las multas) y 70 (precisamente para las multas), que parte de la doctrina considera como las auténticas reglas, o los casos paradigmáticos, de *individualización judicial* de la pena, a las que, además, como *individualización judicial* "en sentido amplio", habría que añadir las

reglas que permiten, bajo ciertas circunstancias, sustituir la pena privativa de libertad por una medida en el medio libre, de las contempladas por la Ley N° 18.216 (MAÑALICH, 41-42; en sentido similar, VAN WEEZEL, 1997, 462-463, quien, como se vio, también consideraba como reglas de "individualización judicial" a unas que MAÑALICH, por su efecto de disponer "alteraciones" del marco penal abstracto, consideraba todavía como reglas de *determinación legal*).

Artículo 50. A los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley.

Siempre que la Ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado.

BIBLIOGRAFÍA: GARRIDO, Mario (1994): "Consecuencias penales de las eximentes incompletas", en AAVV, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, Santiago, (año 1994, N° 30); MATUS, Jean Pierre: "Comentario a los Artículos 74 a 78", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 383-407; MATUS, Jean Pierre (2008), "Concurso Real, Reiteración de Delitos y Unificación de Penas en el Nuevo Proceso Penal", [fecha de consulta: 23 de marzo 2011], disponible en <http://cl.microjuris.com/Search>, Cita: MJD314; MATUS, Jean Pierre / VAN WEEZEL, Alex: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp: 323-382.

COMENTARIO

Jaime Couso

I. Generalidades

Esta disposición, por obvia que parezca, tiene como efecto reservar las penas de la Parte Especial (del

CP o de las leyes penales especiales), en principio, precisamente para los autores de delito consumado. Ello debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones (de la Parte General,

como el Art. 15 del CP, por ej., en sus numerales 2° y 3°, o de la Parte Especial, como el Art. 450 del CP) que también apliquen la pena del autor de delito consumado a quienes no son autores (aunque para efectos de penalidad "se consideran" como tales) o a quienes no han cometido un delito consumado (sino uno que, por ej., sólo se encontraba "en grado de tentativa").

Como observa ETCHEBERRY, II, 175, al "señalar" la pena que corresponde al delito, la ley, en su marco penal, puede incluir más de una, presentándolas al tribunal como penas *copulativas* (lo que le exige imponerlas todas), *alternativas* (lo que le ofrece la opción de aplicar una u otra, pudiendo variar la elección para diversos co-partícipes -v. *infra*, regla 3° del Art. 61-), *facultativas* (lo que le permite añadir o no una pena adicional a una primera que obligatoriamente debe imponer) y *accesorias* (que necesariamente debe imponer como consecuencia de haber impuesto una determinada pena principal -y no como consecuencia necesaria de condenar por ese delito, como es el caso de las *copulativas*-).

Aunque no sea realmente una cuestión regulada por esta disposición, el hecho de que en ella se aso-

cie a la forma básica de aparición del delito -la autoría de un delito consumado- el concepto "la pena señalada por la Ley al delito", y que éste sea el mismo concepto que suelen emplear las reglas que disponen alternaciones o concreciones del marco penal designado para aquella forma básica de aparición del delito (por ej., en los Arts. 51-55 y 65-68 y 73), explica que precisamente a propósito del Art. 50 se examinen las complejidades a que puede dar lugar la identificación la "pena señalada por la Ley al delito", como marco penal a partir de la cual se deben aplicar tales reglas.

II. Pena señalada por la Ley al delito. El caso de las figuras calificadas y privilegiadas.

Las complejidades se refieren, en la práctica, a la identificación de las figuras calificadas y privilegiadas, en aquellos casos en que no se construye explícitamente por la Ley un marco penal propio para ellas (como sí ocurre, por ej., en el Art. 391, inc. 1°, para el homicidio calificado), sino que se dispone simplemente que la pena se aumentará o rebajará en un determinado número de grados si se da la circunstancia que las convierte en tales (como ocurre en el Art. 300, para la figura privilegiada de evasión de detenidos

cometida por particulares). Esta segunda forma de construir las plantea inevitablemente la duda de si realmente se trata de una calificación o privilegio, que debe en todo caso ser tratada de la misma forma que las calificaciones o privilegios en que la Ley emplea el primer método, o si en realidad se trata de agravaciones o atenuaciones de pena, con un efecto especial, distinto del efecto ordinario establecido en los Arts. 65 a 68. A ese problema, está asociado, indirectamente, el ya mencionado sobre el orden de aplicación de las reglas que disponen rebajas y aumentos de pena, cuando de ese orden depende la determinación del *marco penal concreto*. Pues si se trata de auténticas figuras calificadas o privilegiadas, entonces se debe entender que “la pena señalada por la ley” es la que resulta de la aplicación de la rebaja o aumento respectivo, de modo que todas las reglas de determinación que establecen su efecto a partir de “la pena señalada por la ley” deben operar necesariamente después de aquella rebaja o aquel aumento (así, ETCHEBERRY, II, 174, proponiendo precisamente como un ejemplo de regla que establece una figura privilegiada a la del Art. 300, recién citada; también para CURY, 763, la reglas que establecen figuras calificadas o privilegiadas determinan cuál es la pena señalada por la Ley al de-

lito CURY, 763; en cambio, MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 331, no tratan explícitamente a la pena aumentada o rebajada en virtud de la calificación o del privilegio como “la pena señalada por la ley”, sino como una que resulta de la “alteración” de la que la Ley señalaba, alteración que, sin embargo, debe operar “antes de proceder a la determinación legal”, con lo que el resultado materialmente es el mismo). En cambio, si no se trata de una calificación o privilegio sino de una agravante o atenuante de efectos excepcionales, el problema del orden de aplicación sí se presenta.

Aunque la cuestión del orden de aplicación de las rebajas y aumentos de pena dispuestos por diversas reglas de alteración o de concreción del marco pena abstracto se tratará al examinar cada regla, lo relevante aquí es destacar que, como señala CURY, “la distinción entre calificantes y privilegiantes, por un lado, y agravantes y atenuantes, por el otro, suele presentar dificultades en la práctica” (CURY, 473). Así, por ejemplo, mientras ETCHEBERRY, III, 103-104) trata a la agravación de pena contemplada por el Art. 345 para el aborto cometido por el facultativo que abusa de su oficio, como una “calificación”, POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PE, 90, en cam-

bio, la tratan siempre como una “agravación” de pena basada en la mayor culpabilidad. Estas dificultades van asociadas, en relación con el procedimiento de determinación de la pena, a la posibilidad de que se plantee un problema sobre el orden de aplicación de las mismas¹¹⁵. Sobre esta distinción, opina ETCHEBERRY, II, 174, que se trata de figuras calificadas o privilegiadas cuando las circunstancias “afectan a la penalidad misma asignada al delito” y no “a la que en concreto va a corresponder al delincuente”; en cambio, las circunstancias “que afectan a los partícipes y no a la escala penal misma” serían atenuantes y agravantes,

¹¹⁵ En efecto, cuando (de modo coherente con la opinión de POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, que se acaba de consignar) MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 368-369) tratan a la regla del Art. 331 del CP (que entienden como un “aumento de pena”) como una agravación de efecto excepcional (y no como una calificación), afirman consecuentemente con ello que el “aumento” de pena se aplica recién después de las reglas de los Arts. 65-68 bis, siendo que, si se tratase de una calificación, debería aplicarse antes de esas reglas (MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 331). Aunque no tiene relevancia en relación con este asunto, no está demás aclarar que el Art. 331 del CP en realidad, más que aumentar la pena cuando concorra cierta circunstancia, parece tipificar una figura distinta, cuya pena se calcula a partir de la señalada para otros delitos del mismo párrafo, aumentándola en un grado; la figura, en efecto, no consiste realmente en la ejecución de aquellos otros delitos, bajo una circunstancia más grave —en este caso, que el sujeto activo reúna la calidad de maquinista, conductor o guardafrenos— sino derechamente en conducta —“el abandono intencional”— distinta de las establecidas para las figuras básicas —“destrucción” o “descomposición” de la vía férrea, “colocación de obstáculos”—, configurando enronces un delito de omisión —que valorativamente, en todo caso, también abarcaría, castigándolos con la pena agravada, a los descarrilamientos activos causados por esos sujetos cualificados—; siendo así, a esa figura autónoma, evidentemente el “aumento” de pena, que recién constituye “la pena señalada por la ley al delito”, debe necesariamente operar antes que cualquier modificación de la misma dispuesta por una regla de determinación de la pena. Pero todo ello, por lo demás, sólo tiene interés teórico o conceptual, desde que —como explica ETCHEBERRY, III, 323—, el Art. 331, junto a las demás disposiciones del párrafo 16 del Título VI del Libro II del CP, deben entenderse derogadas por los Arts. 105 y ss. de la Ley de Ferrocarriles (texto definitivo fijado por D. 1.157 de Fomento, de 1931), que reglamenta las mismas figuras, junto a algunas otras, en general con mayor pena; de hecho, la figura del Art. 331 del CP está regulada ahora por el Art. 115 de la Ley de Ferrocarriles, pero sin establecer un aumento de penas sino una mera remisión a las penas señaladas para otras figuras, de modo que menos dudas pueden haber ahora de que se trata de una figura autónoma, y de omisión.

que deben considerarse dentro del efecto general de las circunstancias modificatorias¹¹⁶. También para CURY, 763, 473, las atenuantes y agravantes no afectan la "configuración" de la pena, sino que sólo actúan "cuando ya está fijada", pero la diferencia entre ellas y las calificantes y privilegiantes debe atender a si las circunstancias "se incorporan al tipo del hecho delictivo" o no, si bien admite que la cuestión requiere un análisis caso a caso (en sentido similar define a los tipos calificados y privilegiados NOVOA, I, 307, pero sin identificar el problema de su diferenciación con las atenuantes o agravantes). Por último, no obstante reconocer las dificultades que pueden plantearse al distinguirlos, para MATUS / VAN WEEZEL, Comentario,

331, sí sería claro que configuran una calificante o privilegiante "las circunstancias que *obligatoriamente* "determinen una alteración del marco penal atribuido por la Ley al hecho"¹¹⁷ (la cursiva está en el original).

En mi opinión, la dificultad para encontrar un criterio material, coherente con el sistema del CP, con el cual distinguir calificantes/privilegiantes de agravantes/atenuantes ya deriva del hecho de que el CP considera a las mismas circunstancias, a veces como calificantes/privilegiantes (al incorporarlas en una descripción típica y asociarles un marco penal distinto), y otras veces agravantes/atenuantes (al simplemente listarlas en una

¹¹⁶ En todo caso, debe notarse que esta diferenciación, no obstante hacer referencia al delito y a la persona del delincuente, no sería simétrica con la que el Art. 64 del CP hace entre circunstancias objetivas —relativas al hecho— y circunstancias personales —que afectan al delincuente—, pues para ETCHEBERRY, III, 52 y ss., por ej., el homicidio cometido con premeditación es un homicidio calificado —y no uno "agravado"— aún cuando la circunstancia agravante "premeditación" sea una circunstancia personal (v. ETCHEBERRY, II, 29), es decir lo "personal" de una circunstancia, para los efectos del Art. 64 (incomunicabilidad) no debe entenderse en el sentido de que tal circunstancia afecta sólo a la pena "que en concreto va a corresponder al delincuente", que sería lo distintivo de las atenuantes y agravantes *vis-à-vis* las privilegiantes y calificantes. En el caso del parricidio, ni siquiera se plantea la cuestión, pues ETCHEBERRY, III, 68), deja claro que lo considera una "figura diferente", y no "una forma más de homicidio calificado".

¹¹⁷ Lo que no se compadece con el tratamiento que ellos dan al aumento (obligatorio) de pena dispuesto por el Art. 331 (v. *supra*, n. 115), ni alude a un criterio material que explique esa conclusión.

disposición separada de los tipos y asociar un efecto, generalmente en los Arts. 65 y ss., a su concurrencia). Más aún, si se observa la técnica con la que la Ley supuestamente "incorpora" la circunstancia "al tipo del hecho delictivo" (para utilizar la expresión de CURY), por ej. las calificantes del homicidio en el Art. 391, inc. 1º, resulta que no se diferencia en nada de la que en ciertos casos de supuestas "agravantes especiales" se usa para asociarlas a determinados delitos a los que serán aplicables, por ej., las circunstancias agravantes (que coinciden con tres de las calificantes del homicidio) de las lesiones, en el Art. 400 (que, para ETCHEBERRY, III, 125, POLITOFF / GRISOLÍA / BUSTOS, 228, y POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PE, 134¹¹⁸, efectivamente se tratan de agravantes especiales y no de calificantes; mientras que para GARRIDO, III, p. 174, en cambio,

se trata de "verdaderas calificantes del delito"). Entonces, la distinción entre unas y otras parece en buena medida contingente, y la calificación de una de estas reglas como constitutiva de una figura calificada o privilegiada, o de una agravación o atenuación especial, parece depender, en la práctica (como en el diferente trato dado al Art. 391, inc. 1º, y al Art. 400), de si el respectivo precepto legal construye un marco penal propio o si sólo dispone que debe aumentarse o rebajarse la pena. La consecuencia de ello es que, sólo "señala una pena al delito", como base para la aplicación de las reglas de determinación de la pena, la disposición que sigue el primer camino; la que sigue el segundo, en cambio, regularmente será tratada como una regla de determinación de la pena¹¹⁹, que entrará en el juego con las demás, con las eventuales complejidades

¹¹⁸ Sosteniendo, sin embargo, que el aumento de pena debe ser "previo a la determinación legal y judicial", lo que contrasta con la tesis defendida por MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 368-369), ("si concurren [con una "hipótesis especial de agravación"] circunstancias modificatorias comunes en el caso concreto, primero es necesario calcular el grado de penalidad conforme a las reglas generales de los arts. 65-68 bis").

¹¹⁹ Las excepciones que se encuentran en la doctrina (que varían según el autor de que se trate), como la rebaja de pena del Art. 300, a la que ETCHEBERRY, como se vio, considera un tipo privilegiado (y no una atenuación especial), no son reconducibles a un criterio material común con los casos en que la diferenciación sigue aquel criterio más contingente identificado en el texto principal; es decir, en buena medida aparecen como opiniones puramente intuitivas.

¿aber: criterio del nomen iuris

que ello acarreará a la hora de definir el orden de aplicación de unas y otras¹²⁰.

Así, las dificultades para identificar un criterio material consistente, que permita identificar claramente determinados aumentos y rebajas de pena como reglas que determinan "la pena señalada por la Ley al delito", distinguiéndolos de otros aumentos y rebajas que sólo cabría considerar como agravantes y atenuantes de efecto especial, puede llevar a la conclusión de que la pena señalada por la Ley al delito, como base sobre la cual deben aplicarse todas las reglas de determinación de la pena, sólo está constituida por el marco penal expresamente construido por el legislador (no aquel cuya construcción se encomienda al tribunal, por medio de los aumentos o rebajas) para la figura básica, o, en su caso, para las figuras calificadas o privilegiadas a las que sí se les asignó un marco penal propio, por el mismo legislador. Así, por más que unas rebajas y aumentos parezcan responder a una decisión legislativa íntima-

mente ligada a la naturaleza del tipo penal, o a la específica gravedad del injusto penal que se quiere conminar con una pena diversa de la figura "básica", estos criterios materiales no serían suficientes para entender que para el delito cometido bajo esas circunstancias la "pena señalada al delito" es una propia, distinta de la señalada para la figura básica. Sin llegar a decirlo de ese modo, a una conclusión más o menos así lleva la decisión de parte de la doctrina de considerar que "la pena señalada por la ley" a unas las lesiones simplemente graves cometidas con alevosía es sólo la pena de las lesiones graves, del Art. 397, N° 2°, sobre la cual habrá que realizar los aumentos y rebajas, de efecto especial y ordinario, que correspondan a las circunstancias concurrentes, entre ellas, la alevosía (por más que tenga un efecto especial, regulado por el Art. 400), mientras que se considera que la pena "señalada por la ley" al homicidio cometido con alevosía es ciertamente la del homicidio calificado, del Art. 391, N° 1°, por la pura y simple razón de que el legislador se molestó en seña-

¹²⁰ Por cierto, esta definición formal de lo que se entiende en el CP por "pena señalada por la ley al delito", no prejuzga sobre lo que, materialmente, a efectos de la aplicación de la garantía constitucional de la legalidad de las penas, debe entenderse por "pena señalada por la ley al delito", para decidir que, en ciertos casos, la ley no ha señalado pena a las formas imperfectas de ejecución o a las formas de intervención diversas de la autoría (v. *infra*, Art. 59).

lar un marco penal para el caso en aquella circunstancia concurra en un homicidio, mientras que no lo hizo cuando la misma circunstancia concurra en unas lesiones, caso en que se conformó con entregar esa tarea (si bien indicándole precisamente cómo hacerlo) al tribunal.

Y si bien ello parece tender a igualar a todas las reglas que alteran o concretan el marco penal "señalado por la Ley al delito", con el consiguiente problema de definición del orden de aplicación de unas y otras, nada impide, en realidad, entrar a hacer distinciones entre esas reglas, basadas en razones materiales de la índole señalada (por ejemplo, la específica gravedad que una circunstancia aporta al injusto, o su íntima relación con el tipo penal), o de otra índole (v. *infra*, el apartado siguiente) para deducir de unas y otras que unas reglas deben aplicarse primero, y otras después, de modo de llegar a resultados coherentes con las razones materiales que le dan sentido a tales rebajas o aumentos de pena. A continuación se abordará ese examen.

III. Orden de aplicación de las reglas que alteran y concretan la pena señalada por la Ley al delito

El ya reiteradas veces mencionado problema del orden de apli-

cación de las reglas que alteran o concretan el marco penal abstracto (el "señalado por la Ley al delito") se da en varias constelaciones de casos, entre ellas: 1° los delitos con marcos penales abstractos del tipo de los regidos por el Art. 68, cuando concurra una pluralidad de agravantes, sin atenuantes, por un lado (lo que permite subir la pena en un grado, a partir del máximo del marco penal original), con una circunstancia a la que otra regla asocia el efecto de rebajar la pena en uno o más grados, por el otro; 2°, los delitos con marcos penales abstractos del tipo de los regidos por el Art. 66 ó 68, cuando concurra una sola agravante, sin atenuantes, por un lado, con una circunstancia a la que la Ley asocia el efecto de rebajar la pena en uno o más grados, por el otro; 3°, pero sólo si se sigue la tesis (acogida por una parte de la jurisprudencia, pero rechazada por la doctrina; v., por todos, NOVOA, II, 357-358; MATUS, Comentario, 404) de que los aumentos de pena se calculan desde el grado máximo del marco penal, todos los casos en que en un delito con marco penal compuesto concurren circunstancias a las que la Ley asocia un aumento de pena, por un lado, con circunstancias a las que la Ley asocia una rebaja de pena o una concreción del marco penal hacia abajo (excluir el grado

máximo, o escoger necesariamente el grado mínimo): 4º, los delitos con marco penal compuesto de dos o más penas, a los que en virtud del Art. 75, deba considerarse como “el delito más grave”, con el que otro menos grave entra en concurso ideal o medial, en los que concorra además una circunstancia a la que la Ley asocia una rebaja de pena o una concreción del marco penal hacia abajo.

El problema no se da, sin embargo, como se verá, cuando del tenor literal de la disposición que establece la rebaja o aumento de efecto especial (por ej., el Art. 72, y, categóricamente, el Art. 449, incs. 1º y 2º), queda claro que su sentido es que la rebaja o aumento opere recién una vez que se ha dado aplicación a las demás reglas (Arts. 65 a 68 bis) que definen el marco penal concreto. Y tampoco se da en las constelaciones del tercer tipo (Nº 3º) de las indicadas más arriba, si se parte de la base (como la doctrina lo entiende) de que los aumentos de pena, para los delitos con marco penal compuesto,

se deben efectuar construyendo un nuevo marco agravado, que conste de tantos grados como el marco original.

La doctrina no se ha ocupado de forma sistemática del problema del orden de aplicación de las diversas reglas de determinación de la pena, si bien algunos criterios ha formulado. Para examinarlos, puede pensarse en un ejemplo concreto en que el problema se presenta: cuando en un delito con marco penal compuesto (como el robo con violencia o intimidación en las personas) concurren una atenuante de eximente incompleta privilegiada (Art. 73, por ejemplo, por imputabilidad disminuida¹²¹) y una agravante (con el efecto del Art. 68, inc. 2º, o del Art. 67, inc. 2º —según el orden que se siga—), la pena máxima legalmente posible será claramente distinta según el orden en que se apliquen las dos reglas: 10 años de presidio mayor en su grado mínimo, si se aplica primero el Art. 68, inc. 2º (que excluye el grado mínimo de la pena designada por la ley,

resultando un nuevo marco penal de presidio mayor en su grado medio a máximo, a partir de lo cual, en seguida, el Art. 73 hace rebajar la pena en a lo menos un grado, al presidio mayor en su grado mínimo) y cinco años de presidio menor en su grado máximo (susceptible de cumplimiento en el medio libre, a través de libertad vigilada), si se aplica primero el Art. 73 (que conduce a “la pena inferior [en a lo menos un grado] [...] al mínimo de los señalados por la ley”, a partir de la cual, en seguida, el Art. 67, inc. 2º, fuerza a imponer la pena en su *maximum*).¹²²

Un primer criterio para resolver este problema parece desprenderse, como se señaló más arriba (*supra*, “II. Determinación legal e individualización judicial...”), de la clasificación de las reglas de determinación de la pena, entre *determinación legal*

e *individualización judicial*, si a esa diferenciación se asocia un orden de aplicación de las reglas, *por defecto* (es decir, salvo que una regla expresa altere dicho orden), como si de dos fases claramente definidas se tratase. En este caso, con todo, sólo quedaría resuelto el problema para quienes supongan que precisamente el Art. 73 y el Art. 68, inc. 2º (o 67, inc. 2º) son de distinta clase, por ej., el primero de ellos, de *determinación legal*, y el segundo, de *individualización judicial*, como parecen entenderlo POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 497-498), para quienes los Arts. 72 y 73 son “factores de alteración de la pena señalada por la Ley al delito”, que incluso operan “antes de proceder a la determinación legal” —según grado de ejecución y forma de intervención—, y en cualquier caso antes de la individualización judicial de la pena, aclarando que, en los casos del Art. 73 del

¹²¹ Si se acepta que, también en este caso (y no sólo en el de las atenuantes que “enumeran requisitos”) es aplicable dicha disposición, como lo defienden, acertadamente, en mi opinión, ya GARRIDO, *passim*; y, más tarde, en GARRIDO, I, 186-187); así como POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 534 y n. 123); y MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 381), (cfr., en contra, CURY, 478; ETCHEBERRY, II, 19).

¹²² El problema también se presenta si, en el mismo delito de robo con intimidación o violencia, cometida por un autor con imputabilidad disminuida, concurre una pluralidad de agravantes (con el efecto del Art. 68, inc. 4º, o del Art. 67, inc. 5º —según el orden que se siga—), caso en que la pena máxima legalmente posible resultante de aumentar y disminuir la pena, cada vez en un grado, será claramente distinto según el orden en que se apliquen las dos reglas: 20 años de presidio mayor en su grado máximo, si se aplica primero el Art. 68, inc. 4º (que lleva a “la pena inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley”, a partir de la cual, en seguida, el Art. 73 hace rebajar la pena en a lo menos un grado); y 10 años de presidio mayor en su grado mínimo, si se aplica primero el Art. 73 (que conduce a “la pena inferior [en a lo menos un grado] [...] al mínimo de los señalados por la ley”, a partir de la cual, en seguida, el Art. 67, inc. 5º, hace subir la pena en un grado).

CP "la pena señalada por la Ley ... se modifica una vez que se determina el grado de desarrollo del delito [para todos los intervinientes, si es justificante incompleta] [...] una vez determinado tanto el grado de desarrollo del delito como el de su participación [respecto de aquél en quien concurra una causa de exculpación incompleta]" y que "el juez debe [...] imponer una pena *al menos inferior en un grado* [...] y después, hacer las rebajas y aumentos que correspondan según la regla del Art. 67" (ibíd., p. 534), todo lo cual llevaría, en el ejemplo propuesto, a una pena máxima legalmente posible de cinco años de presidio menor en su grado máximo.

En cambio, el problema no podría quedar resuelto a través de la mera diferenciación entre una fase de *determinación legal* y otra de *individualización judicial*, para quienes, como MAÑALICH, 45) o VAN WEEZEL,¹²³ entienden que una y otra son reglas de *determinación legal*.

Sin recurrir a esa diferenciación, sino simplemente a la que distingue entre circunstancias modificatorias con y sin "efecto especial" (sí tendría este efecto especial el Art. 73, al disponer una rebaja en al menos un grado, asociado a la atenuante del Art. 73), ETCHEBERRY, II, 189-190, sostiene que debe primero aplicarse las reglas de los Arts. 62 a 68, referidas a las circunstancias que no tienen efecto especial, para después de determinada provisionalmente una pena de conformidad con ellas, considerar las circunstancias modificatorias especiales, haciéndolas producir su efecto propio", lo que conduciría a invertir el orden propuesto por POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 497-498, 534, para imponer, en el ejemplo propuesto, como máxima pena legalmente posible, la de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo. Coinciden con el orden de aplicación defendido por ETCHEBERRY, VAN WEEZEL, 1997, 500, y MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 363, para quienes: "[l]o que en consecuencia correspon-

¹²³ Para quien, si bien no serían reglas de determinación las que "permiten" rebajas o aumentos de pena cuando concurre una pluralidad de atenuantes o de agravantes, sí lo serían las que imponen un resultado, sin dejar lugar al ejercicio de una facultad discrecional, como los Arts. 67, inc. 2º y 68, inc. 2º (VAN WEEZEL, 1997, 469 y ss.); de modo que en el ejemplo propuesto en el texto principal, siendo ambas reglas, reglas de *determinación legal*, tampoco para VAN WEEZEL la diferenciación entre éstas y las reglas de *individualización judicial* aportaría algo en términos de definir un orden de aplicación, *por defecto*.

de hacer, es efectuar la compensación racional entre las circunstancias de eficacia normal y, una vez obtenido de esta forma el grado de penalidad, aplicar las rebajas o aumentos que la Ley imperativamente atribuye a las circunstancias de eficacia extraordinaria", ofreciendo como argumento para interpretación sistemática, el Art. 449, inc. 2º, del CP, que establece expresamente, para un caso específico de agravante "de efecto extraordinario", la necesidad de determinar primero la pena concreta, para luego efectuar el aumento de pena¹²⁴.

La jurisprudencia en alguna oportunidad ha resuelto los problemas de indeterminación del orden de aplicación de reglas de determinación de la pena recurriendo a un

principio *pro reo*. Así lo hace, por ej., una decisión de la Corte de Apelaciones de Iquique (en sentencia de 17 de diciembre de 1942, GT 1942-2:144, citada por ETCHEBERRY, DPJ II, 193), al realizar primero la rebaja de pena del Art. 68, inc. 3º, para recién después proceder al aumento en dos grados, calculado a partir de las penas del hurto, que una Ley especial disponía para el depósito en prenda de especies hurtadas, con el argumento de que es un "principio general de nuestra legislación", tanto en materias substantivas como procesales, que en caso de conflictos de leyes o de opiniones de los jueces, o en las cuestiones oscuras o dudosas, hay que preferir la interpretación más favorable al reo (en cambio, en su síntesis de este fallo,

¹²⁴ Lo que contrasta con la postura defendida por POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG 534; y PE, 134, en este caso, opinando que la rebaja especial del Art. 400, para las lesiones, también opera "previo" a los demás factores de determinación de la pena, y parece contradecir el tratamiento que aquellos autores (MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 331) dan a los Arts. 72 y 73 como "factores de determinación legal de la pena", que modifican "la pena señalada por la ley al delito, para los efectos de la posterior determinación judicial", modificación que, entonces, produce su efecto necesariamente antes de dicha determinación judicial, "una vez que se determinó el grado de desarrollo del delito [...] [y, en su caso, la forma de] participación en él". En todo caso, en el caso particular del Art. 73, sostienen (ibíd., p. 382) que si bien "la rebaja tiene efecto extraordinario, por lo que no concurre a la compensación racional y se aplica después de determinada la pena conforme a las reglas de los arts. 50 a 70", en caso de concurrir en el hecho una pluralidad de agravantes, sin más atenuantes, el tribunal pierde la facultad de aumentar la pena en un grado (si concurre) y después reducirla "debiendo imperativamente imponer una pena *al menos inferior en un grado a la señalada abstractamente por la ley al delito*".

ETCHEBERRY sugiere, erradamente en mi opinión, que conforme a la *ratio decidendi* de ese fallo, precisamente ése es el orden correcto —primero se considera a las circunstancias modificatorias de efecto ordinario, y recién después a las de efectos extraordinarios— sin advertir que la C. de Iquique aprueba dicho orden sólo en la medida que, en este caso particular, resulta más favorable al reo). También la Corte Suprema ha obrado en alguna oportunidad conforme a este principio, reconociendo la falta de regulación expresa del orden de precedencia en la determinación de la pena, por ej., entre el Art. 74 (o la agravación para la reiteración de crímenes o simples delitos de la misma especie —actual Art. 351 del CPP—) y la rebaja de pena que el tribunal puede efectuar en aplicación del Art. 67, y resolviendo en tal caso conforme al orden más favorable al reo (sentencia de la Corte Suprema, contra Armando Fuentes y otros, 1932, RDJ XXIX, 1-363, citada por ETCHEBERRY, DPJ II, 194, 100).

En mi opinión, la solución a este problema no puede desprenderse, en primer lugar, de la distinción —que por lo demás la doctrina ha aplicado, en general, de forma poco precisa— entre determinación legal e individualización judicial de la pena. Tampoco es convincente la

tesis de ETCHEBERRY, II, 189-190), conforme a la cual en todos los casos hay que aplicar primero las circunstancias modificatorias de efectos ordinarios y, luego, las de efectos especiales; ello parece inspirarse en un criterio *pro reo*, como parece inferirse de alguna de las hipótesis usadas a modo de ejemplo (o usadas, en su caso, como base para un argumento sistemático, como lo hacen MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 363, con el Art. 449, inc. 2º), criterio que sin embargo, no avalaría el resultado al que este orden conduciría en casos como el que ha servido de ejemplo. Y el problema, en tal caso, no radica en que, alguna vez, la solución resulte menos favorable para el reo, sino en la falta de fundamento claro para preferir precisamente ese orden de aplicación igual para todos los casos. De hecho, también parece incorrecta la solución que pretende erigir el principio *pro reo* como una norma de clausura de la equívocidad de la ley, al oponerse a la facultad de los tribunales de interpretar la Ley sistemática o teleológicamente, dentro del marco de los sentidos posibles del tenor literal de la Ley (única limitación impuesta por el principio de legalidad penal, en este caso).

Por todo ello, lo más indicado parece resolver el orden caso a caso, según si del tenor literal o de la ra-

tio legis, en su defecto, se desprende con claridad que el sentido del precepto que establece un especial efecto agravatorio o atenuatorio para una determinada circunstancia, es que debe operar sobre una pena ya determinada en concreto (hasta antes de aplicar el Art. 69), o sobre el marco penal abstracto.

Así, por ejemplo, tanto el tenor literal del Art. 72, como el del Art. 449, incs. 1º y 2º, dan cuenta de que el sentido de la norma es aplicar el especial efecto agravatorio sobre una pena previamente determinada conforme a las reglas que definen los efectos generales de las circunstancias atenuantes y agravantes (salvo el Art. 69, que necesariamente debe operar al final). Lo propio ocurre en el caso de la regla del Art. 351, inc. 2º, del CPP (v. *infra*, “Comentario previo a los Arts. 74 y 75”, “III. Pluralidad de delitos”).

Menos claro es el tenor literal del Art. 73 para dar cuenta de su sentido; así, por ejemplo, si la referencia hecha por esta disposición a que las rebajas en grado se deben

efectuar a partir del “mínimo” de los “señalados por la ley”, podría sugerir que, en los delitos con marco penal abstracto compuesto de varios grados, debe calcularse la rebaja precisamente a partir del grado mínimo de dicho marco (y no del grado medio de marco, si, por ej., primero se le dio, a una única agravante “ordinaria”, el efecto de excluir precisamente aquel grado mínimo)¹²⁵, debiendo postergarse entonces la aplicación de las reglas que tienden a concretar el marco penal, para el paso siguiente (paso en que la pena quedará acotada al *máximum* del nuevo marco, que necesariamente consta de un solo grado), lo cierto es que aquella referencia pierde toda capacidad de orientar el procedimiento si, junto al Art. 73 concurre, por ej. el Art. 68, inc. 4º, que también contiene una referencia similar, pero competitiva con la anterior: la pena debe elevarse, en este caso, desde el grado “máximo de los designados por la ley”.

En este y en otros casos en los que, del tenor literal de la disposición que establece un especial efecto

¹²⁵ Ese argumento parecen emplear MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 382), para dar aplicación primero, a la regla del Art. 73, que haría perder al juez la facultad de aumentar la pena en un grado (si concurre una pluralidad de agravantes, sin más atenuantes) y después reducirla “debido imperativamente imponer una pena *al menos inferior en un grado a la señalada abstractamente por la ley al delito*” (la cursiva está en el original).

para una determinada circunstancia modificatoria, no se desprenda claramente un orden de aplicación, la *ratio legis* puede aclararlo. Así, en algunos casos, una "circunstancia" de efecto especial agravatorio tiene el claro sentido de asignar a una figura especialmente grave (como en el caso del Art. 400, para las lesiones cometidas por premio o promesa remuneratoria, por medio de veneno o con ensañamiento¹²⁶) una pena distinta ya en primer lugar, para efectos preventivo-generales, si se entiende que la conminación penal (construida precisamente con la pena asignada por la Ley al delito) fundamentalmente tiene finalidades de prevención general. En otros casos, una "circunstancia" de especial efecto atenuatorio, a veces puede tener el sentido de asignar a una figura menos grave (por ej., el tráfico de sustancias

estupefacientes que no tengan los efectos descritos por el inc. 1º del Art. 1º de la Ley N° 20.000, que, conforme al inc. 2º del mismo Art., puede ser castigado con una pena inferior en un grado) una conminación penal moderada, atendida la menor necesidad preventivo general; pero también, otras veces, puede tener el claro sentido de ofrecer el autor que cumpla con sus presupuestos (como en el caso del Art. 142 bis, que permite reducir en uno o dos grados la pena del secuestro o sustracción de menores, cuando se devuelva a la víctima libre de todo daño) un tratamiento sensiblemente privilegiado, a cambio de ello, por razones político-criminales que tienen demasiada importancia para hacer diluir tal privilegio al hacer concurrir la rebaja con otras circunstancias, agravantes. En ambos casos, entonces, lo más

coherente con la *ratio legis* es entender que la "circunstancia" de efecto especial debe ser aplicada primero, para recién después, a partir de la pena asignada a efectos de prevención general o de consideraciones político criminales, hacer intervenir las circunstancias modificatorias que vienen a adecuar la pena al específico nivel de injusto y de culpabilidad del hecho, en concreto¹²⁷.

El mismo tipo de consideraciones materiales (y no el orden en que aparecen en la secuencia de Arts. del CP, como podría pretenderse) debe llevar, en mi opinión, a dar aplicación preferente a las reglas de los Arts. 51 a 54, por sobre otras, como por ejemplo, la del Art. 75, para los concursos *ideales* o *mediales*, o las que disponen o permiten aumentos pena. Y es que en aquellos casos no se trata ni siquiera de ciertas "circunstancias" que simplemente aumenten o disminuyan el contenido de injusto o la culpabilidad, sino prácticamente de figuras distintas (sí, por ej., con CURY, 550. 584, se entiende que el delito frustrado y la

tentativa, por una parte, y la complicidad y el encubrimiento, por la otra, constituyen figuras típicas distintas, constituidas a través de tipos subordinados o complementarios, que se asocian al tipo de autor de delito consumado, para dar tipicidad al hecho), de modo que, sin ser "tipos privilegiados", por la concurrencia de un elemento que disminuya el injusto, prácticamente puede entenderse que son figuras a las que la Ley les señala una pena propia, calculada (antes de considerar cualquier otra circunstancia) mediante las reglas de los Arts. 51 a 54. Y si esto no llegó a ser afirmado al definir el concepto de "pena señalada por la Ley al delito" (*supra*, al tratar sobre él), no había otra razón que no fuera el hecho de que el lenguaje empleado por estos preceptos, formalmente da a entender que la "pena señalada por la Ley al delito" no es la que resulta de esas reglas, sino la que se asigna a la respectiva figura consumada cometida por autor, es decir, la que el Art. 50 ofrece como punto de partida para todos las reglas siguientes, entre ellas, pre-

¹²⁶ Lo que POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PE, 134) también parecen reconocer cuando (en contradicción con el orden de aplicación propuesto, con alcance general, por MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 363), precisamente defienden que el aumento de pena del Art. 400 (aun sin necesidad de considerarlo como constituyendo una figura calificada, lo que en este caso termina siendo una cuestión nominal) debe aplicarse antes que cualquier otra regla de determinación legal o judicial de la pena. En cambio, cuando ETCHEBERRY, III, 125), también considera el aumento de pena como una mera "agravante" (no una calificante) con "particular efecto agravatorio", y a falta de referencia expresa en contrario (a diferencia de lo que sí hacen POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ), entonces hay que entender que también a ella se aplica aquello de que "es necesario aplicar primeramente dichas reglas [las de los Arts. 62 a 68] [...] y después de determinada provisionalmente una pena de conformidad con ellas, considerar las circunstancias modificatorias especiales, haciéndolas producir su efecto propio" (ETCHEBERRY, II, 189-190).

¹²⁷ No se me escapa que estas consideraciones bien podrían constituir razones para materialmente considerar a estas reglas como constitutivas de tipos calificados y privilegiados; pero ya ha quedado claro que esta cuestión termina siendo más bien nominal y clasificatoria, si el efecto relevante (el orden de aplicación de las diversas regla, cuando está en juego la posibilidad de un resultado diverso) queda subordinado a estas razones materiales.

cisamente las que ahora se comentan¹²⁸. El resultado, con todo será el mismo: el efecto establecido por estas reglas debe considerarse antes que cualquier otra, con las trascendentes consecuencias que ello tiene en el resultado final (por ej., el cómplice de un doble homicidio calificado —si se acoge la tesis de que el *concurso ideal homogéneo* cae bajo la regla del Art. 75, v. *infra*, “Comentario al Art. 75”¹²⁹— será castigado con presidio mayor en su grado mínimo, y no con presidio mayor en su grado máximo, como resultaría si se aplicara, en cambio, primero el

Art. 75, y recién después, el Art. 51 —en este caso, la posibilidad de aplicar el Art. 74, como disposición más favorable, resuelve sólo en parte el problema, en la medida que el resultado seguirá siendo más severo que con la primera solución—).

En otros casos, la *ratio legis* exigirá que el orden de aplicación de dos reglas de determinación diversas no altere la debida proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad del autor por el injusto¹³⁰. Y específicamente en los casos en que es aplicable el Art. 73, la atenuante de eximente

¹²⁸ Lo que no obsta, como se señaló al tratar sobre la “pena señalada por la ley al delito”, a la necesidad de entender, materialmente, que, para los efectos de la garantía constitucional de la legalidad de las penas (Art. 19, n° 3, inc. 7°, de la CPR) “la pena señalada por la ley al delito”, para las formas imperfectas de ejecución y las formas de intervención distintas de la autoría, es la que resulta de las rebajas de pena dispuestas por los Arts. 51 a 54 del CP, o, en su caso, la especialmente conminada por la ley en ciertos caso (como en el Art. 498, para la complicidad en las faltas), de modo que, los casos de formas imperfectas de ejecución y de formas de intervención distintas de la autoría, no sujetos expresamente a esas reglas o penas, debe entenderse que no tienen señalada por la ley una pena (v. *infra*, Art. 59).

¹²⁹ Tesis defendida por CURY, 666, (si bien criticando *de lege ferenda* el diverso tratamiento que tendría quien da muerte a las mismas personas mediante acciones sucesivas) y por ETCHEBERRY, II, 121; y rechazada por GARRIDO, II, 453 y por NOVOA, II, 232).

¹³⁰ Así, por ejemplo, por razones de igualdad ante la ley y por exigencias del principio de culpabilidad (en la dimensión del mismo que prohíbe imponer una pena superior a la que corresponde a la culpabilidad por el hecho), la rebaja extraordinaria de un grado establecida por el Art. 21 de la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal del Adolescente debería operar después de la rebaja dispuesta por el Art. 68, inc. 3°, si el tribunal está dispuesto a efectuar la máxima rebaja de pena permitida por la ley por concurrencia de una pluralidad de atenuantes, sin agravantes; así, un adolescente condenado por parricidio con tres atenuantes, sin agravantes, podría llegar a alcanzar el marco penal de 540 días a tres años —Art. 23, 3° tramo—, y no, en cambio, el marco

incompleta tiene el sentido de señalar una drástica reducción del injusto y/o de la culpabilidad, en circunstancias tan excepcionales, que “por poco” no los hicieron desaparecer por completo; de modo que si ese efecto, por regla general (si no concurren otra circunstancias), se calculará desde el grado mínimo, con la consecuencia de que la pena se alejará significativamente del grado máximo del marco original (por ej., en un marco penal compuesto de tres grados, como el del robo con violencia o intimidación, la pena se alejará a lo menos en tres grados del límite superior del marco original), entonces parece contrario al sentido de esa regla tan excepcional, que, por efecto de concurrir una

pluralidad de agravantes de efecto ordinario, la pena no sólo no se salga del marco original hacia abajo, sino que se mantenga, en su caso (para los delitos que, como el del ejemplo, tienen señalada una pena compuesta de tres grados), en el grado máximo de aquél marco, haciendo prácticamente desaparecer el excepcional efecto atenuatorio buscado por el Art. 73. La aplicación del Art. 73, antes que la de la regla de agravación de la pena fundada en la concurrencia de una pluralidad de agravantes de efecto ordinario, resulta en ese caso, entonces, no de una dudosa invocación del principio *pro reo*, sino de que la *ratio legis* sugiere que ese es el sentido de la disposición.

Continuación nota ¹³⁰

penal de 3 años y un día a 5 años —Art. 23, 2° tramo—, que resultaría de la aplicación del Art. 67, inc. 4°, si la rebaja del Art. 21 del CP se considera “antes” que las reglas sobre el efecto de las circunstancias modificatorias, caso en que la pena del adolescente sería de la misma extensión que su co-autor mayor de edad, al que el tribunal también quiera conceder el máximo efecto atenuatorio permitido por la ley en la misma hipótesis, lo que demostraría que no se ha tenido en cuenta la menor culpabilidad del primero. Podría pensarse que esta solución es contradictoria con el primer criterio informador de la *ratio legis* mencionado en el texto principal: los aumentos o rebajas que indican una especial penalidad para figuras privilegiadas o calificadas, a efectos de prevención general, deben operar primero; pero lo cierto es que la rebaja del Art. 21 de la Ley N° 20.084 no puede entenderse como un privilegio asociado a una peculiaridad de las figuras delictivas cometidas por menores de edad, que disminuya la necesidad preventivo-general de pena, sino más bien como una rebaja de pena basada en la menor exigibilidad de otra conducta (y con ello, menor culpabilidad) de los adolescentes, en comparación con la de los mayores de edad, menor exigibilidad que siempre debería traducirse en una menor pena que la correspondería al mayor de edad, si todo lo demás igual se mantuviese igual (por ej. concurrencia de igual número y entidad de atenuantes).

También la *ratio legis* lleva a aplicar a los casos del inc. 1º del Art. 351 del CPP, analógicamente, la misma solución expresamente contemplada por la Ley para los del inc. 2º de dicha disposición, a saber, que el aumento de pena opera recién una vez que se han tomado en cuenta las demás reglas de determinación de la pena (v. *infra*, "Comentario previo a los Arts. 74 y 75", "III. Pluralidad de delitos")¹³¹.

Problemático, en cambio, es el estudio de la *ratio legis* de la agravación del Art. 75, para concluir si debe operar antes o después que las reglas que disponen rebajas especiales (como el Art. 73) o que concretan el marco pena "hacia abajo" (como el Art. 66, inc. 2º, 1ª parte). El problema fue tempranamente tratado por ETCHEBERRY, quien, admitiendo que la Ley no señala el orden de aplicación de ambos tipos de reglas, aprueba la tesis defendida por una decisión de la Corte Suprema de 1951, que entendió, con carácter general, que

primero se aplica el Art. 75 y, luego, las reglas sobre efectos de las circunstancias modificatorias (una atenuante, en el caso planteado), pues si bien "el orden de prelación en el Código parecería dar preferencia a la aplicación de estas últimas reglas [las de los Arts. 65 a 68], para pasar después a la del Art. 75" (argumento que viene a asignar, entonces, al orden de aparición en el Código, un valor *prima facie* para decidir el orden de aplicación de las diversas reglas —lo que ya es dudoso—), en este caso, sin embargo, "la estructura lógica de esta última regla [el Art. 75] exige darle precedencia sobre aquéllas, ya que se fundamenta en la comparación abstracta de las penas señaladas por la Ley para los respectivos delitos concurrentes, y no de las penas impuestas específicamente a los reos de los mismos"¹³², afirmación, una vez más, demasiado general para hacerse cargo de las particularidades de cada conflicto de precedencia, donde, con frecuencia, la decisión de aplicar en primer lugar una regla que "compite" con otra por la

¹³¹ En ese sentido, MATUS, s. n.º de pág., afirmando que el aumento de pena dispuesto por (ambos incisos de) el Art. 351 del CPP debe hacerse a partir de la pena concreta determinada, aplicando las circunstancias que sean del caso, de modo que, no concurriendo circunstancias que modifiquen un marco penal compuesto de dos o más grados, el aumento puede hacerse a partir del grado mínimo de éstos, asumiendo que éste corresponde a la pena determinada.

¹³² ETCHEBERRY, DPJ II, 128-129, comentando la sentencia de la Corte Suprema, en "Fisco contra Vidaurre", RDJ XLVIII, 4-23.

aplicación precedente, justamente va a alterar en alguna medida la forma en que la regla desplazada produce el efecto que la ley, en el caso ideal, le asignaba. Ello quedó claro al presentar el conflicto entre el Art. 68, inc. 4º, y el Art. 73, cada uno de los cuales, en el caso ideal, debía producir su efecto sobre la pena señalada en abstracto por la Ley al delito, elevando o rebajando la pena a partir del máximo o del mínimo, respectivamente, señalado por la Ley al delito; y en este caso, como en el de los conflictos de precedencia que afecten al Art. 75, el problema no se resuelve recordando cómo se supone que una de las reglas en conflicto debía producir su efecto si se la considera de forma aislada (tratándose del Art. 75, comparando el marco penal abstracto señalado por la Ley al delito), sino examinando (a falta de un sentido claro derivado del tenor literal) si de la *ratio legis* de las dos normas que compiten por la aplicación precedente, resulta que es más importante preservar "intacto" el efecto buscado por la Ley para una de ellas que el que se buscaba para la otra. Así, en mi opinión, volviendo al conflicto de precedencia entre las reglas que disponen rebajas especiales o que concretan el marco penal "hacia abajo", por una parte, y la del Art. 75, por la otra, el hecho de que aplicar esta última regla después que las primeras, con cierta frecuencia haga des-

aparecer el efecto de "absorción agravada" del Art. 75, cuando en virtud de ellas un marco penal compuesto (del "delito más grave") termina convertido en uno que consta de un solo grado (de modo que la "pena más grave" será la única pena del marco), se convierte, a primera vista, a lo menos para esos casos, en un argumento teleológico a favor de aplicar primero el Art. 75. Sin embargo, lo cierto es que este efecto de absorción "agravada" desaparece con frecuencia, sin necesidad de que concurren ese tipo de reglas atenuatorias, por simple hecho de que el "delito mayor" tenga señalada una pena que consta de un solo grado, lo que pareciera demostrar que para el legislador (el mismo que conminó una serie de delitos con una pena que consta de un solo grado) el interés en "agrarar" la "absorción" de pena en los casos de concurso *ideal* o *medial*, no es especialmente alto, considerando además que, cada vez que ese único grado lo sea de una pena divisible (lo que será la hipótesis, por lejos, más frecuente), el Art. 69 de todos modos permitirá al tribunal considerar el "segundo delito como parte de la extensión del mal producido por el delito", para que escale a una cuantía más alta dentro del mismo grado (v. *infra*, "Comentario al Art. 69"). En ese contexto, podría parecer más refrendado con la *ratio legis* de las reglas que disponen rebajas de pena de efec-

to excepcional, el que dicho efecto se vea en gran medida frustrado por la aplicación, en primer lugar, de la regla del Art. 75; como ocurriría, por ejemplo, en caso de que quien ha cometido un doble parricidio, sujeto al Art. 75 —es decir, a través del mismo “hecho”— (lo que supone acoger la tesis que defiende la aplicabilidad del Art. 75 al *concurso ideal homogéneo*, v. *infra*, “Comentario al Art. 75”), adolezca de una patología síquica a la que el tribunal considera constitutiva de una eximente incompleta de *imputabilidad disminuida*, por la que pretenda rebajar la pena, por ej., en tres grados, por aplicación de la regla del Art. 73, cuyo efecto se verá sensiblemente reducido si sólo opera después de que el Art. 75 llevó la pena al pre-

sidio perpetuo calificado; y si bien el procedimiento inverso, que rebajaría la pena en tal caso, hasta el presidio mayor en su grado mínimo, también impide “agravar” la absorción de pena del Art. 75, como se dijo, la extensión del mal producido (dos personas, y no sólo una, murieron) podría permitir al tribunal llevar la pena hacia la duración máxima de aquél único grado (5 años de presidio mayor en su grado mínimo). La solución, en todo caso, en la medida que atiende a qué procedimiento optimiza de mejor manera las finalidades de cada regla, dependerá de lo que ocurra con cada una de ellas en cada caso, lo que impide proponer una solución general (que tampoco viene exigida por el tenor literal de ninguna de ellas).

Artículo 51. A los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley para el crimen o simple delito.

COMENTARIO

Jaime Couso

GENERALIDADES SOBRE LOS ARTS. 51 A 54

En estas cuatro primeras reglas, aplicadas sobre el marco pe-

nal señalado por la Ley al delito (consumado y cometido en calidad de autor), los grados imperfectos de ejecución (frustración y tentativa) y ciertas formas de in-

tervención distintas de la autoría —la complicidad (salvo en las hipótesis que, conforme al Art. 15, de todos modos “se consideran” como autoría) y el encubrimiento—, determinan rebajas de pena, acumulables entre sí, que pueden alcanzar hasta 4 grados, todas calculadas desde el grado mínimo del marco penal señalado por la Ley al delito (Art. 61, regla 2ª) o desde la única pena de que conste dicho marco. Este cálculo no ofrece dificultad alguna.

En todo caso, estas reglas sólo rigen para los crímenes y simples delitos, como expresamente lo señalan las disposiciones que las contienen.

Respecto de las faltas, en cambio, las formas imperfectas de ejecución no son punibles (Art. 9º), salvo en el caso excepcional del hurto falta, al que el Art. 498 bis, inc. 2º, señala una pena especial, de modo que hay propiamente tal una regla de determinación de pena que atiende a su forma imperfecta de ejecución.

Por su parte, la complicidad en las faltas, que es punible en virtud del Art. 16, en relación con los Arts. 14 y 15 (si se tiene en cuen-

ta que la expresión “delito” en el encabezado de esta disposición se entiende en el mismo sentido que en el Art. 3º, esto es, abarcando tanto los crímenes y simples delitos, como las faltas), tiene su propia regla de determinación de la pena, en el Art. 498, conforme al cual a los cómplices en las faltas se aplica “una pena que no exceda de la mitad de la que corresponda a los autores”. Esta regla, que al momento de ser formulada en el CP regulaba la determinación únicamente de sanciones pecuniarias, plantea ahora la duda, de si debe ser también aplicable para calcular la pena de los cómplices de hurto falta, una vez que a la pena de multa originalmente señalada para el autor de esta infracción se le añadió como pena copulativa, una pena privativa de libertad, de prisión en su grado mínimo a medio, en el inc. 1º del nuevo Art. 494 bis, introducido por la Ley Nº 19.950, de 5 de junio de 2004. ¿Debe aplicarse la regla que dispone imponer al cómplice una pena que no exceda de la mitad, también ahora, respecto de la nueva privativa de libertad, pese que no fue formulada para este tipo de penas, al punto que ni siquiera está definido en la Ley qué es “la mitad” una pena compuesta de dos grados de una privativa de libertad

temporal?¹³³. En mi opinión, la respuesta negativa deriva ya de una consideración valorativa que se desprende del propio Art. 494 bis, en su inc. 2º: en tal lugar, se señala para el autor de hurto falta frustrada, una pena única de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, y no, en cambio, una pena privativa de libertad atenuada, calculada a partir de la privativa de libertad señalada para el autor del hurto falta consumado. Con la misma razón debe entenderse, entonces, que una forma de aparición del delito —complicidad en la figura consumada— a la que el CP en el Art. 52 da el mismo tratamiento, pues reconoce en ella la misma disminución en el desvalor del hecho, que a la autoría en la figura frustrada, debe tener, no mayor pena, sino, en todo caso, la misma que ésta. Y si el Art. 498 no permite asignarle al cómplice en hurto falta consumada la misma pena de multa que al autor de hurto falta frustrada, sino sólo la mitad de ella, esta inconsistencia valorativa es mucho menor que la que derivaría de tratar dos casos semejantes, uno con pena privativa de libertad y el otro tan sólo con una de multa.

Por lo que respecta al encubrimiento de falta, pese a que también

se le puede entender “nombrado” genéricamente en el Art. 14 (pues la expresión “delito” en el encabezado de esta disposición se entiende en el mismo sentido que en el Art. 3º, esto es, abarcando tanto los crímenes y simples delitos, como las faltas) no es punible, pues ahí no se describe el tipo de encubrimiento, sino en el Art. 17 del CP, que tipifica únicamente el encubrimiento de crimen o simple delito, no de falta, de modo que el Art. 14 del CP, cuya función es meramente clasificatoria, no tiene eficacia respecto de los encubridores de un “especie” de delito: las faltas. Dada la atipicidad de la conducta, es lógico que no haya en el CP para el encubrimiento de falta, una regla de determinación de la pena, similar a la que sí contempla, en cambio (en el Art. 498), para la complicidad en la falta (en el mismo sentido, ya NOVoa, II, 193; v. también CURY, 633).

En todo caso, las reglas establecidas para los Arts. 51 a 54, para las grados imperfectos de ejecución y para la complicidad y el encubrimiento de crímenes y simples delitos, admiten una serie de excepciones en las que la Ley les señala una pena especial o determina de forma especial su efecto atenuatorio (v. *infra*, Art. 55).

¹³³ El concepto de *minimum*, en el Art. 66 tiene otro sentido, que ha tenido que ser definido especialmente por esa disposición.

Artículo 52. A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la Ley para el crimen o simple delito.

Exceptúanse de esta regla los encubridores comprendidos en el número 3º. del artículo 17, en quienes concurra la circunstancia 1ª. del mismo número, a los cuales se impondrá la pena de inhabilitación especial perpetua, si el delincuente encubierto fuere condenado por crimen y la de inhabilitación especial temporal en cualquiera de sus grados, si lo fuere por simple delito.

También se exceptúan los encubridores comprendidos en el número 4º. del mismo artículo 17, a quienes se aplicará la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

COMENTARIO

Jaime Couso

GÉNESIS Y MODIFICACIONES

Tomado de los Arts. 62 y 64 del Código Penal español de 1850 (FUENSALIDA, I, 257), se mantiene prácticamente sin modificaciones, salvo por el hecho de que el inciso 3º, que señala una pena autónoma, no dependiente de la pena del autor, para una determinada hipótesis de encubrimiento, quedó sin aplicación desde que fue sustituido el N° 3º del Art. 17 del CP, por disposición de la Ley N° 19.077, de 28 de agosto de 1991, eliminando la circunstancia aludida en el precepto

que se comenta. Por ello, la modificación posterior del mismo inciso 3º, dispuesta por la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002 (consistente en reemplazar en dicho inciso la expresión “procesado de” por “condenado por”), tampoco tiene afecto alguno. El resultado es que el encubrimiento del N° 3º del Art. 17, que antes de la modificación de 1991 sólo se castigaba bajo las circunstancias excepcionales que ahí se indicaban, y precisamente con la pena autónoma señalada por el inciso 3º de este Art. 52, ahora se castiga bajo cualquier circunstancia en que se

cometa la conducta (de "albergar", "ocultar" o "proporcionar la fuga" "del culpable"), y con una pena dependiente de la del autor (y dos grados inferior a ella), como en las demás hipótesis de encubrimiento.

EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL: ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO PERSONAL

La excepción que, en cambio, mantiene plena vigencia; es la contemplada para el denominado encubrimiento por favorecimiento habitual, que se castiga con una pena autónoma, de presidio menor

en cualquiera de sus grados, lo que ya viene condicionado (con independencia del hecho de que el encubrimiento, en todos los casos, y no sólo en éste, configura un delito específico, cuyo desvalor no depende del desvalor del delito que se encubre) por el simple hecho de que no hay en esta hipótesis un delito determinado a partir de cuya pena pueda calcularse la que corresponderá al encubridor (cfr., en cambio, NOVOA, II, 199, y ETCHEBERRY, II, 178, para quienes sólo la circunstancia de que la Ley les señale pena específica los convierte en un delito autónomo).

Artículo 53. A los cómplices de tentativa de crimen o simple delito y a los encubridores de crimen o simple delito frustrado, se impondrá la pena inferior en tres grados a la que señala la Ley para el crimen o simple delito.

REMISIÓN: v. Art. 51.

Artículo 54. A los encubridores de tentativa de crimen o simple delito, se impondrá la pena inferior en cuatro grados a la señalada para el crimen o simple delito.

REMISIÓN: v. Art. 51.

Artículo 55. Las disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen lugar en los casos en que el

delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley.

BIBLIOGRAFÍA: COUSO, JAIME y MERA, JORGE, "El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala penal de la Corte Suprema. Estudio empírico", en Revista Ius et Praxis, (Vol 13, N° 1, Talca, 2007).

COMENTARIO

Jaime Couso

La disposición advierte, sin necesidad, que constituyen excepciones a lo dispuesto en los Arts. 51 a 54 los casos en que la Ley señala a las formas imperfectas de ejecución, o a la complicidad o encubrimiento, una pena específica, que no se calcula, por tanto, efectuando las rebajas de pena que esas reglas disponen, a partir de la pena señalada para el autor de delito consumado. Fuera de la excepción establecida por el propio Art. 52 (v. *supra*), para el caso del *favorecimiento personal habitual*, algunas de las más importantes son: 1) el Art. 450 del CP, que castiga como consumados, desde que se encuentren en estado de tentativa, el robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación, los robos con violencia o intimidación en las personas y los demás delitos tipi-

ficados en el párrafo 2° del Título IX del Libro II del CP, cuya constitucionalidad ha sido cuestionada por alguna *jurisprudencia* de C. de Apelaciones, pero afirmada por la C. Suprema y el TC (v. COUSO / MERA, 371, 346-347; así como las sentencias del TC, Rol N° 797-07-INA, de 24 de enero de 2008; y Rol N° 825-2007-INA, de 6 de marzo de 2008); y 2) el Art. 18 de la Ley N° 20.000, que sanciona los delitos de tráfico de estupefacientes como consumados "desde que haya principio de ejecución". No constituye, en cambio, una excepción a este precepto, pese a que en ocasiones se le incluye aquí, el Art. 494 bis, inc. 2° (que establece una pena especial para el hurto-falta frustrado), pues el Art. 51 no es aplicable, por definición, a las faltas.

Artículo 56. Las penas divisibles constan de tres grados, mínimo, medio y máximo, cuya extensión se determina en la siguiente:

TABLA DEMOSTRATIVA

Penas	Tiempo que comprende toda la pena	Tiempo de su grado mínimo	Tiempo de su grado medio	Tiempo de su grado máximo
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores.	De cinco años y un día a veinte años.	De cinco años y un día a diez años.	De diez años y un día a quince años.	De quince años y un día a veinte años.
Inhabilitación absoluta y especial temporales.	De tres años y un día a diez años.	De tres años y un día a cinco años.	De cinco años y un día a siete años.	De siete años y un día a diez años.
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores y destierro.	De sesenta y un días a cinco años.	De sesenta y uno a quinientos cuarenta días.	De quinientos cuarenta y un días a tres años.	De tres años y un día a cinco años.
Suspensión de cargo y oficio público y profesión titular.	De sesenta y un días a tres años.	De sesenta y un días a un año.	De un año y un día a dos años.	De dos años y un día a tres años.
Prisión.	De uno a sesenta días.	De uno a veinte días.	De veintiuno a cuarenta días.	De cuarenta y uno a sesenta días.

BIBLIOGRAFÍA: MATUS, Jean Pierre / VAN WEEZEL, Alex: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 323-382.

COMENTARIO

Jaime Couso

La disposición, si bien se refiere a las penas *divisibles*, en realidad regula sólo a un grupo de ellas, a saber, casi todas las penas *temporales* reguladas por el CP (sobre la diferencia entre estos conceptos, cfr., por todos, NOVOA, II, 354 y ss.; ETCHEBERRY, II, 138 y ss., 142), abarcando entonces a las privativas y restrictivas de libertad *mayores*, como *menores*, al destierro, a las penas de inhabilitación y suspensión temporales y a la pena de prisión. La referencia a las penas *divisibles* se explica porque, al modificar la Comisión Redactora, durante la *Revisación*, el Art. 56 (en la Sesión N° 135, v. Actas, p. 240), sustrayendo de la división en tres

grados a las penas de multa y caución (que antes sí estaban incluidas en la "Tabla Demostrativa" contenida por esa disposición aprobada por primera vez en la Sesión N° 19; v. Actas, p. 38), mantuvo la denominación primitiva, pese a que el grupo de penas incluido en la tabla quedó circunscrito a las temporales. Lo importante es que, para los efectos de las reglas establecidas en los Arts. 57 a 69, el concepto de *pena divisible*, entonces, hay que entenderlo referido al de penas temporales, abarcando precisamente las incluidas en la tabla del Art. 56 (en ese sentido MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 336).

Artículo 57. Cada grado de una pena divisible constituye pena distinta.

REMISIÓN: v. supra. "Comentario previo a los Arts. 50 a 69 y 76 a 78", "III. La pena señalada en la Ley como 'marco penal abstracto'".

Artículo 58. En los casos en que la Ley señala una pena compuesta de dos o más distintas, cada una de éstas forma un grado de penalidad, la más leve de ellas el mínimo y la más grave el máximo.

COMENTARIO

Jaime Couso

En lo fundamental, el sentido de esta disposición ya fue explicado (*supra*, "Comentario previo a los Arts. 50 a 69 y 76 a 78", "III. La pena señalada en la Ley como 'marco penal abstracto'"). Aquí sólo cabe aclarar que no constituye un caso de "pena compuesta de dos o más distintas", para los efectos de este precepto, la hipótesis a la que se refiere la regla 4ª del Art. 61, en que la Ley señala al delito diversas penas de forma *copulativa*. En tal hipótesis, entonces, esas diversas penas no forman dos grados de penalidad de un único marco penal, sino que se comportan completamente como dos penas independientes, cada una de las cuales constituye un marco penal abstracto distinto, al que hay que aplicar, en paralelo, las reglas del Art. 61 y, en su caso, las de los Arts. 65 a 68 del CP. Ello se tra-

duce, entonces, como se verá, en que la identificación de la estructura del marco penal señalado por la Ley al delito, para los efectos de decidir a qué reglas, de las establecidas en el Art. 61 y en los Arts. 65 a 68, queda sujeto el tribunal para determinar la pena, debe realizarse, en paralelo, sin considerar a las penas copulativas como diversos "grados de penalidad".

Artículo 59. Para determinar las penas que deben imponerse según los artículos 51, 52, 53 y 54: 1º. a los autores de crimen o simple delito frustrado; 2º. a los autores de tentativa de crimen o simple delito, cómplices de crimen o simple delito frustrado y encubridores de crimen o simple delito consumado; 3º. a los cómplices de tentativa de crimen o simple delito y encubridores de crimen o simple delito frustrado, y 4º. a los encubridores de tentativa de crimen o simple delito, el tribunal tomará por base las siguientes escalas graduales:

ESCALA NÚMERO 1

Grados

- 1º. Presidio perpetuo calificado.
- 2º. Presidio o reclusión perpetuos.
- 3º. Presidio o reclusión mayores en sus grados máximos.
- 4º. Presidio o reclusión mayores en sus grados medios.
- 5º. Presidio o reclusión mayores en sus grados mínimos.
- 6º. Presidio o reclusión menores en sus grados máximos.
- 7º. Presidio o reclusión menores en sus grados medios.
- 8º. Presidio o reclusión menores en sus grados mínimos.
- 9º. Prisión en su grado máximo.
10. Prisión en su grado medio.
11. Prisión en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 2

Grados

- 1º. Relegación perpetua.
- 2º. Relegación mayor en su grado máximo.

- 3º. Relegación mayor en su grado medio.
- 4º. Relegación mayor en su grado mínimo.
- 5º. Relegación menor en su grado máximo.
- 6º. Relegación menor en su grado medio.
- 7º. Relegación menor en su grado mínimo.
- 8º. Destierro en su grado máximo.
- 9º. Destierro en su grado medio.
10. Destierro en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 3

Grados

- 1º. Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados máximos.
- 2º. Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados medios.
- 3º. Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados mínimos.
- 4º. Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados máximos.
- 5º. Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados medios.
- 6º. Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados mínimos.
- 7º. Destierro en su grado máximo.
- 8º. Destierro en su grado medio.
- 9º. Destierro en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 4

Grados

- 1º. Inhabilitación absoluta perpetua.
- 2º. Inhabilitación absoluta temporal en su grado máximo.
- 3º. Inhabilitación absoluta temporal en su grado medio.
- 4º. Inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo.
- 5º. Suspensión en su grado máximo.
- 6º. Suspensión en su grado medio.
- 7º. Suspensión en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 5

Grados

- 1º. Inhabilitación especial perpetua.
- 2º. Inhabilitación especial temporal en su grado máximo.
- 3º. Inhabilitación especial temporal en su grado medio.
- 4º. Inhabilitación especial temporal en su grado mínimo.
- 5º. Suspensión en su grado máximo.
- 6º. Suspensión en su grado medio.
- 7º. Suspensión en su grado mínimo.

BIBLIOGRAFÍA: PICA, René (1992), *Reglas para la aplicación de las penas*, 4ª edición (Editorial Jurídica, Santiago de Chile); MATUS, Jean Pierre / VAN WEEZEL, Alex: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 323-382.

COMENTARIO

Jaime Couso

GÉNESIS Y MODIFICACIONES

La única modificación sufrida por este artículo consiste en la sustitución, en el primer grado de la "ESCALA NÚMERO 1", de la pena de muerte por la de presidio perpetuo calificado (por disposición de la Ley N° 19.734, de 5 de junio de 2001).

ESTRUCTURA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS ESCALAS GRADUALES

Establecidas para definir la forma de efectuar las rebajas correspondientes a grados de ejecución distintos al delito consumado, y

formas de intervención distintas de la autoría, en estas cinco *escalas graduales* se ordena, de mayor a menor gravedad, la casi totalidad de las penas principales (salvo la multa, el comiso y algunas penas principales establecidas por leyes penales especiales), agrupando cada una de ellas, penas de igual naturaleza: la N° 1, penas privativas de libertad; la N° 2 y la N° 3, penas restrictivas de libertad; la N° 4 y la N° 5, penas privativas de otros derechos. En todo caso, aunque no se aparece incluida en el listado de las diversas escalas graduales, la multa se entien- de agregada a todas ellas, como la última pena, según lo dispuesto por

el Art. 60, inc. 1º, y 61, regla 5ª (v., por todos, NOVOA, II, 357; ETCHEBERRY, II, 172-173).

PROBLEMAS QUE PLANTEA LA DISPOSICIÓN:

Desequilibrios que pueden resultar al efectuar rebajas en las escalas graduales

En primer lugar, la doctrina llama la atención, con razón, respecto de algunos desequilibrios que amenazan con producirse en determinadas escalas, en las que una pena inmediatamente inferior en grado a otra sería más gravosa que ella (por ej., la pena inferior en grado a la de relegación menor en su grado mínimo, en la Escala N° 2, es la de destierro en su grado máximo, siendo la duración de la primera, entre 61 y 540 días, y la de la segunda, entre 3 años y un día a 5 años; el ejemplo es de PICA, 13-14), sugiriendo PICA, *ibídem*, que, en tales casos, el tri-

bunal no debería realizar las rebajas dispuestas por la Ley (por ej., para el cómplice) o efectuarla (si es posible) en tres grados, para alcanzar a una de destierro de la misma extensión de la relegación (en el mismo sentido, MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 339-340). **En mi opinión**, sin embargo, la cuestión habría que resolverla caso a caso, siendo aconsejable realizar una consideración similar a la que procede para decidir cuál es la pena más favorable en los casos de aplicación retroactiva de la Ley penal más benigna, si materialmente se ha de respetar el principio de proporcionalidad de las penas con la gravedad del injusto penal culpable cometido¹³⁴.

Omisión de una mención a los cómplices de crimen o simple delito consumado

Aunque el asunto se suele pasar por alto, ya FUENSALIDA I, 273, advirtió sobre la omisión en que

¹³⁴ Así, por ejemplo, al cómplice de unas lesiones menos graves inferidas a una persona constituida en autoridad pública (Art. 401 del CP) bien puede resultarle en concreto menos afflictiva una pena de 4 años de destierro de la localidad en que se cometió el delito, que no sea su lugar de origen ni aquél donde cuenta con arraigo personal y social, que una pena (impuesta al autor) de 300 días de relegación (si el tribunal escoge aplicar la relegación en lugar del presidio —siendo que la ley señala ambas como penas alternativas—) en una localidad completamente alejada de aquel lugar (si, en ambos casos, se supone la presencia de una atenuante y ninguna agravante, y que los afectados no reúnen los requisitos para acceder a las medidas de la Ley N° 18.216).

incurre el numeral 1º del Art. 59, al dejar de mencionar al cómplice del crimen o simple delito frustrado, omisión que, infiere, se habría cometido “en la impresión del código”, pues “en actas los encontramos comprendidos en el núm. 1.º conjuntamente con los reos de delito frustrado, como deber ser” (lo que efectivamente, consta en Actas, 243, al revisar el texto aprobado en la Sesión N° 136, durante la Revisación). Y si nunca se ha planteado en términos de dudas sobre la regla que corresponde aplicar, ello ya resulta **en mi opinión**, de la relación entre el Art. 51 (que dispone la rebaja en un grado también para este caso) y (despejando cualquier duda) el Art. 61, reglas 1ª y 2ª (que aclara el modo en que deben efectuarse las rebajas de grado dispuestas por la ley, también para el cómplice de delito consumado, según la estructura del marco penal establecido para el autor de delito consumado; pudiendo invocarse, a mayor abundamiento, el Art. 77 del CP aclara que las rebajas de pena dispuestas por la Ley se realizan, en general, aplicando las penas inferiores en el número de grados que corresponda, dentro de las respectivas escalas graduales del Art. 59). Es interesante, en todo caso, destacar que, el defecto de publicación (si sólo es tal) del Art. 59 se traduce en que la pena se-

ñalada por la Ley al delito, para los efectos del Art. 19, N° 3, inc. 7º, de la CPR, resulta, no del Art. 59, sino de la relación entre el Art. 51 y el Art. 61, reglas 1ª y 2ª (y, a mayor abundamiento, el Art. 77). Lo apuntado no tiene un interés puramente analítico (de *lógica deóntica*), sino, por comparación con este caso, tiene un interés práctico para otros en que no es aplicable esta relación de preceptos, como se apreciará a continuación.

Rebajas de pena cuando la Ley señala una no comprendida en las escalas graduales

Un segundo problema, sobre el cual llaman la atención MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 340, aludiendo a FUENSALIDA, se presentaría cuando haya que aplicar a una pena especial, no incluida en las escalas del Art. 59, los aumentos o rebajas dispuestos por la Ley (piénsese, por ejemplo, en las formas imperfectas de ejecución, o en los casos en que concurren una pluralidad de agravantes, sin atenuantes, o, a la inversa, una pluralidad de atenuantes, sin agravantes). En estos casos, dado que la pena que debería servir de base para el cálculo de aumentos o rebajas no aparece dentro de las escalas del Art. 59, ni tiene señalada una regla especial (como la contem-

plada por el Art. 494 bis, inc. 2º, que regula la pena de multa a imponer al hurto-falta frustrado, o el Art. 498, que regula la forma de calcular la pena del cómplice de falta castigada con multa), MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 340, llamando la atención sobre el hecho de que la proliferación de penas especiales (por ej., la cancelación de la nacionalización, la privación temporal o definitiva de la licencia de conducir, el trabajo sin remuneración, etc.) hace necesario abrir la discusión sobre el problema, entienden que “la rebaja no podrá hacerse sino a la pena de multa correspondiente”, por aplicación analógica “a favor del reo” de las reglas dadas para las penas que sí están comprendidas en las escalas (Art. 60, inc. 1º), y que, en cambio, cualquier aumento de pena, no regulado especialmente por la Ley que estableció la pena especial, sencillamente no podrá efectuarse, pues, en tal caso, la aplicación analógica de aquellas reglas sería “contra reo”. **En mi opinión**, siendo correcto el criterio propuesto por los autores, en el sentido de rechazar cualquier aplicación analógica de las normas que regulan la forma de efectuar aumentos de penas incluidas en el Art. 59, a penas especiales no incluidas en dicha disposición, no lo es, en cambio, la afirmación indiferenciada de que, respecto de

este tipo de penas especiales, toda rebaja de pena debe conducir a la de multa. En efecto, cuando se trata de las rebajas asociadas a las formas imperfectas de ejecución o a la intervención en calidad de cómplice o encubridor, que en realidad representan figuras típicas distintas de los respectivos tipos de autor consumados, esa solución llevaría a imponer una pena (la multa) que, para los efectos de la garantía constitucional de la legalidad de las penas (Art. 19, N° 3º, inc. 7º, de la CPR), no ha sido señalada por la Ley al delito (la respectiva figura frustrada, tentada, de complicidad o encubrimiento), de modo que, en tales casos, en lugar de castigar con la pena de multa, sencillamente corresponde dejar la conducta impune (y el Art. 77, inc. 3º no puede entenderse como una regla que señale la pena correspondiente a estos casos, pues su campo de aplicación, definido por el inc. 1º de la misma disposición, sigue siendo el de las penas contempladas en las respectivas *escalas graduales*; lo propio puede decirse del Art. 61, regla 5ª). Así lo confirma la **jurisprudencia** de la Corte Suprema; en efecto ésa es, en esencia, la *ratio decidendi* en la que la Corte Suprema se basó (en su sentencia Rol N° 5.990-04, de 20 de abril de 2005, N° ID LegalPublishing: 40265), cuando afirmó que, pese a

ser "indudable que la intención del legislador, en cuanto estableció el artículo 494 bis del Código Penal fue de castigar de manera más severa el delito falta de hurto y [...] sancionar la falta frustrada y la tentativa, que por regla general son conductas atípicas, [...] lo cierto es que no estableció de forma precisa y clara la sanción correlativa a esos tipos de comisión del ilícito, que en lo general importan penas inferiores al delito consumado, como se aprecia del tenor de los artículos 51 y 52 del Código Penal, normas que sólo reciben aplicación tratándose de los crímenes y simples delitos y, por consecuencia, no cabe aplicar por analogía a las faltas", de modo que "no ha satisfecho el principio bási-

co, constitucional y legal de contener legalmente la pena que sería del caso aplicar". Otra cosa ocurre, en cambio, con rebajas asociadas, no a figuras típicas diversas de la que ha sido conminada con pena especial, sino, por ejemplo, a la concurrencia de una pluralidad de atenuantes, sin agravantes. En tal caso, siendo aplicable, por ej., la regla del Art. 67 (si la pena especial es *divisible*, como en el caso de la privación temporal de la licencia de conducir), la rebaja en grado dispuesta por ella sólo es eficaz recurriendo analógicamente al Art. 60, inc. 1º, que efectivamente conduce a aplicar la pena de multa, como, con razón, lo entienden MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 340.

Artículo 60. La multa se considera como la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales.

Para fijar su cuantía respectiva se adoptará la base establecida en el artículo 25, y en cuanto a su aplicación a cada caso especial se observará lo que prescribe el artículo 70.

El producto de las multas, ya sea que se impongan por sentencia o que resulten de un Decreto que conmuta alguna pena, ingresará en una cuenta fiscal, especial, contra la cual sólo podrá girar el Ministerio de Justicia, para alguno de los siguientes fines, y en conformidad al Reglamento que para tal efecto dictará el Presidente de la República:

1º. Creación, instalación y mantenimiento de establecimientos penales y de reeducación de antisociales;

2º. Creación de Tribunales e instalación, mantenimiento y desarrollo de los servicios judiciales, y

3º. Mantenimiento de los Servicios del Patronato Nacional de Reos.

La misma regla señalada en el inciso anterior, se aplicará respecto a las cauciones que se hagan efectivas, de los dineros que caigan en comiso y del producto de la enajenación en subasta pública de las demás especies decomisadas, la cual se deberá efectuar por la Dirección de Aprovisionamiento del Estado.

Las disposiciones de los dos incisos anteriores no son aplicables a las multas señaladas en el artículo 483 b.

El producto de las multas, cauciones y comisos derivados de faltas y contravenciones, se aplicará a fondos de la Municipalidad correspondiente al territorio donde se cometió el delito que se castiga.

COMENTARIO

Jaime Couso

El artículo original se refería sólo a las multas y constaba de tres incisos, los dos primeros corresponden a los actuales y fueron aprobados sin discusión en la sesión 134, de 9 de mayo de 1873 (Actas, 237). El tercero corresponde aproximadamente al inciso final actual, pero con modificaciones importantes. Había sido aprobado en la sesión 169, de 3 de octubre, con una regla que luego desaparecería para la división de las multas en caso de cometerse varios delitos en distintos territorios (Actas, 306). Posteriormente, mediante Ley N° 11.625, de 4 de octubre de 1954, se agregaron los actuales incisos tercero a sexto. Por último, mediante la Ley N° 17.155, de 11 de junio de 1969, se introdujo en el inciso tercero la referencia al Reglamento a dictar por el Presidente de la República.

Que la multa se considere la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales, viene luego ratificado por el inciso tercero del Art. 77, contex-

to en el cual se abordarán algunos detalles técnicos asociados a esta solución legal (véase Comentario al Art. 77). Para determinar la cuantía en esos casos en que la multa resulta pena aplicable sólo por ausencia de pena inferior en grado en la respectiva escala gradual y, consecuentemente, la Ley no ha previsto un rango para ella, la Ley se remite al Art. 25 para fijar la "base" o marco, de donde se sigue que se remite específicamente a los rangos ideales previstos en el inciso sexto de dicho artículo, los que en este caso no son mera exhortación al legislador, sino regla vinculante para el tribunal. Para la individualización judicial de la multa se remite luego al Art. 70 (véase Comentario al Art. 70).

Los incisos tercero y sexto son de carácter estrictamente administrativos y señalan el destino que debe darse a las multas: cuenta fiscal especial contra la que sólo puede girar el Ministerio de Justicia para fines propios del sector, de acuerdo con el actual Decreto N° 1.810, de 26 de septiembre de 1969, del Ministerio de Justicia; o bien a fondos municipales en el caso de las multas provenientes de faltas y contravenciones.

En lo que concierne al comiso, la regla del inciso cuarto, que hace

aplicable el mismo destino para las sumas decomisadas y al producto de las subastas públicas de especies decomisadas, ha sido superada por lo previsto en el Art. 469 CPP, conforme al cual esos fondos se destinan a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, sin perjuicio de reglas especiales en el mismo precepto (respecto de delitos de pornografía infantil) o en otros cuerpos legales, como el Art. 46 de la Ley N° 20.000. Consecuentemente, la regla rige todavía sólo para las cauciones que se hagan efectivas (véase Comentario al Art. 46), si bien puede discutirse si no es posible, por especialidad, que siga rigiendo también respecto del comiso asociado a faltas, en los términos del inciso sexto.

Debe tenerse presente, además, la excepción prevista por el propio Art. 60 en su inciso quinto, respecto de las multas señaladas en el Art. 483 b, esto es, las que corresponden a los comerciantes responsables del delito de incendio, cuyo importe "se mantendrá en una cuenta especial a la orden de la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, la cual anualmente la distribuirá proporcionalmente entre los distintos Cuerpos de Bomberos en el país".

Artículo 61. La designación de las penas que corresponde aplicar en los diversos casos a que se refiere el artículo 59, se hará con sujeción a las siguientes reglas:

1ª. Si la pena señalada al delito es una indivisible o un solo grado de otra divisible, corresponde a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado la inmediatamente inferior en grado.

Para determinar las que deben aplicarse a los demás responsables relacionados en el artículo 59, se bajará sucesivamente un grado en la escala correspondiente respecto de los comprendidos en cada uno de sus números, siguiendo el orden que en ese artículo se establece.

2ª. Cuando la pena que se señala al delito consta de dos o más grados, sea que los compongan dos penas indivisibles, diversos grados de penas divisibles o bien una o dos indivisibles y uno o más grados de otra divisible, a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado corresponde la inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la ley.

Para determinar las que deben aplicarse a los demás responsables se observará lo prescrito en la regla anterior.

3ª. Si se designan para un delito penas alternativas, sea que se hallen comprendidas en la misma escala o en dos o más distintas, no estará obligado el tribunal a imponer a todos los responsables las de la misma naturaleza.

4ª. Cuando se señalan al delito copulativamente penas comprendidas en distintas escalas o se agrega la multa a las de la misma escala, se aplicarán unas y otras con sujeción a las reglas 1ª y 2ª, a todos los responsables; pero cuando una de dichas penas se impone al autor de crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás, no se hará extensiva a éstos.

5ª. Si al poner en práctica las reglas precedentes no resultare pena que imponer por falta de grados inferiores o por no ser aplicables las de inhabilitación o suspensión, se impondrá siempre la multa.

APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS REGLAS ANTERIORES

REGLAS	Pena señalada al crimen o simple delito.	Pena de los autores de crimen o simple delito frustrado y cómplices de crimen o simple delito consumado.	Pena de los autores de tentativa de crimen o simple delito, cómplices de crimen o simple delito frustrado y encubridores de crimen o simple delito consumado.	Pena de los cómplices de tentativa de crimen o simple delito y encubridores de crimen o simple delito frustrado.	Pena de los encubridores tentativa de crimen o simple delito.
1ª.	Relegación perpetua	Relegación mayor en su grado máximo.	Relegación mayor en su grado medio.	Relegación mayor en su grado mínimo.	Relegación menor en su grado máximo.
2ª. En el caso de pena Compuesta de 2 grados.	Presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.	Presidio mayor en su grado medio.	Presidio mayor en su grado mínimo.	Presidio menor en su grado máximo.	Presidio menor en su grado medio.
2ª. En el caso de pena Compuesta de 3 grados.	Inhabilitación absoluta temporal en su grado medio a inhabilitación absoluta perpetua.	Inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo.	Suspensión en su grado máximo.	Suspensión en su grado medio.	Suspensión en su grado mínimo.
2ª. En el caso de pena Compuesta de 4 o más grados.	Reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado máximo.	Reclusión menor en su grado medio.	Reclusión menor en su grado mínimo.	Prisión en su grado máximo.	Prisión en su grado medio.
3ª.	Presidio mayor en su grado medio o confinamiento mayor en su grado máximo.	Presidio mayor en su grado mínimo.	Presidio menor en su grado máximo.	Confinamiento menor en su grado máximo.	Presidio menor en su grado mínimo.
4ª.	Reclusión mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua y multa.	Reclusión menor en su grado máximo y multa de máximo y multa de veinte sueldos vitales.*	Reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal en su grado medio y multa de diez sueldos vitales.*	Reclusión menor en su grado mínimo y multa de cuatro sueldos vitales.*	Prisión en su grado máximo, suspensión en su grado máximo y multa de dos y medio sueldos vitales.*
5ª.	Suspensión en sus grados medios a máximo.	Suspensión en su grado mínimo.	Multa de cuatro sueldos vitales.*	Multa de dos sueldos vitales.*	Multa de un sueldo vital.*

* El Art. 1º de la Ley Nº 19.450, publicada el 18.03.1996, dispuso la sustitución de las escalas de multas establecidas en sueldos vitales, por otras expresadas en unidades tributarias mensuales o fracción de unidad tributaria mensual, de la forma que señala.

BIBLIOGRAFÍA: MATUS, Jean Pierre / VAN WEEZEL, Alex: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 323-382.

COMENTARIO

Jaime Couso

ÁMBITO DE APLICACIÓN PROPIO Y APLICACIÓN ANALÓGICA A LOS CASOS DEL ART. 77

La disposición viene a aclarar la forma en que deben efectuarse las rebajas en grado dispuestas por los Arts. 51 a 55 del CP (para los diversos grados de ejecución y formas de intervención), dentro de las escalas establecidas por el Art. 59, según la diversa estructura del marco penal establecido para el autor de crimen o simple delito consumado. Con todo, también serían aplicables estas mismas reglas, por analogía (MATUS / VAN WEEZEL, 344, consideran, en cambio, que es por aplicación indirecta), para los casos en que la Ley disponga rebajas especiales, fundadas en otras consideraciones (por ejemplo, para la rebaja en dos grados establecida por el Art. 111 del CP para la conspiración para cometer crímenes contra la seguridad exterior y soberanía del Estado), rebajas que, por disposición del Art. 77 del CP, que es una regla de alcance general, también deben efectuarse dentro de las escalas del Art. 59, si bien no se indica ahí (en el Art. 77) cómo deben efectuarse cuando, por ejemplo, el marco pe-

nal original está compuesto de dos o más penas (como es el caso de la pena señalada en el Art. 107 del CP, a la que también se aplica la rebaja dispuesta por el Art. 111). En tales casos, se justifica la aplicación analógica, por ejemplo, de la regla 2ª del Art. 61, a favor del réo, descartando una rebaja que consista en la construcción de un nuevo marco penal con tantas penas como el marco original, en cada caso inferiores en dos grados (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio), y practicándose, en lugar de ello, una rebaja que parta del límite inferior del marco original (llegando a presidio menor en su grado máximo).

REGLA 1ª

La aplicación de la regla 1ª, establecida para marcos compuestos de una sola pena (o grado de penalidad) no ofrece dificultades.

REGLA 2ª

La regla 2ª, establecida para marcos compuestos de dos o más penas (o grados de penalidad) tampoco ofrece mayores dificultades.

Sólo cabe notar la eventual desproporción (apuntada ya por FUENSALIDA, I, 280, y por DEL RIO, II, 340; v. también, actualmente, MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 344), entre la pena que podría llegar a imponerse al autor (por ej., la superior dentro de un marco compuesto por tres penas) y al cómplice (la inferior en grado al mínimo de los señalados por la Ley para el autor), respectivamente.

REGLA 3ª

La regla 3ª resuelve la forma de efectuar las rebajas cuando el marco considera penas *alternativas* y, en el respectivo delito, hay pluralidad de intervinientes, dejando en claro que el tribunal no tiene por qué escoger la misma pena alternativa para cada interviniente. En este caso, la labor de individualización judicial de la pena no queda sujeta a regla expresa alguna, cobrando importancia la definición de los principios que deben guiar dicha labor, entre ellos, junto a los fines y límites de la pena, desde luego, principios constitucionales, como la prohibición de discriminación arbitraria. Esta consideración es relevante si se toma en consideración que el criterio tenido en cuenta por la Comisión Redactora, al eliminar (en la Sesión N° 136, durante la Revisación; v. Actas, 244)

la exigencia inicialmente aprobada de que el tribunal aplicase la misma pena a todos los responsables, consistió en que “conviene más no estrechar al juez [...] y permitirle, por el contrario, que aplique a cada responsable el castigo más conforme a su índole i antedecentes”, lo que, en la cultura jurídica de las décadas inmediatamente siguientes a la promulgación del CP, era entendido precisamente como un llamado a ajustar la elección de la pena a la clase social del condenado (como lo revela el comentario de FERNÁNDEZ, I, 182, quien, tras aprobar la flexibilidad ofrecida por la regla al tribunal, acota que “[a]un cuando en Chile no hai clases privilegiadas, no es posible prescindir de las diferentes capas sociales que en realidad existen, porque se corre el peligro de romper la proporcionalidad que debe existir entre el delito i la pena”). Lo dicho vale, ciertamente, no sólo para las rebajas hechas a los marcos penales con penas alternativas, sino para la elección misma de la pena a aplicar cuando no procedan tales rebajas.

REGLA 4ª

La primera parte de esta regla 4ª dispone que la determinación de las diversas penas señaladas *copulativamente* por la Ley para un mismo delito, que estén comprendidas

en distintas escalas graduales, debe realizarse de forma separada para cada una de ellas (v. MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 345), y que el mismo procedimiento debe seguirse si a una pena de cualquiera de las escalas, se agrega la multa.

La segunda parte de la misma regla dispone que, en caso de que haya una pluralidad de intervinientes en un delito conminado con penas *copulativas*, una de las cuales sólo sea aplicable a quienes reúnan ciertas circunstancias peculiares, como la calidad de empleado público, entonces dicha pena sólo debe aplicarse precisamente a aquel interviniente (no necesariamente un “autor”, según GARRIDO, II, 321, pese a que el texto de la regla 4ª pareciera referirse sólo a él¹³⁵) en quien concurra esta circunstancia. Si, con la doctrina casi unánime (v. *supra*, Art. 14), se entiende que en los delitos especiales impropios, los *extraneus* (aquellos

en quienes no concurre la “circunstancia peculiar”) simplemente no están conminados por la(s) pena(s) del marco penal de la figura especial, sino por la(s) de la figura básica¹³⁶, entonces la aplicación de esta regla 4ª a esos delitos sencillamente no viene al caso (v., sin embargo, precisamente ejemplificando con delitos especiales impropios, NOVOA, II, 359 –privación de libertad ilegal–; MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 345 –malversación de caudales públicos–). En cambio, la regla sí vendría al caso para los *delitos especiales propios* (como la prevaricación de los jueces), si se entiende, con la doctrina, aún mayoritaria (cfr. *supra*, Art. 14), que los partícipes *extraneus* responden por estos delitos, de modo que las penas con que ellos están conminados también les son aplicables (rebajadas, en su caso, si el delito especial además constituye –como normalmente será el caso– un *delito de infracción de deber*, pues,

¹³⁵ En todo caso, si el ámbito de aplicación de la regla es sólo el de los delitos especiales propios, y la pena sólo es aplicable al *intraneus*, entonces, para todos los casos relevantes, que también constituyen *delitos de infracción de deber*, los *intraneus* especialmente obligados, serán autores.

¹³⁶ Y, desde luego, no están conminados con las penas copulativamente impuestas a sujetos activos especialmente cualificados por disposiciones que consideren a esa cualidad como una agravante, como ocurre con la calidad de ascendiente, guardador, maestro, etc., en los delitos sexuales (cfr., sin embargo, ya FUENSALIDA, I, 283, citando erradamente ese caso, como un ejemplo de pena que, recién gracias a la regla 4ª del Art. 61 quedaría excluida para los no cualificados).

entonces, el *extraneus* normalmente será sólo cómplice). En tales casos, entonces, la regla tendría un efecto práctico: las penas de inhabilitación o suspensión, que típicamente acompañan de forma copulativa a las privativas de libertad en el marco penal de los *delitos especiales propios*, no se extienden a los *extraneus*, a quienes sólo se aplicarían las segundas¹³⁷.

En relación con las penas accesorias, FUENSALIDA, I, 283, destaca que considerarlas copulativamente conminadas con las penas principales, aplicándoles las rebajas de los Arts. 51 a 54, conduciría a resultados muy diversos de los que se alcanzan si, en tanto penas accesorias, su extensión recién se determina una vez fijada la pena principal, en atención a la duración de ésta, y termina inclinándose, en definitiva, por este segundo tratamiento, por razones sistemáticas (recientemente, MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 346, llegan a la misma conclusión).

REGLA 5ª

La regla 5ª, por una parte, repite lo dispuesto por el Art. 60,

inc. 1º, del CP: la multa se considerará, a falta de grados inferiores en la respectiva escala gradual, la pena que sigue "hacia abajo" a la última de cada escala. Pero, por otra parte, en la segunda hipótesis ("por no ser aplicables las [penas] de inhabilitación o suspensión" (ibídi., p. 346) erige a la pena de multa en una pena sustituta a la de inhabilitación o suspensión, sin especificar en qué hipótesis ello ocurriría. Para MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 346, la regla 5ª parece estar refiriéndose al caso, consignado en la regla anterior, de un interviniente en quien no concurre la "circunstancia peculiar" a la que la Ley asocia una pena impuesta de forma copulativa con otra, interpretación que, **en mi opinión**, si se aplica a los *delitos especiales impropios* es muy problemática, pues se termina conminando al *extraneus* con una nueva pena sustituta de una que nunca ha les sido conminada, pero que no tiene nada de problemática si se entiende que la regla 4ª se refiere únicamente al caso de los delitos especiales *impropios*, y se entiende que, en este tipo de delitos, a los *extraneus* sí se les dirige la

¹³⁷ Esta interpretación del ámbito de aplicación de la regla 4ª del Art. 61 vendría a convertirse, por lo demás, en un argumento (más bien colateral, para una interpretación *sistemática*) a favor de la punibilidad de los *extraneus* en los *delitos especiales propios*.

conminación penal. Para FUENSALIDA, I, 285, en cambio, la pena de multa se establece aquí como una pena sustituta de penas de inhabilitación o suspensión efectivamente conminadas (lo que, sin embargo, él parece entender que ocurre con cualquier interviniente, sin atender a la diferencia entre sujetos cualificados y no cualificados), pero cuya aplicación efectiva puede frustrarse por tratarse de "participantes [...] [que] no tengan la ciudadanía activa ni cargos, empleos, oficios o profesiones de que puedan ser inhabilitados o suspensos".

CUADRO DE APLICACIÓN PRÁCTICA

A propósito del cuadro incorporado por el CP a continuación

del Art. 61, MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 345-346, 376, destacan, con razón, que la rebaja proporcional que se realiza a las penas de multa, en atención a las formas imperfectas de ejecución y la intervención en calidad de cómplice o encubridor, sólo constituye un ejemplo (como, por lo demás, se desprende de lo expresamente señalado por la Comisión Redactora al aprobar el cuadro, en la Sesión 136, durante la Revisación, el 13 de mayo de 1873; v. Actas, 245), pues la determinación de esas penas tiene sus propios criterios, y no queda sujeta a reglas rígidas como las que presiden la rebaja en grado de las penas temporales de las escalas del Art. 59 (v. *supra*, Art. 60).

CÓDIGO PENAL COMENTADO

LIBRO PRIMERO (ARTS. 1º A 105)
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTORES
JAIME COUSO - HÉCTOR HERNÁNDEZ

AUTORES
MIGUEL CILLERO
JAIME COUSO
HÉCTOR HERNÁNDEZ
JORGE MERA

 **AbeledoPerrot®**
LegalPublishing Chile

 **udp**
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

programa
de derecho
penal
facultad de derecho

Artículo 62. Las circunstancias atenuantes o agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes.

BIBLIOGRAFIA: GUZMÁN DALBORA, José Luis: "Comentario a los Artículos 93 a 105", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 433-487; MAÑALICH, Juan Pablo (2010), "¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?", en AAVV, *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009* (Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública), Nº 7, octubre de 2010; MATUS, Jean Pierre / VAN WEEZEL, Alex: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 323-382; RUDNICK, Carolina (2007): *La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación judicial de la pena* (Santiago, LexisNexis); VAN WEEZEL, Alex (1997), "Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena", en *Revista Chilena de Derecho*, año 1997, Vol. 24 Nº 3.

COMENTARIO

Jaime Couso

LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS EN EL MODELO CLÁSICO SEGUIDO POR EL CP Y PERSPECTIVAS DE MODIFICACIÓN

Como se indicó en su momento (v. *supra*, "Comentario previo a los Arts. 50 a 69 y 76 a 78", I), los "orígenes clásicos" del CP (a los que alude CURY, 760) se expresan de forma característica en su sistema de determinación de penas, que une, a la fijación de marcos penales con mínimos y máximos, para cada delito, un conjunto de reglas orientadas a vincular fuertemente al tribunal a la Ley en la consideración de las circunstancias que llevan a alterar o concretar dichos marcos, sin perjuicio de entregarle un cierto (reducido) margen para individualizar la pena.

Si bien este modelo "clásico" de determinación de penas, en el derecho comparado ha sido sustituido, en general, hace ya bastante tiempo por regímenes más flexibles, que establecen más bien criterios rectores, en lugar de reglas rígidas (v. ya NOVOA, II, 347 y ss.), seguramente el hecho de que, en el intertanto, haya surgido una tendencia a volver a una mayor limitación del arbitrio judicial, en

aras de la igualdad ante la Ley (MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 347), puede explicar que cuando en Chile, más o menos recientemente, ha existido ocasión para revisar el sistema de determinación de penas, se ha preferido mantener, en lo esencial, el modelo que regula con cierta fijeza el efecto de las "circunstancias modificatorias" sobre los marcos penales determinados por la Ley para cada delito (v., por ej., el Art. 47 del *Anteproyecto* de CP de 2005).

EFFECTOS DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES. MAYOR PESO DE LAS ATENUANTES QUE LAS AGRAVANTES

El Art. 62 enuncia, de modo impreciso, el efecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal en el proceso de determinación de la pena. En efecto, al examinar los Arts. 65 y ss., se comprueba que su efecto ordinario no siempre consiste propiamente en "disminuir" o "aumentar" la pena. Si los Arts. 63 y 64 deciden cuándo, y respecto de qué intervinientes, esas circunstancias pueden ser siquiera tenidas en cuenta (con independencia de cuál será, luego, su efecto

específico), las reglas de los Arts. 65 y ss. asignan a las circunstancias atenuantes y agravantes efectos de diversa naturaleza en el proceso de determinación de la pena. Algunas reglas tienen por efecto alterar el marco penal abstracto señalado por la Ley al delito, rebajando o aumentando la pena (por ej., las que regulan el efecto de una pluralidad de atenuantes, sin agravantes, en los Arts. 65 a 68; pero también, las reglas que, en el CP o en leyes especiales, conceden a una circunstancia modificatoria efectos extraordinarios); otras vienen a concretar dicho marco (sin "aumentar" ni "disminuir" la pena), excluyendo algunos grados de penalidad del marco penal abstracto (Art. 68, inc. 2º), o determinando que la pena se fije dentro de una mitad (el *máximum* o el *mínimum*) de un grado de una pena divisible (Art. 67, inc. 2º); y, por último, ciertas reglas determinan la pena concreta (Art. 66, inc. 2º) o guían al tribunal en la fijación de la duración o cuantía exacta de pena (Arts. 69 y 70) que deba imponerse, dentro del marco penal fijado por la Ley (*abstracto*) o resultante de las reglas anteriores (*concreto*) (en general, sobre esas reglas, y su calificación como reglas de *determinación legal* o de *individualización judicial* de la pena, v. *supra*, "Comentario previo a los Arts. 50 a 69 y 76 a 78").

Aunque no constituye una "regla general" propiamente, sino un principio interpretativo inferido de algunas reglas particulares, al examinar los efectos que la Ley asigna a las atenuantes y agravantes, se puede observar con claridad que los de las primeras son más intensos que los de las segundas (v. CURY, 765; en el mismo sentido, VAN WEEZEL, 1997, 487 y ss.; MAÑALICH, 48), lo que tendrá importancia, entre otras materias, al efectuar la *compensación racional* de unas y otras (v. *infra*, Art. 66).

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE EFECTOS ORDINARIOS Y DE EFECTOS EXTRAORDINARIOS

Como se verá (*infra*, Arts. 65 a 68) las circunstancias modificatorias a las que la Ley señala un efecto *extraordinario* (como las de los Arts. 72, 73, 400, 449, entre otros) deben considerarse, en general, de forma separada respecto de las que tienen un efecto ordinario (regulado por los Arts. 65 a 68). Ello nada dice sobre si el efecto de las primeras deba operar *antes* o *después* que el de las segundas (lo de que depende de una serie de consideraciones; v. *supra*, Art. 50, "III. Orden de aplicación..."); sólo quiere decir que las diversas reglas sobre los efectos *ordinarios* de las circunstancias modificatorias, que obli-

gan a examinar cuántas circunstancias concurren y de qué tipos son (si atenuantes o agravantes), se aplican, en principio, sin tener en cuenta a las circunstancias de efectos extraordinarios, que producen su propio efecto, en otra instancia (sea *antes* o *después* que el de aquéllas).

Sin embargo, en a lo menos tres situaciones, los absurdos a los que conduciría esta máxima, obligan a efectuar una interpretación teleológica y sistemática, que sí permita considerar conjuntamente circunstancias *ordinarias* y *extraordinarias*. Una primera situación (identificada por RUDNICK, 450), que será examinada con mayor detenimiento más abajo (*infra*, Art. 66), se refiere a los casos en que concurren una circunstancia de efecto ordinario con una de efecto extraordinario de signo opuesto (por ej., atenuante *ordinaria* con agravante *extraordinaria*), pero cuyo efecto es facultativo para el tribunal, como el aumento de pena en un grado asociado a la presencia de la agravante especial del Art. 447, N° 2°, caso en que, si el tribunal decide no ejercer dicha facultad, la máxima de separación total entre unas y otras, que se opondría a su compensación racional, podría privar de toda eficacia a la circunstancia de efecto extraordinario, lo que, como se verá, conduce a resultados siste-

máticamente absurdos, que justamente hay que evitar permitiendo compensar racionalmente a ambas circunstancias. Una segunda situación sistemáticamente absurda se produce si una agravante de efecto extraordinario facultativo, consistente en la elevación de la pena en un grado (por ej., la misma agravante especial del Art. 447, inc. 2°), y a la que el tribunal decide no dejar producir tal efecto, no puede considerarse conjuntamente con una agravante de efecto ordinario con la que concurre, para elevar la pena en grado (en aplicación del Art. 67, inc. 5°), caso en que, paradójicamente, el tribunal, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, puede imponer la pena dentro del grado original, en su *máximum*, o puede decidir elevarla en un grado, pero en este caso debe imponerla necesariamente dentro del *máximum* del nuevo grado de penalidad, quedándole vedado el *minimum* de ese nuevo grado de penalidad, lo que es una restricción absurda de las facultades de individualización judicial de la pena, que precisamente hay que evitar permitiendo considerar conjuntamente a ambas agravantes, para darles el efecto "ordinario" (en realidad parece otro tipo de efecto "extraordinario" alternativo al del Art. 447, inc. 2°), contemplado por el Art. 67, inc. 5°. Por último, en

una tercera situación, una interpretación teleológica debe llevar a una conclusión similar incluso respecto de las circunstancias atenuantes de efecto extraordinario que no sea de carácter facultativo, cuando su consideración separada respecto de una circunstancia atenuante de efecto ordinario puede privar de su eficacia a las reglas sobre el efecto (también "extraordinario" en cierto sentido) de una pluralidad de circunstancias atenuantes de *ordinarias*, sin concurrencia de agravantes; así lo reconoce una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que decidió valorar conjuntamente, en un determinado caso, la atenuante *extraordinaria* de minoría de edad, del Art. 72 (derogada por la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal del Adolescente, que estableció una rebaja similar en su Art. 21), con la atenuante *ordinaria* de "irreprochable conducta anterior", para dar a esa dupla de atenuantes el efecto del Art. 68, inc. 3°, pues "de no interpretarse así, resultaría más favorable al reo tener dos atenuantes comunes y no una de esta clase y otra tan calificada que de por sí rebajaría la pena en

un grado"¹³⁸ (sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de marzo de 1970, RCP, XXIX, N° 1, enero-abril, pp. 53-54, citada por RUDNICK, 448-449).

Finalmente, y si bien no es, propiamente, una circunstancia del delito, cabe destacar en este lugar que una "circunstancia" a que la Ley atribuye "efectos extraordinarios", la llamada media prescripción (v. Art. 103), tiene un peculiar efecto sobre las atenuantes y agravantes que pudieren haber concurrido en el hecho, a saber, que, su especial efecto atenuatorio (una rebaja obligatoria de pena, según GUZMÁN DALBORA, Comentario, 484, como consecuencia de que el hecho se supone revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante) "excluye cualquier proceso de calificación de las circunstancias modificatorias por parte del juez" (MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 370, refiriéndose a las circunstancias propiamente concurrentes en el hecho), lo que tiene especial importancia para las agravantes, que son "aniquiladas" por el efecto de la media prescripción (GUZMÁN DALBORA, Comentario, 484).

¹³⁸ En efecto, dos atenuantes comunes, por efecto del Art. 68, inc. 3°, pueden llevar a una rebaja de hasta tres grados, mientras que una atenuante extraordinaria, como la antigua atenuante de minoría de edad del Art. 72, reduce la pena en un grado, y la atenuante *ordinaria* que resta sólo tendría el efecto de forzar imponer la pena en su *minimum*.

Artículo 63. No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.

BIBLIOGRAFÍA: MATUS, Jean Pierre / VAN WEEZEL, Alex: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 323-382.

COMENTARIO

Jaime Couso

ALCANCE. PROHIBICIÓN DE DOBLE VALORACIÓN

Como lo destacan MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 350, esta disposición representa la "principal fuente positiva de la llamada **prohibición de doble valoración**, que es un corolario del principio *non bis in idem*", conforme al cual el tribunal no puede tomar en cuenta, para determinar la pena, circunstancias agravantes que ya están consideradas por el legislador al tipificar la conducta, o que "afectan a todos los delitos de la misma naturaleza" y que, con el carácter de una regla de interpretación e integración analógica de alcance general, también

se traduce, por ej., en la prohibición de que un solo hecho dé lugar a dos o más circunstancias modificatorias diversas (MATUS / VAN WEEZEL, 350¹³⁹, citando en este último sentido una sentencia de la Corte Suprema, de 19 de octubre de 1993, en RDJ 1992:229; los autores extienden, además, el principio también a las atenuantes, citando, en tal sentido, una sentencia de la C. de Chillán, de 3 de mayo de 1955, en GT 1944-1, 43-238).

Sin perjuicio de ese alcance más general que puede desprenderse de esta disposición, a continuación se examinan los casos expresamente regulados por ella.

¹³⁹ La negrilla y la cursiva están en el original.

AGRAVANTES QUE "POR SÍ MISMAS CONSTITUYEN UN DELITO ESPECIALMENTE PENADO POR LA LEY"

Fuera del caso más comúnmente citado por la doctrina, el de la circunstancia 14^a, 2^a parte, del Art. 12 —cometer el delito después de haber quebrantado la condena—, que siempre constituye un delito especialmente penado por la Ley en el Art. 90 del CP, de modo que nunca podrá tener efecto como agravante (cfr., por todos, CURY, 765; de otra opinión, en principio, NOVOA, II, 80, si bien en p. 369 coincide en el resultado —lo que suele ser pasado por alto, cuando se cita su opinión— de que la circunstancia 14^a del Art. 12 "no producirá el efecto de aumentar la pena para el que ha recibido una pena especialmente señalada por la ley, conforme a las reglas del Art. 90, por quebrantamiento de condena, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 63 del C. Penal"), la disposición también tiene eficacia para prohibir la doble valoración típicamente, por ej., de las circunstancias: 3^a —cometer el delito por medio de incendio, estragos, etc.— que, precisamente serían constitutivas de tales delitos (conclusión que, según observa NOVOA, II, 99-100, es tan evidente, que la regla es innecesaria, incluso errónea, pues en tal caso sólo se verifican los dos

delitos que entran en concurso, y no la agravante); 4^a —"aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males [...]"— cuando estos males precisamente constituyan un delito en sí mismos; 9^a —emplear medios o hacer concurrir circunstancias que añadan ignominia al hecho— cuando con ello se incurra ya en el delito de injurias (v. CURY, 765); 19^a —ejecutar el hecho por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado— cuando con ello se cometa precisamente el delito de daños o de violación de morada (ETCHEBERRY, II, 179); y 14^a, primera parte —cometer el delito mientras se cumple una condena— cuando, en las situaciones de los inc. 2^o y 3^o del Art. 91, la regulación vaya más allá de la mera determinación del orden en que se cumplirán las penas por el anterior y el nuevo delito, traducéndose en una verdadera exasperación de la pena correspondiente al delito que se encontraba cumpliendo (en ese sentido, MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 351).

En la **jurisprudencia** reciente, un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción (Rol N° 197-2007, de 6 de julio de 2007, Ministerio Público con Yimy Harry Valenzuela Villegas; Cristian Wladimir PARRA SOTO, N° ID LegalPublishing: 36709) confirma la tesis de que

la circunstancia 14ª, 2ª parte, del Art. 12 —cometer el delito después de haber quebrantado la condena— no puede agravar la pena del delito cometido tras el quebrantamiento, en la medida que el quebrantamiento constituye un delito especialmente penado por la ley. El mismo fallo admite, en cambio, la posibilidad de agravar la pena por la circunstancia 14ª, primera parte —cometer el delito mientras se cumple una condena— al condenado que vuelve a delinquir en esa circunstancia, sin haber incurrido en quebrantamiento de la condena que cumplía, pues en tal caso la circunstancia no constituye un delito especialmente penado por la ley. También pretende subsumir en esta hipótesis de aplicación del Art. 63, la Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol N° 922-2007, de 28 de septiembre de 2007 [nulidad penal], N° ID LegalPublishing: 37346) la situación que se da cuando la circunstancia de que las lesiones se cometan en el contexto de violencia intrafamiliar obliga a considerar como “lesiones menos graves” (del Art. 399) a unas que “clínicamente” cabría considerar como “leves” (del Art. 494, N° 5º), lo que justamente excluye la posibilidad de volver a tomarla en cuenta como agravante especial del Art. 400 (en mi opinión, en realidad la situación sería más bien encuadrable en la si-

guiente hipótesis de aplicación del Art. 63: la de las agravantes que la Ley “haya expresado al describirlo y penarlo [al delito]”, sin perjuicio de que todavía es una cuestión discutible el presupuesto de todo el razonamiento: que hay ciertas lesiones que “clínicamente” deben considerarse leves y que, sólo por el contexto de violencia intrafamiliar se transforman en menos graves; cfr., sin embargo, en ese sentido, POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PE, 120 y, sobre la discusión, más en general, cfr. GARRIDO, III, 168 y ss.).

En los casos a que alude esta primera hipótesis de aplicación del Art. 63, desaparecido el efecto agravatorio que la circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal excluida habría tenido sobre un determinado delito, este delito entra en concurso con el delito constituido por dicha circunstancia. La decisión de qué tipo de concurso se presenta se debe adoptar conforme a las reglas generales (v. *infra*, Arts. 74 y 75, y “Comentario previo a los Arts. 74 y 75”). Con todo, cuando la relación entre ambos delitos se resuelve a través de un *concurso aparente de leyes penales por consunción*, podría objetarse que no viene al caso la regla del Art. 63, pues, de tomarse en cuenta la circunstancia agravante, no se la estaría valoran-

do dos veces (como delito y como agravante), sino una sola vez (como agravante), y que, en esa medida, esa circunstancia, bajo las circunstancias que conducen a resolver un concurso de leyes por *consunción*, no constituiría “un delito especialmente penado por la ley” en el caso concreto; sin embargo, ese no será el caso si, en la determinación de pena del delito que absorbe al otro, se tiene en cuenta el desvalor de este último, especialmente al aplicar el Art. 69 (o en su caso, el Art. 70).

AGRAVANTES QUE LA LEY HAYA EXPRESADO AL DESCRIBIR Y PENAR EL DELITO

Esta hipótesis se da, característicamente, en los tipos complejos (robo con fuerza, por escalamiento, por ej., del Art. 440 del CP), calificados (*parricidio*, del Art. 390; *homicidio alevoso*, del Art. 391, N° 1º, *circunstancia primera*) o *agravados* (acción de impedir el ejercicio de un culto, agravada por cometerse en un “lugar destinado a él”, en el Art. 139, N° 1º) que incluyen en su descripción una referencia a modalidades de comisión relativamente más circunstanciada que los tipos más simples de la Parte Especial (como el hurto, el homicidio simple o la figura básica del Art. 138), algunas de las cuales justamente coin-

ciden con las modalidades que han sido elevadas a la categoría de agravantes genéricas, por el Art. 12.

En el caso de las figuras calificadas que consideran una pluralidad de hipótesis calificantes, bajo la estructura de un *delito*, la prohibición de doble valoración incluso se extiende a las circunstancias calificantes que quedan como “residuo” (por ej., el actuar “por premio o promesa remuneratoria”, en el homicidio), luego de que otra calificante ya ha fundamentado la existencia de la figura calificada (por ej., la *alevosía*), de modo que no cabe dar a la primera el efecto de una agravante genérica, a efectos del Art. 68, para determinar en concreto la pena por el delito de homicidio calificado (así, ya POLITOFF / GRISOLÍA / BUSTOS, 115; v. también, por todos, ETCHEBERRY, II, 180 y III, 53).

AGRAVANTES DE TAL MANERA INHERENTES AL DELITO QUE SIN LA CONCURRENCIA DE ELLAS NO PUEDE COMETERSE

Según ETCHEBERRY, la inherencia puede derivar, ya sea de la estructura misma del delito que necesariamente supone la presencia de la circunstancia, como la apropiación indebida que no puede cometerse sin abuso de confianza (ETCHEBERRY, II, 180) o el infanticidio que no podría sino

ser alevoso (CURY, 766), ya del hecho que “las particulares circunstancias del hecho hacen imposible la comisión del delito sin la circunstancia en cuestión”, como en el homicidio de un niño de pocos meses de edad, que tampoco puede cometerse sin alevosía (ETCHEBERRY, loc. cit.; CURY, loc. cit.; lo que, **en mi opinión, es discutible**, pues es perfectamente imaginable una alevosía consistente en alejar deliberadamente del niño a quienes lo custodian y protegen, para así obrar sobre seguro¹⁴⁰).

En la jurisprudencia, la Corte Suprema ha reconocido la inherencia de una circunstancia agravante (la del inc. 2° del Art. 450) consistente en un medio de comisión —el uso de armas— que, bajo las circunstancias particulares, precisamente fue necesario para configurar el delito como un robo con intimidación (en sentencia Rol N° 6582-2010, de fecha 25 de octubre de 2010, Ministerio Público, y otro con Jonathan Mauricio Figueroa Figueroa y otros, N° ID LegalPublishing: 46884: “el uso de armas [...] en este caso concreto, ha permitido encuadrar el comporta-

miento antijurídico de los hechos en el tipo penal de robo con violencia e intimidación en las personas, con las consecuencias que tal subsunción acarrea en la entidad de la pena [...] en consecuencia, no puede valorarse esa circunstancia fáctica determinante para la adecuación típica de los hechos y por tanto, inherente al delito establecido por segunda vez y ahora para agravar la pena correspondiente [...]”) (en el mismo sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1559-2006, de 21 de febrero de 2007, Felipe Retamales Jiménez y otros con Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso [nulidad penal], N° ID LegalPublishing: 35967, corte que, en cambio, en la sentencia Rol N° 631-2007, de 17 de enero de 2008, Ministerio Público con Esteban Massry Astudillo; Pablo Maturana Vargas; Luis Gutiérrez Pereira; Luis Bustamante Soto; Pablo García Aravena [nulidad penal], N° ID LegalPublishing: 38241, niega al inherencia del porte de armas en el delito de secuestro, en la medida que para su mantención en el tiempo no es necesario dicho porte). La propia Corte Suprema también

¹⁴⁰ Por cierto, lo propio es imaginable en el caso del infanticidio, pero la agravante-calificante de alevosía de todos modos sería ineficaz, en atención a que el privilegio establecido para el infanticidio precisamente viene a desplazando las figuras calificadas de parricidio y homicidio calificado (v. *infra*, “Comentario previo a los Arts. 74 y 75”, sobre el concursus aparente de leyes y el *principio de alternatividad*).

ha afirmado la inherencia de la agravante especial del inc. 4° del N° 4 del Art. 97 del Código Tributario —uso malicioso de facturas u otros documentos falsos— en la comisión de los delitos tributarios de los incs. 1° (declaración maliciosamente incompleta o falsa, que pueda inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponde) y 2° (maniobras maliciosas tendientes a aumentar el verdadero monto de los créditos) del N° 4 del Art. 97 del mismo Código (en sentencia de casación en el fondo, Rol N° 7222-2008, de 20 de octubre de 2009, N° ID LegalPublishing: 42674, dando por reproducido en respectivo considerando de la sentencia recurrida, de la Corte de Apelaciones de Santiago).

En cambio, la Corte Suprema ha rechazado la inherencia de la circunstancia agravante de pluralidad de malhechores, del Artículo 456 bis, N° 3, en el delito de robo con intimidación y violencia en las personas, en un caso en que la defensa reclamaba que dicha circunstancia, en el caso concreto, era precisamente necesaria para intimidar (sentencia Rol N° 9607-2009, de fecha 25 de agosto de 2010, N° ID LegalPublishing: 45568, con una argumentación que, en principio, ya abandona el análisis de la inherencia bajo las circunstancias particulares —“no es

posible sostener que la pluralidad de sujetos activos en esta clase de injustos sea de tal forma inherente que sin ella no pueda realizarse la conducta abusiva [...] es perfectamente dable la existencia del injusto con la confluencia singular o plural, tanto de ofendidos como de victimarios”— si bien, casi *obiter dictum*, deja abierta la puerta a la consideración de circunstancias particulares en que la pluralidad podría ser inherente a la intimidación: “[d]e otro lado, es dable acotar que la calificante del delito no fue esta circunstancia sino el que los sujetos activos golpearan a la víctima para vencer su resistencia, luego de ser intimidada con un envase de spray que portaba uno de los agresores”, dando a entender que si el delito se hubiese calificado —como robo con intimidación— precisamente en atención a que la pluralidad de malhechores sirvió para intimidar, la conclusión podría ser diferente, lo que sería más consistente con la decisión de la misma Corte Suprema, recién citada, que reconoció la inherencia del uso de armas, circunstancia que tampoco es inherente en abstracto —cabe intimidar de otras formas—, sino en concreto, cuando ésa fue la forma de intimidar; cfr. también la sentencia de nulidad de la Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 281-2007, de 9 de agosto de 2007, N° ID LegalPublishing

36985, que niega la inherencia de la pluralidad de malhechores en un robo por sorpresa porque "que sea inherente al ilícito se refiere que la conducta típica misma no pueda cometerse sin él; mas no que la manera concreta de comisión elegida por los hechos requiera ese elemento [...] de lo contrario la pluralidad de malhechores caería como agravante en la mayoría de los casos; así, por ejemplo, si en un robo con intimidación la coacción moral consiste precisamente en la participación de varios sujetos, lo que demuestra a la víctima la imposibilidad de toda defensa, esa pluralidad no podría considerarse como agravante", razonamiento, este último, tanto menos atendible si se recuerda que la pluralidad de malhechores es una circunstancia agravante para los hurtos y robos, en general, y no precisamente para los robos con violencia e intimidación en las personas, a los que, de todos modos, la tesis contraría todavía dejaría un margen de aplicación cuando, la mayor indefensión provocada por tal circunstancia, se suma a otro medio que constituya la violencia o intimidación, como parece sugerir la sentencia de la Corte Suprema, recién citada). También ha negado la Corte Suprema la inherencia de la agravante 7ª del Art. 12, de abuso de confianza, en la comisión de una violación de una menor de 4 años

de edad (en sentencia de casación, Rol N° 164-2006, de 6 de marzo de 2007, N° ID LegalPublishing: 36127, validando la decisión, en el mismo sentido, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, que, en cambio, sí reconoció la inherencia, en el mismo hecho, de la agravante 6ª del Art. 12, de abuso de la superioridad de fuerzas del delincuente).

Por último, en la jurisprudencia más antigua también se ha reconocido la inherencia de una circunstancia agravante, en las particulares circunstancias en que se ha cometido el hecho, incluso tratándose de circunstancias agravantes basadas en características personales del agente (como "ser reincidente") o de circunstancias que, en parte, se basan en cualidades personales y, en parte, en actitudes subjetivas (como abusar el funcionario de una empresa de la confianza que se le dispensaba) (v. la sentencia de la Corte Suprema, de 4 de noviembre de 1957, en RDJ 1957: 493, citada por MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 353, y la jurisprudencia reseñada por ETCHEBERRY, DPJ II, 202), tesis a la que se opone CURY, 766-767, pues estas agravantes expresan, necesariamente, la voluntad clara de la Ley de darles eficacia, aun cuando quien reúne esas cualidades no pueda sino cometer el delito con ellas (como el reincidente).

Artículo 64. Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren.

Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

BIBLIOGRAFÍA: CURY, Enrique (1988), *Derecho Penal. Parte General* (tomos I y II), 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (cit.: Cury, 2º ed.); GRISOLIA, Francisco (1976): "La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude", en RCP, (tomo XXXIV, N° 1, 1976); MATUS, Jean Pierre / VAN WEEZEL, Alex: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 323-382; VAN WEEZEL, Alex (2007), *Delitos tributarios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2007.

COMENTARIO

Jaime Couso

OBJETO Y ALCANCE DE LAS REGLAS

El objeto directo de las reglas establecidas por esta disposición es la determinación de las condiciones bajo las cuales las circunstancias modificatorias atenúan o agravan la responsabilidad de los diversos intervinientes en un delito. Y si bien es debatida la cuestión de a qué circunstancias se aplican tales reglas, lo es menos la explicación del efecto de cada una de ellas, en los casos en que sean aplicables: las circunstancias "subjetivas" o "personales" sólo deben considerarse en la determinación

de la pena de aquellos intervinientes que tengan las calidades, la disposición moral o las especiales relaciones con el ofendido, exigidas, en cada caso, por el respectivo tipo penal (efecto que, en materia de relación entre autor y partícipes, se suele denominar "incomunicabilidad" de las circunstancias personales, v. Art. 14); mientras que las circunstancias "objetivas" o "reales" deben considerarse en la determinación de la pena de todos los intervinientes, a condición de que hayan tenido conocimiento de que el hecho se ejecutaba bajo esas circunstancias. Aun

así, sobre este segundo efecto sí se ha discutido si basta con el conocimiento, o si se requiere, además, del elemento volitivo del dolo: para CURY, 501, es necesario que el interviniente conozca y, además, quiera la concurrencia de la circunstancia; mientras que para MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 358, el Art. 64 sólo exige **conocimiento** por parte del interviniente, si bien dicho conocimiento que debe probarse positivamente ("si no se prueba positivamente [...] que el interviniente tuvo conocimiento de la circunstancia que se le pretende imputar, tal circunstancia no puede surtir efecto en su contra", siguiendo en este punto a NOVOA, II, 103), lo que no parece regir respecto de "intensificaciones de resultado" que constituyan circunstancias agravantes (como cometer el hecho en la morada del ofendido o mediante fractura de lugar cerrado), caso en que para estos autores bastaría la *previsibilidad* de tal circunstancia (MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 358, citando un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 11 de octubre de 1957, en RDJ 1957: 454, tesis que no parece conciliable con el tenor literal del Art. 64, inc. 2º, que exige, para comunicar tales circunstancias, que los partícipes "tuvieren conocimiento de ellas antes o

en el momento [...] de su cooperación para el delito").

En todo caso, sin perjuicio de su objeto directo de regulación, al Art. 64 (inc. 2º) se le reconoce un alcance mayor, apreciándose en él una exigencia jurídico-positiva del elemento intelectual (conocimiento) del dolo, de carácter general, esto es, extensible a todos los elementos del tipo penal, y no únicamente respecto de las "circunstancias" atenuantes y agravantes (así lo entiende CURY, 309, *a fortiori*, aplicando la exigencia de conocimiento, establecida en el inc. 2º, a elementos del tipo que no consisten en "circunstancias"), lo que a su vez lleva a conceder relevancia al error de tipo.

CONCEPTO DE "CIRCUNSTANCIAS" Y SU EXTENSIÓN

En la actualidad parece ser dominante la opinión de que las reglas establecidas en el Art. 64 se aplican tanto a las atenuantes y agravantes, por una parte, como a las privilegiadas y calificantes, por la otra (coinciden en que unas y otras son "circunstancias", CURY, 646-647¹⁴¹; ETCHEBERRY, II, 83; POLITOFF / GRI-

SOLÍA / BUSTOS, 100, y, desarrollando ese planteamiento en otro contexto, GRISOLÍA, 37, n. 86, cit. por CURY, 2º ed., II, 232 n. 45; coinciden en el resultado MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 355, si bien entienden que ello deriva de una aplicación "analógica", no directa, del Art. 64 a las calificantes y privilegiadas; en cambio, para GARRIDO, II, 431-433, derechamente las calificantes y privilegiadas no son "circunstancias" y quedan fuera de la regla del Art. 64, planteamiento materialmente coincidente en este punto con el que sostuviera NOVOA, II, 211 y ss.). Consecuentemente con ello, la opinión dominante considera, por ej., como una "circunstancia" (personal) sujeta a la regla de comunicabilidad, al parentesco en el parricidio (en contra, GARRIDO, III, 84-85, para quien no es circunstancia sino elemento de una figura típica autónoma; para ETCHEBERRY, III, 68, en cambio, del hecho que el parricidio sea una figura autónoma, no se sigue que el parentesco deje de ser una "circunstancia", como lo era para la Comisión Redactora, al referirse al caso del error en la persona, del Art. 1º, inc. 3º, en la

Sesión N° 116, de la Revisación, v. Actas, 212). También serían incommunicables, por ello, ciertas circunstancias (calificantes) especiales, como la calidad de funcionario público en los delitos especiales impropios, aunque la **jurisprudencia** está dividida sobre este punto (v. MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 357; cfr. también, recientemente, la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° N° 2321-2007, de 19 de mayo de 2008 [casación en el fondo], Fisco de Chile y otros con Carlos Cruz Lorenzen y otros, N° ID LegalPublishing: 38917, dictada en una conocida causa con implicancias políticas para la coalición entonces gobernante, en la que la Segunda Sala se pronunció, en decisión dividida de tres votos contra dos, a favor de la comunicabilidad de las circunstancias personales, en los delitos especiales impropios, en éste caso, un *fraude al fisco*, del Art. 239; tesis rechazada por algunas decisiones de Cortes de apelaciones, como la sentencia de apelación de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 3235-2003, de 12 de septiembre de 2007, N° ID LegalPublishing: 38107, que rechaza la comunicabi-

Continuación nota ¹⁴¹

el caso de los "delitos especiales propios" - no se fundaba en un argumento de texto que pretendiese que tales cualidades cupiesen dentro del concepto de "circunstancias", sino en una aplicación del Art. 64 *a fortiori* (tesis que abandonó con posterioridad, v. CURY, 647).

¹⁴¹ En cambio, en CURY, 2ª ed. II, 232), su argumentación a favor de la incommunicabilidad de "las cualidades personales que determinan la punibilidad misma de la conducta" -en

lidad de la calidad de empleado público, en el delito de fraude al fisco, castigando al *extraneus* por estafa).

En cambio, según la opinión todavía dominante en la doctrina, la regla del Art. 64 no se extendería a las circunstancias (o "elementos") que no se limitan a "agravar" o "atenuar" la responsabilidad penal, sino que fundamentan la punibilidad del delito (CURY, 647; ET-CHEBERRY, II, 83-84; coinciden en el resultado MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 355, para quienes en este caso no se justifica la aplicación analógica de la regla, sin embargo, en 357, al listar las circunstancias "que consisten en relaciones particulares del delincuente con el ofendido" incluyen –sin mencionar la circunstancia– "los delitos asociados a infracciones de deberes específicos, y especialmente los delitos de *propia mano*, p. ej., el perjurio (Art. 210) y la prevaricación (Art. 223)", implicando con ello que la calidad de persona que declara bajo juramento o promesa y la de juez serían incommunicables¹⁴²; también defienden,

consecuentemente con su punto de vista inicial, la comunicabilidad de estos elementos, GARRIDO, II, 432-433; y NOVOA, II, 211 y ss.). En la **jurisprudencia**, el mismo criterio sostiene, por ej., la Corte de Apelaciones de Santiago (en la sentencia de apelación Rol N° 23.015, de 28 de octubre de 2005, Consejo de Defensa del Estado con Rosa Ximena Salas Wenzel; Alfredo Ernesto González Leiva; Hugo Salas Wenzel; Mauricio Francisco Tocornal Riesco, N° ID LegalPublishing: 35897), afirmando la comunicabilidad de la calidad especial requerida por los *delitos especiales propios*, en este caso, el delito de negociación incompatible (Art. 240).

ATENUANTES Y AGRAVANTES PERSONALES/SUBJETIVAS Y REALES/OBJETIVAS

La aplicación de una u otra regla del Art. 64 depende de la naturaleza subjetiva/personal u objetiva/real de la respectiva circunstancia atenuante y agravante. Un análisis caso a caso no corresponde en este lugar, pero sí una referencia general

¹⁴² Coincidiendo con esta segunda postura, POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 424-425, defienden la comunicabilidad de la cualidad especial en los delitos especiales propios, como la prevaricación; en cambio, coincidiendo con la primera afirmación del texto principal, parece acoger la tesis de la incommunicabilidad en los delitos especiales propios –si bien en un pasaje sólo destinado a "resumir la discusión" sobre el asunto en Chile–, VAN WEEZEL, 2007, 114 y ss.

a los problemas que suelen tratarse al hacer ese análisis.

En primer lugar, según doctrina mayoritaria, no existen atenuantes reales, sino sólo agravantes reales. Según CURY, la atenuante de eximente incompleta es personal o "subjetiva" incluso si se trata de una justificante incompleta, pues éstas disminuyen la culpabilidad (v. CURY, 475). En contra de esa opinión se manifiesta NOVOA, ya porque hay circunstancias referidas a hechos anteriores o posteriores al momento de comisión, de modo que mal podrían afectar la culpabilidad, pero también porque algunas circunstancias, como eximente incompleta de legítima defensa propia (en que hubo provocación suficiente o en que el medio empleado no era racionalmente necesario) o de terceros (en que concurrían motivos ilegítimos), sí se fundarían en una justificación incompleta (coincide, en este punto, GARRIDO, I, 187 y n. 7, si bien sin llegar a deducir de ello –por lo menos, no explícitamente– que las justificantes incompletas sean circunstancias objetivas, comunicables), lo que les confiere una naturaleza objetiva, y las

hace comunicables a quienes tuvieron conocimiento de ellas, conforme al Art. 64 del CP (NOVOA, II, 102, 14, 17). **En mi opinión**, es perfectamente plausible que en una causal de justificación en la que falta un requisito objetivo pueda apreciarse una disminución del injusto del hecho, que deba ser considerada como una atenuante objetiva, para todo interviniente que tuviere conocimiento de tal circunstancia; tal sería el caso de quien entrega el arma, constitutiva de un medio que racionalmente no era necesario (por existir otro menos perjudicial), para que el agredido se defienda en contra de una agresión ilegítima, no provocada (en cambio en el caso del tercero que entrega el arma con que se defiende quien provocó suficientemente la agresión, en lugar de una complicidad con responsabilidad atenuada, debe apreciarse una legítima defensa de terceros plena, si quien entrega el arma no ha participado de la provocación, tal como se desprende del tenor literal del N° 5° del Art. 10 –aplicable también a los casos del numeral 6°–: "en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor"¹⁴³; lo

¹⁴³ Lo que demostraría que la antijuridicidad o justificación no depende sólo del desvalor/valor de resultado –que es igual para quien se defiende como para el tercero– sino también del desvalor/valor de acción –que podría ser distinto: uno se defiende injustamente por haber provocado la agresión, el otro defiende a un tercero de forma justificada, no habiendo participado de la provocación–.

propio podría decirse de quien presta el arma a quien defiende a un tercero impulsado por motivos ilegítimos, si aquél, a diferencia del defensor, no actúa impulsado por ese tipo de motivos).

En segundo lugar, a las discrepancias referidas a la naturaleza personal o real de determinadas circunstancias, se añade la cuestión de si hay algunas que puedan calificarse de "mixtas" o "subjetivas-objetivas" (en ese sentido, ETCHEBERRY, II, 43; GARRIDO, I, 207, ambos asignando ese carácter, tanto al *ensañamiento* como a la *alevosía*; en contra, CURY, 518, sosteniendo, en la práctica, que una circunstancia que tenga elementos objetivos y subjetivos —como la *alevosía*— debe ser tratada como *subjetiva*), así como la del tratamiento que les debería corresponder (si acaso quedan sujetas a la regla de las circunstancias subjetivas/personales o si a la de las objetivas/reales, es algo que no llega a plantearse por quienes reconocen esta tercera categoría). En mi opinión, de lo que se trata para la regla del Art. 64, inc. 2º, es que no se impute a un interviniente que no tiene relación particular con el ofendido, la disposición de ánimo, o la calidad personal, que concurren en otro, las consecuencias agravatorias de la pena que la

Ley asocia a las mismas, con independencia de si esas circunstancias sólo tienen existencia en la psique del autor (como podría ser la *premeditación*) o si, como suele ocurrir, consisten en una especial relación subjetiva del autor (típicamente, el hecho de que se motivó a actuar especialmente por ello) con un objeto real, que existe fuera de la psique del autor (por ej., la seguridad que objetivamente le proporcionan las condiciones en que decide actuar, o la confianza que realmente la víctima le tiene, o el carácter público que detenta); de modo que en todos esos casos, la solución de la incomunicabilidad es la que mejor se compadece con la *ratio legis*, lo que se logra, del mismo modo, si se entiende que es *subjetiva* o *personal* toda circunstancia que, siquiera en parte, conste de un elemento subjetivo especial (que vaya más allá del dolo) (como parece ser el planteamiento de CURY, si se toma el ejemplo de la *alevosía*), o si se entiende que, siendo en tal caso de naturaleza *mixta*, también se aplica la regla de la incomunicabilidad a las circunstancias que precisamente pueden calificarse de tales (como podrían concluirlo ETCHEBERRY y GARRIDO, si se decidiesen por dar ese tratamiento a las circunstancias *mixtas* —como la *alevosía* y *ensañamiento*—).

Artículo 65. Cuando la Ley señala una sola pena indivisible, la aplicará el tribunal sin consideración a las circunstancias agravantes que concurren en el hecho. Pero si hay dos o más circunstancias atenuantes y no concurre ninguna agravante, podrá aplicar la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados.

BIBLIOGRAFÍA: MAÑALICH, Juan Pablo (2005), "Determinación de pena", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2; MAÑALICH, Juan Pablo (2010), "¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?", en AAVV, *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009* (Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública), N° 7, octubre de 2010; MATUS, Jean Pierre / VAN WEEZEL, Alex: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLTOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 323-382.

COMENTARIO

Jaime Couso

GÉNESIS Y MODIFICACIONES

La disposición fue tomada del CP español, con una importante innovación: a diferencia de éste, que no reconocía efecto alguno a las circunstancias atenuantes o agravantes que concudiesen en el hecho cuando la pena señalada por la Ley consistía en una sola indivisible, el CP chileno permitió la rebaja en un grado para el caso de concurrir "dos o más circunstancias atenuantes o una muy calificada" (FUENSALIDA, I, 296 y ss., críticamente, por considerar preferible, atendida la gravedad de los pocos delitos que eran castigados con una sola pena indivisible, la norma española). Posteriormente fue modifica-

da en 1972 por la Ley N° 17.727, que aumentó de uno a dos los grados que pueden rebajarse por concurrencia de pluralidad de atenuantes, sin agravantes, y eliminó la referencia al caso en que concurría una atenuante "muy calificada" (hipótesis que, en el texto original del CP, producía el mismo efecto: entregar al tribunal la facultad de rebajar la pena en un grado), por ser innecesaria desde que la misma Ley estableció la regla general del Art. 68 bis, que permite la rebaja en un grado cuando concorra una atenuante muy calificada, para cualquiera de los casos regulados en los Arts. 65 y ss., y no sólo para esta disposición (v. también MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 358).

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EFECTO DE LA REGLA

La regla se aplica, en la práctica, en pocos casos, cuando la única pena del marco penal es la de presidio perpetuo (como en el Art. 109, inciso final), así como cuando una de dos o más penas copulativas es la de inhabilitación perpetua (como en el caso del Art. 150 A, inciso final), pues en el caso de las penas copulativas, cada una de ellas se determina por separado (ver *supra*, Art. 57), siendo aplicable entonces la regla del Art. 65 a cualquier pena copulativa que precisamente sea indivisible.

Con todo, la regla también sería aplicable cuando, por efecto de la regla de *absorción agravada* de la pena, del Art. 75 del CP, para el *concurso ideal o medial* se debe imponer la pena superior de un marco penal que precisamente cuenta con una indivisible en ese lugar (MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 359, citando un fallo de la Corte Suprema del año 1951, en RDJ 1951:23, que entiende que también en tal caso es la Ley la que señala una sola pena indivisible, como lo exige el Art. 65 del CP); el caso se daría, por ej., con el parricidio (Art. 390), si el autor, a través de un solo hecho, da muerte a dos personas a las que le unen

vínculos de parentesco considerados por aquel tipo (lo que constituiría un *concurso ideal homogéneo*, v. *infra*, Art. 75).

En todos los casos en que es aplicable, la regla permite imponer la pena inferior en uno o dos grados si concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante (sin perjuicio de que, concurriendo una sola atenuante *muy calificada*, tiene lugar lo dispuesto en el Art. 68 bis).

SOBRE LA SUPUESTA IMPROCEDENCIA DE UNA COMPENSACIÓN RACIONAL DE ATENUANTES Y AGRAVANTES

A diferencia de lo que disponen expresamente los otros tres preceptos del CP destinados a regular el efecto general de las atenuantes y agravantes, en este caso la Ley no establece la posibilidad de realizar una *compensación racional* de circunstancias, lo que impediría rebajar la pena si, por ej., concurren tres atenuantes y una agravante, de modo que una sola agravante, cualquiera sea su entidad, y cualquiera sea el número de atenuantes a la que se ve enfrentada, privaría de todo efecto a todas éstas (considerando que, además, las atenuantes tampoco pueden tener el efecto al que se refiere el Art. 69, dada la naturaleza indivisible de la pena). Este efecto, que, sin mayor

discusión, es asumido por la doctrina (CURY, 767; GARRIDO, I, 330; MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 359; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 529; implícitamente, ETCHEBERRY, II, 181), según CURY ocurriría ya por voluntad de la Ley (refiriéndose al diseño original de CP, que establecía la compensación racional en otros casos, pero no en este), "incluso, de su autor" (CURY, 767, refiriéndose, con ello, a través de una argumentación dudosa, a la omisión del "autor" de la Ley —deliberada, parece implicar— en extender expresamente al caso del Art. 65 del CP la posibilidad de un ejercicio de compensación racional).

En mi opinión, siendo incomprensible esta diferencia entre la regulación del Art. 65 y la de los Arts. 66 a 68, y contrastando la primera de manera tan evidente con el sistema general de determinación de penas del CP, que confiere gran relevancia a la concurrencia de las atenuantes, el sentido de la disposición se ve oscurecido, al punto de que cabe indagar su *intención o espíritu* —su *telos*—, en la Ley misma o en la historia fidedigna de su establecimiento. Sin embargo, las razones tenidas en cuenta al momento del establecimiento de la disposición pueden ser ilustrativas, pero no vinculantes, si nuevas decisiones

dan cuenta de que el "espíritu" de la Ley cambió. Del examen del establecimiento de la norma, y de su única modificación posterior (en 1972), lo único que queda meridianamente claro es que el legislador chileno se ha ido apartando cada vez de forma más radical de la intención de su norma inspiradora, el Art. 70 del CP español de 1850, que contemplaba un tratamiento especial para las penas que consistían en un solo grado de una indivisible: forzar la aplicación de la pena de muerte o del presidio perpetuo, respecto de ciertos delitos muy específicos, que eran precisamente aquellos a los que se reservaba este tipo de penas; objetivo que el Art. 70 del CP español de 1850 lograba al privar de todo efecto a las circunstancias atenuantes. Así lo explica FUENSALIDA, quien individualiza cuáles son esos delitos que merecían un tratamiento tan especial en el CP español: traición a la patria al inducir a una potencia extranjera a declarar la guerra al propio país, siempre que se sigan las hostilidades (castigado con pena de muerte); parricidio (castigado con pena de muerte); perjurio en causa criminal del que resulte la imposición de la pena de muerte o de presidio perpetuo en contra del acusado (castigado con presidio perpetuo); delitos funcionarios (castigados con inhabilitación absoluta

perpetua o inhabilitación especial perpetua); todos ellos, delitos que se consideraba no merecían una rebaja de pena por la mera circunstancia de que concurrían atenuantes (FUENSALIDA, I, 297 y ss., crítico de la decisión del legislador chileno de conceder eficacia a las atenuantes en estos delitos). En la discusión del CP chileno, en cambio, ya la Comisión Redactora dispuso (a iniciativa del Señor RENJIFO, apoyado en ello por el Señor Reyes, Sesión 19, en 20 de julio de 1870, Actas, 34), que en este tipo de marcos penales serán únicamente las agravantes las que no se considerarán ni tendrán efectos, no así las atenuantes, permitiéndose (por acuerdo adoptado en la sesión 78, de 1º de mayo de 1872, al acordarse la pena del parricidio, en Actas, 151) la misma rebaja de pena que regía para los demás delitos (los que no tenían un marco penal consistente en una única pena indivisible), pero sólo cuando concurrían las atenuantes a las que, la misma Comisión Redactora había conferido un especial efecto (la de eximente incompleta, la de minoría de edad), no así cuando concurrían las demás, pues para la Comisión, sólo ante atenuantes de la importancia de las primeras "el parricidio puede merecer alguna excusa para que no se le castigue con la muerte", asegurando, de esa manera, siquie-

ra en parte, el espíritu de la norma española: forzar la aplicación de la única pena indivisible (la muerte, en este caso) para delitos tan graves e importantes como el parricidio. En la Revisación, sin embargo (Sesión 136, de 13 de mayo de 1873, en Actas, 247), se amplió significativamente la regla, permitiendo ahora rebajar la pena en un grado cuando concurre cualquier atenuante que se considere "muy calificada", o incluso si concurrieren dos o más atenuantes "aun cuando no sean calificadas" (regla que, con cambios menores, se mantuvo en la redacción aprobada para el CP de 1874). La modificación introducida por la Ley Nº 17.727, de 27 de septiembre de 1972 (en la que CURY, 767, aprecia una confirmación de la voluntad de la Ley de excluir la compensación racional, ahora por voluntad del "autor" de la ley), vino a aumentar a dos grados la rebaja que aquella regla posibilitaba. Con ello, sería posible (y tal es la regla vigente) rebajar la pena en dos grados, apenas con la concurrencia de dos atenuantes que no se consideren muy calificadas, lo que representa un ulterior alejamiento del espíritu original del tratamiento especial dado a los marcos penales compuestos de una sola pena indivisible (forzar la aplicación de la pena de muerte o del presidio perpetuo, respecto de ciertos delitos

muy señalados). Pero si a todo ello se suma que, precisamente, algunos de los principales delitos a los que, por medio de la especial regulación concebida originalmente para los marcos penales compuestos de una única pena indivisible, se quería asegurar la imposición de la pena de muerte o del presidio perpetuo (o la inhabilitación perpetua), han modificado su marco penal, justamente para evitar la imposición forzosa de la pena más grave, de modo que ni siquiera quedan sujetos a la regla del Art. 65 del CP, sino a otras reglas (tanto el parricidio, como la traición a la patria quedan ahora sujetos al Art. 68¹⁴⁴), que sí le dan plena eficacia a las atenuantes, **incluso tras su compensación racional**, entonces es evidente que la supuesta restricción del Art. 75 del CP (que ni siquiera es explícita, sino que se deduce implícitamente, *a contrario sensu*) ya no es compatible con el *telos* de la Ley vigente, interpretada sistemáticamente, y teniendo en cuenta la historia fidedigna de su establecimiento (y de su modificación). Fuera de ello, si se tiene en cuenta que, en los Arts. 66 a 68 los efectos más importantes de las atenuantes

(excluir el grado máximo o rebajar la pena) literalmente también parecen quedar condicionados a que "no concurren" agravantes (v. *infra* Arts. 66, 67 y 68), pero, con aprobación de la doctrina y la práctica judicial unánime, tales efectos, con razón, son extendidos a los casos en que "sí concurre" siquiera una agravante, pero en los que una ponderación cualitativa le da mayor peso a las circunstancias que disminuyen el merecimiento o la necesidad de pena (por menor culpabilidad o injusto, o por razones político-criminales) que a las que aumentan el merecimiento o necesidad de pena, de modo que efectivamente se aplica la regla establecida para la hipótesis de concurrencia de una pluralidad de atenuantes "y ninguna agravante" (pese a que realmente sí concurre un agravante), entonces también en el caso del Art. 65 del CP debería el tribunal poder ejercer la misma facultad, aplicando analógicamente la regla de *compensación racional* de circunstancias atenuantes y agravantes, cuando el resultado final de su ejercicio de ponderación de circunstancias, arroje una importante disminución del merecimiento y la

¹⁴⁴ La traición a la patria "calificada" del Art. 106, inciso primero, segunda parte, ahora queda sujeta, en principio, al marco penal de la figura básica tipificada por la primera parte de ese inciso, siendo la imposición de la pena agravada (que sigue siendo una única pena indivisible) una facultad del tribunal, no una obligación.

necesidad de pena, aun si para llegar a ese resultado se debió considerar una razón que, en menor medida, aumentó el merecimiento de pena.

Lo contrario lleva a resultados que infringen el principio de proporcionalidad, si se impone penas superiores a las necesarias (cuando una pluralidad de atenuantes disminuye claramente la necesidad preventiva de una pena como el presidio perpetuo), o el principio de culpabilidad, si se impone penas que exceden la medida de la culpabilidad del autor por el hecho (cuando una pluralidad de atenuantes disminuye claramente la culpabilidad, y pese a ello, se aplica la misma pena que le hubiese correspondido aun con plena culpabilidad), ambos principios a los que se ha reconocido rango constitucional.

SOBRE EL CARÁCTER FACULTATIVO U OBLIGATORIO DE LA REBAJA DE PENA, EN CASO DE CONCURRIR UNA PLURALIDAD DE ATENUANTES. RELEVANCIA DEL PROBLEMA PARA LOS ARTS. 65 A 68

Ya se ha hecho mención a la discusión, fundamentalmente doctrinaria, acerca de si las rebajas de pena establecida por los Arts. 65 a 68 para el evento de que concurra una pluralidad de agravantes, sin atenuantes, es obligatoria para el tribunal (a

lo menos en un grado) o meramente facultativa. La opinión casi unánime en la doctrina, así como en la jurisprudencia, se inclina por el carácter facultativo de la rebaja (así, ya LABATUT, I, 276, citando jurisprudencia, y argumentando por contraste con el tenor literal del Art. 73 del CP, donde la rebaja sí es obligatoria; v., en la actualidad, por todos, ETCHEBERRY, II, 185-187, apoyado en la historia fidedigna del establecimiento de la norma, y haciendo referencia "a la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema"; y MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 360, explicando que, contra cierta doctrina y alguna jurisprudencia que sostuvo la tesis del carácter obligatorio de la rebaja, "hoy la doctrina y la jurisprudencia se han unificado en estimar como facultativas tanto la rebaja como el monto de ella"); sin embargo, recientemente MAÑALICH ha defendido de forma decidida el carácter obligatorio de la rebaja (MAÑALICH, 2010, 41-67, descartando, **en mi opinión**, convincentemente, los argumentos en que tradicionalmente se apoya la tesis del carácter facultativo de la rebaja (en contra del "argumento exegetico" cita otras expresiones similares de la Ley —como el Art. 351 del CPP, conforme al tribunal "podrá" aplicar la regla del Art. 74 del CP si es más beneficiosa— que la

doctrina y jurisprudencia entienden como prescripciones o mandatos; también descarta por no concluyente el argumento basado en la historia fidedigna del establecimiento de la norma; e invoca un argumento sistemático, conforme al cual el tribunal que decida no ejercer su "facultad", no tendría señalada en la Ley una regla para resolver el caso, pues la que le veda el grado máximo o el *máximum* de la pena señalada por la Ley al delito —que es la que, por ej., ETCHEBERRY, II, 186, entiende aplicable, para que al condenado con dos atenuantes no se le aplique una regla más desfavorable que al que sólo cuenta con una atenuante—, está establecida justamente para una hipótesis distinta, a la que no puede asimilarse la de quien cuenta con dos o más atenuantes¹⁴⁵).

En relación con el carácter de la rebaja de pena contemplada por los Arts. 65 a 68, en general (no sólo sobre el Art. 65), la **jurispru-**

dencia "absolutamente constante" de la Corte Suprema sigue la tesis del carácter facultativo de la misma (MAÑALICH, 2010, 49, revisando especialmente la del período 2004-2010), tesis que la Corte Suprema aplica especialmente para rechazar recursos de casación o nulidad fundados en haberse ignorado la concurrencia de dos o más atenuantes, defecto que —sostiene la Corte Suprema, de forma constante— no tendría influencia en lo dispositivo del fallo, pues la pena impuesta de todos modos hubiera podido ser la misma (MAÑALICH, 2010, 50). Sin perjuicio de que esta práctica pueda ser discutible en sus propios términos (**en mi opinión**, si se entiende que la "facultad" de rebajar la pena en ese, como en otros casos, no es meramente discrecional, sino que está sujeta a razones, que deben ponderarse y expresarse en la fundamentación del fallo, entonces podría ser anulable, por falta de fundamentación, la decisión

¹⁴⁵ Otras razones invocadas por MAÑALICH, 2010, 49 y ss., 54 y ss., a favor de la rebaja obligatoria son: ello es más consistente con la asimetría valorativa que cabe identificar en el CP entre el gran impacto modificatorio reconocido a las atenuantes y el moderado impacto reconocido a las agravantes (del que debe derivarse un criterio interpretativo más general, como afirmara CURY, 769); la discrecionalidad judicial en sentido "fuerte" no es sensata, mientras que sí lo es una "débil" que obligue al tribunal a rebajar la pena, pero le entregue la facultad de decidir cuántos grados rebaja; la consideración sistemática de los Arts. 73 y 103 del CP refuerza la tesis del carácter obligatorio de la rebaja.

de un tribunal que, por ignorar la concurrencia de una segunda atenuante, ni siquiera ha notado que disponía de la facultad de efectuar la rebaja, de modo que mal puede haber ponderado las razones concurrentes en el caso para ejercer o no esa facultad, ni tampoco podría haber fundado su "negativa" a hacerlo), la adhesión de la Corte Suprema a la tesis del carácter facultativo de la rebaja cuenta con a lo menos dos excepciones, una en 1943 (Corte Suprema, contra Eduardo Marambio y otros, GT 1943-1, 25-169, reseñada críticamente por SCHWEITZER en RCP, 2ª época, t. VI [1994], pp. 202 y ss., citado por MAÑALICH, 2010, 50, n. 31); y otra en 2004 (Corte Suprema, Rol N° 2809-04, 18 de agosto de 2004, contra Luis Galaz Droggett [casación en el fondo penal], N° ID LegalPublishing: 30694, reseñada por el propio MAÑALICH, 2005, 508 y ss.), esta última casando de oficio una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua que, por no dar por establecida una segunda atenuante, que debió estimar concurrente, cometió un error que "influye, como es obvio, en lo dispositivo de la sentencia pues, de no habérselo cometido, el encausado [...] debió ser condenado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo

[...] conforme a lo previsto en el artículo 68", dando a entender claramente que la rebaja era, entonces, obligatoria. Recientemente, también, una decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago sigue y aplica expresamente esta tesis, al revocar la decisión que, en el caso de un delito revestido de dos atenuantes y de ninguna agravante, se mantuvo dentro del marco penal abstracto, sin rebajar la pena en a lo menos un grado (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2906-2009, 14 de enero de 2010, Ministerio Público con Juan Jacson Quiñónez Micolta y otro [apelación penal], N° ID LegalPublishing: 43264).

En relación con este problema (si bien, aquí concurre, además, una razón independiente de las reseñadas), cabe recordar que el Art. 103 del CP dispone, para el caso de la *media prescripción*, que el hecho se considerará "revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante", y que el tribunal deberá aplicar las reglas de los Arts. 65 a 68 (refiriéndose obviamente a las reglas que rigen en caso de concurrir una pluralidad de atenuantes, sin agravantes), lo que se ha entendido (con razón, en mi opinión), en el sentido de que el tribunal debe obligatoriamente

efectuar una rebaja de pena, en a lo menos un grado (en ese sentido MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 484), conclusión que, aun con independencia de los argumentos generales invocados para defender la tesis de la obligatoriedad de la rebaja de pena en las hipótesis de pluralidad de atenuantes, se ve apoyada, en particular, por argumentos de texto propios del Art. 103, a saber, la referencia a que el hecho se

entenderá revestido de dos o más circunstancias "muy calificadas" (la misma expresión que, en el Art. 68 bis, se emplea para justificar una rebaja en un grado, con una sola de tales circunstancias), y la indicación de que, en el evento de que la pena ya se haya impuesto (sin haberse atendido a la *media prescripción*, es forzoso concluir), las reglas de los Arts. 65 a 68 se deben aplicar "para disminuir la [pena] ya impuesta".

Artículo 66. Si la Ley señala una pena compuesta de dos indivisibles y no acompañan al hecho circunstancias atenuantes ni agravantes, puede el tribunal imponerla en cualquiera de sus grados.

Cuando sólo concurre alguna circunstancia atenuante, debe aplicarla en su grado mínimo; y si habiendo una circunstancia agravante, no concurre ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo.

Siendo dos o más las circunstancias atenuantes sin que concurre ninguna agravante, podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

Si concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensará racionalmente el tribunal para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

BIBLIOGRAFÍA: MAÑALICH, Juan Pablo (2010), "¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?", en AAVV, *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009* (Santiago, Centro de Documentación Defensorial Penal Pública), N° 7, octubre de 2010; MATUS, Jean Pierre / VAN WEEZEL, Alex: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLTOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 323-382; RUDNICK, Carolina (2007): *La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación judicial de la pena* (Santiago, LexisNexis); VAN WEEZEL, Alex (1997), "Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena", en *Revista Chilena de Derecho*, año 1997, Vol. 24 N° 3.

COMENTARIO

Jaime Couso

GÉNESIS Y MODIFICACIONES

El inciso 2º, que regula el efecto de una sola agravante, sin concurrencia de atenuantes, disponiendo la imposición obligatoria del grado máximo de penalidad, ha sido modificado en dos oportunidades: en 1970, la Ley N° 17.266 eximió al tribunal de la aplicación forzosa de la pena de muerte ("el tribunal no estará obligado a imponerla necesariamente"), cuando ella fuese el grado máximo de la pena señalada por la Ley al delito; sin embargo, más tarde, en 2001, la Ley N° 19.734, que abolió la pena de muerte (sustituyéndola por la de presidio perpetuo calificado), eliminó —por innecesaria— aquella frase que la Ley N° 17.266 había agregado, volviendo entonces a forzar al tribunal a seleccionar el grado máximo del marco penal, que ahora ya no es la pena de muerte sino, justamente, la de presidio perpetuo calificado.

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y REGLAS

La única conminación penal del CP que queda sujeta a las reglas del Art. 65 es la del Art. 372 bis (violación con homicidio).

No reviste dificultad alguna la determinación de los efectos de estas reglas, salvo la del inc. 3º, que regula el efecto de la concurrencia de una pluralidad de atenuantes, sin agravantes (para la que vale todo lo dicho, *supra*, a propósito de la regla análoga contemplada por el Art. 65), y, eventualmente, la del inc. 4º, que dispone la *compensación racional* de circunstancias atenuantes y agravantes, analizada a continuación.

En cualquier caso, como se explicará a continuación, las reglas establecidas para las hipótesis de concurrencia de una sola atenuante, de una sola agravante, y de una pluralidad de atenuantes, sin concurrencia de agravantes, son sólo se aplican cuando "desde un principio" ése es el panorama de la concurrencia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, sino también cuando ése es el panorama que resulta de la previa *compensación racional* de diversas atenuantes y agravantes concurrentes.

COMPENSACIÓN RACIONAL DE CIRCUNSTANCIAS

Hay acuerdo en la doctrina en que la *compensación racional* de las

circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes no consiste en un proceso de substracción aritmética (por ej. restar 3 atenuantes menos 2 agravantes, para dejar como remanente una sola atenuante), sino de ponderación cualitativa (CURY, 769; VAN WEEZEL, 479), tal como lo entendía ya FUENSALIDA (FUENSALIDA, I, 306: "la Ley ha sido prudente en limitarse a dar una regla general i en conceder a los jueces facultades discrecionales; porque las circunstancias atenuantes i agravantes son de mui diversas entidad i tanto que una atenuante puede valer mas que dos agravantes, o por la inversa una agravante mas que dos o tres atenuantes"; v. también, RUDNICK, 409-411, citando una sentencia de la Corte Suprema en ese sentido¹⁴⁶, si bien advirtiendo una clara tendencia a conformarse con una compensación aritmética¹⁴⁷). Y si bien es posible, al menos en teoría, que la ponderación cualitativa, a veces dé más peso a una agravante que a una atenuante¹⁴⁸, debería ser mucho más frecuente la situación inversa, en la medida que una interpretación sistemática de las reglas sobre el efecto de

las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal le atribuye, en general, mayor peso a las atenuantes que a las agravantes (CURY, 769: "las atenuantes tienen, por lo general, un mayor poder modificatorio de la responsabilidad que las agravantes", de lo que da cuenta el mayor efecto que la Ley concede a la pluralidad de atenuantes sin que concurren agravantes, que a la pluralidad de agravantes sin que concurren atenuantes; en el mismo sentido, VAN WEEZEL, 487 y ss., sosteniendo, además, que en la *compensación racional* también debe darse preeminencia a las circunstancias subjetivas por sobre las objetivas; v. también POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 531; Runick, 40 y ss.; MAÑALICH, 48).

Una vez efectuada la compensación racional entre atenuantes y agravantes, hay acuerdo en que a "las que restan" se debe aplicar las demás reglas sobre efectos de las circunstancias modificatorias (ETCHEBERRY, II, 184-185; MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 362, citando jurisprudencia en ese sentido; v. también, en el mismo

¹⁴⁶ Sentencia de la Corte Suprema, de 24 de agosto de 1939, GJ, 1939, N° 87, p. 365.

¹⁴⁷ Por ej., expresamente, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 31 de enero de 2002, GJ, 2002, N° 259, p. 140 (cit. por RUDNICK 411, n. 871).

¹⁴⁸ Posibilidad defendida precisamente por el fallo de la Corte Suprema citado, *supra*, n. 146".

sentido, POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 531 y n. 117; RUDNICK, 39-40)¹⁴⁹. Ese es el sentido de la compensación. Entonces, no debe entenderse las expresiones “sin que concorra ninguna agravante” (Art. 66, inc. 3º), “no habiendo ninguna agravante” (en el Art. 67, inc. 4º) y “no hay ninguna agravante” (Art. 68, inc. 3º), en el sentido de que la presencia de cualquier agravante impida excluir el grado máximo o, en su caso, efectuar las rebajas de pena, cuando esas agravantes han sido suficientemente compensadas y superadas en número y/o peso por otras circunstancias atenuantes¹⁵⁰.

También hay acuerdo en que sólo se compensan entre sí las circunstancias efecto ordinario (o “de eficacia ordinaria”), sean comunes o especiales (VAN WEEZEL, 499-500; MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 362; ETCHEBERRY, II, 189), de modo que no entran en la *compensación racional* con las circunstancias a las que, por disposición legal, se les ha dado un *efecto extraordinario* (y éstas tampoco se compensan entre sí; VAN WEEZEL, 500). Sin embargo, con razón se pregunta RUDNICK si, en los casos en que el efecto *extraordinario* de una determinada circunstancia se establece en la Ley como una mera

¹⁴⁹ En efecto, ya FUENSALIDA, I, 306, comentando el Art. 67, entendió que la facultad del tribunal de bajar o subir la pena, en caso de pluralidad de atenuantes o de agravantes, subsiste “con tal que los efectos favorables de las primeras no se destruyan o debiliten con los contrarios de las segundas, cosa que los mismos tribunales tienen que apreciar discrecionalmente”, pudiendo ellos, por tanto, resolver, que la rebaja o aumento de pena proceden, cuando no se produzca esa destrucción o anulación recíproca del efecto de ambos tipos de circunstancias.

¹⁵⁰ Pues esa suposición le asignaría una significación excesiva a la presencia de una agravante cualquiera en un determinado delito, como si éste, por esa sola razón, quedase definitivamente “teñido” con un especial desvalor y merecimiento de pena, impidiendo al tribunal graduar la pena según el número y entidad de las circunstancias atenuantes que sí concurren, que disminuyen el merecimiento o la necesidad de pena (por una menor culpabilidad o injusto, o por razones político-criminales). Lo propio puede decirse de las expresiones similares referidas ahora a la ausencia de atenuantes (“no concurriendo circunstancias atenuantes”, en el Art. 68, inc. 4º), como condición para la exclusión del grado mínimo o, en su caso, el aumento de pena, expresiones a las que no debe entenderse como un impedimento para aplicar tales reglas, por la mera presencia de cualquier atenuante, como si ello tuviese un efecto absoluto, no anulable por la presencia de agravantes en mayor número y de mayor entidad.

facultad judicial —como el aumento de pena en un grado asociado a la presencia de la agravante especial del Art. 447, N° 2º—, y precisamente el tribunal decide no ejercer dicha facultad, no será posible, en lugar de privar a tal circunstancia de todo efecto, compensarla racionalmente con las circunstancias de *efecto ordinario* (y de signo opuesto) que concurren (RUDNICK, 450). A esa pregunta, **en mi opinión**, habría que responder afirmativamente, pues, de acuerdo con la *ratio legis*, tales circunstancias inciden en la gravedad del injusto penal culpable, en principio, con mayor intensidad que las circunstancias de *efecto ordinario*, de modo que la facultad del tribunal de asignarles o no un efecto de alteración del marco penal (por ej., elevando la pena en grado), debe entenderse en el sentido de permitir al tribunal apreciar si acaso, en el caso concreto, atendidas todas las circunstancias, aquella sigue haciendo una diferencia tal que corresponda ejercer la facultad de darle el extraordinario efecto que la Ley permite asignarle; en caso contrario, y como una consideración sistemática, se produciría el absurdo de que la extensión que, en la fijación de la pena, queda a disposición del tribunal, queda limitada en el centro (pues, por ej., en caso de no

ejercer la facultad de aumentar la pena, partiendo de una compuesta de un solo grado de una divisible, la presencia de una atenuante de *efecto ordinario* impide imponer la pena dentro del *máximo* de dicha pena, obligándole a fijarla en el *mínimo*; pero, paradójicamente, el tribunal puede, en caso de que sí ejerza aquella facultad, imponer la pena superior en grado).

Por último, la *compensación racional* debe hacerse mediante *resolución fundada*, en la que se deje constancia de las consideraciones acerca de cómo el número y la entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes determinaron el resultado de la compensación, de modo que, aun cuando se trata de una facultad discrecional, la falta de fundamentación (ausencia de razones o defectos palmarios en el razonamiento), es susceptible de ser impugnada a través del recurso de nulidad (así, VAN WEEZEL, 492-496, refiriéndose a la casación; v. también POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 531 y n. 120, sosteniendo que, si bien el resultado de la decisión de compensación racional no resulta atacable por la vía de nulidad, sí lo es la falta de fundamentación, en virtud de la causal del Art. 374 e) del CPP).

Artículo 67. Cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible y no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla.

Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su *mínimum*, y en el segundo en su *máximum*.

Para determinar en tales casos el *mínimum* y el *máximum* de la pena, se divide por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el *máximum* y la más baja el *mínimum*.

Siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

Si hay dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, puede aplicar la pena superior en un grado.

En el caso de concurrir circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

BIBLIOGRAFÍA: PICA, René (1992): *Reglas para la aplicación de las penas*, 4ª edición (Editorial Jurídica, Santiago de Chile); MATUS, Jean Pierre / VAN WEEZEL, Alex: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 323-382.

COMENTARIO

Jaime Couso

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y REGLAS

El supuesto al que se aplican las reglas del Art. 67 es de frecuente ocurrencia, tanto porque muchas conminaciones penales establecen marcos penales que constan de un

solo grado de una pena divisible, como porque la aplicación previa de reglas de alteración del *marco penal abstracto* a conminaciones penales con una estructura diferente (en principio regidos por los Arts. 65, 66 ó 68), normalmente tiene por efecto

la definición de un *marco penal concreto* que sí consta de un solo grado de una pena divisible. Así ocurre, en efecto, cada vez que las reglas de los Arts. 51 a 54, del Art. 75 o las que regulan los efectos de circunstancias modificatorias de responsabilidad de *efectos extraordinarios* (como el Art. 73 o el Art. 400) se aplican antes de las circunstancias de *efectos ordinarios* (lo que no siempre será el caso; v. *supra*, Art. 50, "III. Orden de aplicación...").

La regla establecida para el evento en que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes no es problemática.

La regla que rige los efectos de una sola atenuante y de una sola agravante, concretando el marco penal, respectivamente, en su *mínimum* y *máximum*, tampoco parece ofrecer mayores problemas. El "período de duración" de la pena es el que queda comprendido dentro de su extensión mínima y su extensión máxima, y es ése período el que debe dividirse en dos, para obtener aquellos segmentos. Sin embargo, se aprecia alguna diferencia marginal en la doctrina respecto de la forma de calcular estos segmentos de pena, así como de su extensión precisa (v. *infra*, el apartado siguiente).

En relación con el efecto de la concurrencia de una pluralidad de atenuantes, sin agravantes, en este caso nuevamente vale todo lo dicho, *supra*, a propósito de la regla análoga contemplada por el Art. 65, de modo que, **en mi opinión**, para el tribunal es obligatorio rebajar la pena en un grado, a lo menos, estando facultado para extender dicha rebaja en un segundo grado. No obstante, tal como fue señalado *supra* (Art. 65), también para el caso del artículo 67, la **jurisprudencia** constante de la Sala Penal de la Corte Suprema ha afirmado el carácter facultativo de la rebaja de pena (v. por ej., la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 4211-2006, de 5 de octubre de 2006, contra Nelson Ariel León González [casación en el fondo penal], N° ID LegalPublishing: 35433).

La regla que establece el efecto de una pluralidad de agravantes, sin concurrencia de atenuantes, no plantea discusión en la doctrina, pero el hecho de que el carácter meramente facultativo del *aumento* de pena generalmente se apoye en las mismas razones que se emplean para afirmar el carácter facultativo de la *rebaja* (MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 366), convierte a la tesis del carácter *obligatorio* de la rebaja (v. *supra*, Art. 66) en un factor potencialmente

desestabilizador de aquél tácito consenso; sin embargo, bien mirados, los argumentos a favor del carácter obligatorio de la rebaja, en caso de pluralidad de atenuantes, no pueden trasladarse sin más (piénsese en los argumentos sistemáticos citados *supra*, Art. 65), a la situación en que concurre una pluralidad de agravantes, ahora para argumentar el carácter obligatorio del aumento de pena. Ahora bien, si en tal caso, el tribunal decide no hacer uso de su facultad de elevar la pena en grado, de todos modos queda sujeto, **en mi opinión**, a la misma restricción que, ya la mera presencia de una sola agravante, sin atenuantes, le habría impuesto: debe necesariamente fijar la pena dentro del *máximum* (pues la presencia de dos o más agravantes, sin atenuantes, no puede implicar para el condenado una mejor situación que la presencia de una única atenuante, sin agravantes; este resultado lo asumen MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 368, para el Art. 68, pero no lo mencionan expresamente para el Art. 67 —si bien exactamente la misma razón concurre en este caso—).

Respecto de la regla que dispone la *compensación racional* de circunstancias atenuantes y agravantes, también vale, para este artículo, todo lo dicho en relación con el Art. 66.

Por ello, de modo análogo a lo que rige para los supuestos del Art. 66, también en el caso del Art. 67 las reglas establecidas para las hipótesis de concurrencia de una sola atenuante, de una sola agravante, de una pluralidad de atenuantes, sin concurrencia de agravantes, y de una pluralidad de agravantes, sin concurrencia de atenuantes, no sólo se aplican cuando “desde un principio” ése es el panorama de la concurrencia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, sino también cuando ése es el panorama que resulta de la previa *compensación racional* de diversas atenuantes y agravantes concurrentes.

DETERMINACIÓN DEL MÍNIMUM Y EL MÁXIMUM DE LAS PENAS DIVISIBLES

Ya se señaló que se aprecia alguna diferencia marginal en la doctrina respecto de la forma de calcular el *mínimum* y el *máximum*, así como de su extensión precisa. Según MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 365, el sistema más usado por la jurisprudencia es el de PICA, 11-13, sistema que sería ligeramente distinto al de ETCHEBERRY y CURY. Con todo, **en mi opinión**, el sistema propuesto por PICA tiene el inconveniente, cuando el período de duración del grado dentro del cual deben determinarse las dos

mitades es una cantidad impar de días, de que termina sumándose en perjuicio del condenado, medio día de duración al *mínimum*. En tales casos, dado que las penas temporales no se cuentan por horas o fracciones de día, correspondería despreñar ese “medio día” en el *mínimum*, estableciendo, por ejemplo, como *mínimum* de la pena de presidio menor en su grado medio (en el ejemplo analizado por PICA, 12) 541 a 817 (y no 818) días (con una duración de 277 días), y como *máximum* de la misma pena, 818 (y no 819) días a 3 años (con una duración de 278 días). PICA no advierte que es precisamente en este ejemplo (y no en el caso del presidio menor en su grado mínimo, que analiza en p. 13) cuando la duración del grado (dentro del cual deben determinarse las dos mitades) es impar (555 días), y no par, como él sostiene (554 días¹⁵¹), pues para obtener dicha duración, erradamente subtrae, de la pena máxima (1095 días), la pena mínima (541 días), siendo que debía substraerle la extensión de tiempo transcurrida hasta antes de que comenzara el respectivo grado (540 días); en cam-

bio, el día número 541 es el primer día del *mínimum*, de modo que no puede ser substraído como parte del período previo al comienzo de esa primera mitad de la pena, para calcular cuánto debe durar esta etapa (cfr. ETCHEBERRY, II, 188, con el mismo enfoque que aquí se defiende). Ello se aprecia más fácilmente si se piensa en la extensión de la pena de prisión, que va de 1 a 60 días, caso en que se nota fácilmente que cada uno de sus tres grados dura precisamente 20 días, es decir, es una duración par, que no ofrece ninguna dificultad para calcular el *máximum* y el *mínimum*; y, sin embargo, el procedimiento de PICA lleva a la impresión incorrecta de que la duración de cada grado es impar (40-21=19 días), situación que a él lo conduciría al complicado recurso de sumar un día, que luego se descuenta (v. PICA, 13).

Así, el *mínimum* y *máximum* de las diversas penas *divisibles* de la Escala Nº 1º del Art. 59 (y con ligeras diferencias respecto de las magnitudes consignadas por MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 365, quienes siguen a PICA), son los siguientes:

¹⁵¹ En realidad, seguramente por error de transcripción, PICA, 12, calcula esta diferencia en 544 (y no en 554, como debería), error que implícitamente subsana al calcular la mitad de ese período en 277 días.

Penas	Extensión de la pena	Mínimum	Máximum
Presidio o reclusión mayores en sus grados máximos	15 años y un día a 20 años	15 años y 1 día a 17 años y 182 días	17 años y 183 días a 20 años
Presidio o reclusión mayores en sus grados medios	10 años y un día a 15 años	10 años y un día a 12 años y 182 días	12 años y 183 días a 15 años
Presidio o reclusión mayores en sus grados mínimos	5 años y un día a 10 años	5 años y un día a 7 años y 182 días	7 años y 183 días a 10 años
Presidio o reclusión menores en sus grados máximos	3 años y un día a 5 años	3 años y un día a 4 años	4 años y un día a 5 años
Presidio o reclusión menores en sus grados medios	541 días a 3 años	541 días a 817 días	818 días a 3 años
Presidio o reclusión menores en sus grados mínimos	61 días a 540 días	61 días a 300 días	301 días a 540 días
Prisión en su grado máximo	41 días a 60 días	41 días a 50 días	51 días a 60 días
Prisión en su grado medio	21 días a 40 días	21 días a 30 días	31 días a 40 días
Prisión en su grado mínimo	1 día a 20 días	1 día a 10 días	11 días a 20 días

SOBRE LA INCONSISTENCIA VALORATIVA DE LA MENOR REBAJA DE PENA PERMITIDA POR LA LEY, POR PLURALIDAD DE ATENUANTES, EN EL ART. 67, EN COMPARACIÓN CON EL ART. 68

Una importante inconsistencia valorativa se produce a consecuencia de que el Art. 67, inc. 4º, permite, en caso de concurrir una pluralidad de atenuantes, sin agravantes, una rebaja de pena de sólo hasta dos grados, mientras que dicha rebaja, en los casos regidos por el Art. 68, puede alcanzar hasta tres grados. En efecto, ello permite, por ej., conceder al autor de un homicidio simple, del Art. 391, N° 2º, una rebaja de tres grados, por concurrir una pluralidad

de atenuantes, sin agravantes, imponiéndole la pena de presidio menor en su grado mínimo, mientras que al autor de unas lesiones "gravísimas", del Art. 397, N° 1º, en las mismas circunstancias, la mínima pena que puede imponérsele es la de presidio menor en su grado medio, al concederle la máxima rebaja de pena permitida por el Art. 67, inc. 4º. Para evitar esa inconsistencia valorativa, que impide determinar el "sentido" de la disposición (una diferencia "absurda" no tiene "sentido") a partir de su tenor literal, es correcto, en mi opinión, aplicar *por analogía* a los delitos cuya pena consista en un grado de una divisible, la regla de Art. 68, inc. 3º, permitiendo una rebaja de hasta

tres grados de penalidad, a lo menos en los casos en que, sin ese recurso, un delito de menor gravedad debiese sancionarse con una pena superior a la que, en circunstancias análogas, el tribunal habría impuesto a uno de mayor gravedad, como ocurriría en el caso propuesto como ejemplo.

Artículo 68. Cuando la pena señalada por la Ley consta de dos o más grados, bien sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, el tribunal al aplicarla podrá recorrer toda su extensión, si no concurren en el hecho circunstancias atenuantes ni agravantes.

Habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, no aplicará en el primer caso el grado máximo ni en el segundo el mínimo.

Si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

Cuando, no concurrendo circunstancias atenuantes, hay dos o más agravantes, podrá imponer la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley.

Concurriendo circunstancias atenuantes y agravantes, se observará lo prescrito en los artículos anteriores para casos análogos.

BIBLIOGRAFÍA: MAÑALICH, Juan Pablo (2005), "Determinación de pena", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2; MATUS, Jean Pierre / VAN WEEZEL, Alex: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLJOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 323-382.

COMENTARIO

Jaime Couso

GÉNESIS Y MODIFICACIONES

El inciso 4º, que regula el efecto de una pluralidad de agravantes sin

que concurren atenuantes, ha sido modificado en dos oportunidades. Originalmente, junto con establecer la facultad del tribunal de aumentar

la pena en un grado, regulaba el caso en que el aumento no era posible, pues la pena superior del marco penal señalado por la Ley al delito era la pena de muerte, disponiendo que en tal hipótesis el tribunal debía forzosamente imponer la pena de muerte. La modificación introducida en 1970 por la Ley N° 17.266 eliminó el deber de imponer la pena de muerte por efecto de circunstancias agravantes, estableciendo que "el tribunal no estará obligado a imponerla necesariamente". La modificación introducida en 2001, por la Ley N° 19.734, que abolió la pena de muerte, eliminó esa referencia, ya inútil.

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y REGLAS

Como destacan MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 367, las hipótesis regidas por el Art. 68 son el supuesto de aplicación más frecuente del CP.

La regla establecida para el evento en que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes no es problemática. Tampoco lo son las que excluyen el grado máximo y el mínimo, respectivamente, por concurrencia de una atenuante o de una agravante, en cada caso.

En relación con el efecto de la concurrencia de una pluralidad de

atenuantes, sin agravantes, en este caso nuevamente vale todo lo dicho, *supra*, a propósito de la regla análoga contemplada por el Art. 65, de modo que, en mi opinión, para el tribunal es obligatorio rebajar la pena en un grado, a lo menos, estando facultada para extender dicha rebaja en un segundo grado. La jurisprudencia constante de la Corte Suprema, en cambio, como ya se indicó (*supra*, Art. 65) se pronuncia a favor de la tesis que sostiene el carácter facultativo de la rebaja (sin perjuicio de alguna decisión aislada favorable a la tesis contraria, como la ya citada sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 2809-04, de 18 de agosto de 2004, contra Luis Galaz Droguett [casación en el fondo penal], N° ID LegalPublishing: 30694, reseñada por MAÑALICH, 2005, "508 y ss.; v. también, recientemente, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2906-2009, de 14 de enero de 2010, contra Juan Jacson Quiñónez Micolta [Rec. de Apelación], N° ID LegalPublishing: 43264, afirmando que la disminución de pena del Artículo 68, inc. 3°, resulta obligatoria para el sentenciador, siendo facultativo para éste únicamente la intensidad con que se realiza dicha rebaja, esto es, el número de grados a disminuir; no obstante, la misma Corte afirma, tan sólo unos días después, la

imposibilidad de recurrir de nulidad contra un fallo que no realizó la rebaja, dado el carácter facultativo de la misma, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2634-2009, de 22 de enero de 2010, contra Jaime Alfaro Rojas [Recurso de Nulidad Penal], N° ID LegalPublishing: 43261).

Respecto de la regla del Art. 68, inc. 4°, que establece el efecto de una pluralidad de agravantes, sin concurrencia de atenuantes, recuérdese que constituye una excepción expresa a la *regla general*, sobre forma en que, de acuerdo con la doctrina, deben efectuarse los aumentos de pena (no desde el grado máximo de penalidad, sino construyendo un nuevo marco penal, con tantas penas como las que tenía el original, aplicando a cada una de ellas el aumento que corresponda; v. *supra*, "Comentario previo a los Arts. 50 A 69 Y 76 A 78", "IV. Alteraciones del marco penal abstracto..."). En efecto, en este caso, si el tribunal va a hacer uso de su facultad de elevar la pena en grado, por concurrir una pluralidad de agravantes, sin atenuantes, entonces, necesariamente, debe efectuar el aumento de pena a partir del máximo de los grados designados por la Ley en el marco penal abstracto. Además, cabe destacar que, como con razón apuntan

MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 368, si el tribunal, en tal caso, decide no ejercer la facultad de elevar la pena en grado, de todos modos queda sujeto a la misma restricción que, ya la mera presencia de una sola agravante, sin atenuantes, le habría impuesto: no puede imponer la pena en el grado mínimo del marco penal abstracto (pues la presencia de dos o más agravantes, sin atenuantes, no puede implicar para el condenado una mejor situación que la presencia de una única atenuante, sin agravantes).

Respecto de la regla que dispone la *compensación racional* de circunstancias atenuantes y agravantes, también vale, para este artículo, todo lo dicho en relación con el Art. 66.

En todo caso, de modo análogo a lo que rige para los supuestos del Art. 66, y tal como se señaló para el caso del Art. 67, también en el caso del Art. 68 las reglas establecidas para las hipótesis de concurrencia de una sola atenuante, de una sola agravante, de una pluralidad de atenuantes, sin concurrencia de agravantes, y de una pluralidad de agravantes, sin concurrencia de atenuantes, no sólo se aplican cuando "desde un principio" ése es el panorama de la concurrencia de

las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, sino también cuando ése es el panorama que resulta de la previa *compensación racional* de diversas atenuantes y agravantes concurrentes.

Artículo 68 bis. Sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores, cuando sólo concurra una atenuante muy calificada el tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito.

BIBLIOGRAFÍA: MATUS, Jean Pierre / VAN WEEZEL, Alex: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 323-382; VAN WEEZEL, Alex (1997), "Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena", en *Revista Chilena de Derecho*, año 1997, Vol. 24 N° 3.

COMENTARIO

Jaime Couso

GÉNESIS Y MODIFICACIONES

El artículo fue introducido en 1972 por la Ley N° 17.727, como una generalización, para todos los casos regulados por los Arts. 65 a 68 del CP, de la regla que, originalmente, permitía sólo para los casos del Art. 65 del CP, rebajar la pena en un grado "si hai [...] una [atenuante] muy calificada i no concurre ninguna agravante", referencia especial que la misma ley, por ello, sacó del Art. 65 del CP.

MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 370, aclaran que no debe

confundirse a las atenuantes "muy calificadas" con las de efectos extraordinarios (como la del Art. 11, N° 1, en relación con el Art. 73), pues las primeras son atenuantes de efecto normal, a las que el tribunal (y no la ley) les atribuye un efecto extraordinario, precisamente en virtud del Art. 68 bis.

ÁMBITO DE APLICACIÓN: ATE-
NUANTES SUSCEPTIBLES DE CONSIDERARSE "MUY CALIFICADAS"

El Art. 68 bis no hace distinciones en cuanto a las atenuantes que pueden ser objeto de "calificación".

Aunque FUENSALIDA entendía (comentando el Art. 65, donde originalmente se contemplaba la facultad de "calificar" una atenuante) que algunas de las atenuantes genéricas del Art. 11 no podían considerarse como "muy calificadas" (las circunstancias 6ª, 7ª, 8ª y 9ª del Art. 11, no podían considerarse como muy calificadas "pues no merecen siquiera su calificativo de atenuaciones legales..."; FUENSALIDA, I, 301), con el tiempo se ha impuesto la opinión que descarta toda exclusión *a priori*, de modo que, en principio, cualquier atenuante puede considerarse como muy calificada (MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 371, consideran a esta la opinión unánime de la doctrina y la jurisprudencia, citando en tal sentido la sentencia de la Corte Suprema de 27 de abril de 1993, en GJ 1993-155:83; coinciden en lo fundamental, CURY, 769; BULLEMORE / MACKINNON II, 152). Y si bien algunos autores destacan que la calificación será más común o probable respecto de ciertas atenuantes (NOVOA II, 362 y n. 13, considera que, de ordinario, tendrán la suficiente fuerza como para ser calificadas, las atenuantes "que se basen en el ímpetu pasional", lo que recuerda el criterio de FUENSALIDA, I, 301, 83 y ss., 87, quien sólo confiere importancia a las "causas que arrebatan su imperio a la razón"; por su parte, ETCHEBERRY,

II, 184, señala como un caso probable el de una atenuante de eximente incompleta, cuando no se aplique el Art. 73; v. en ese sentido la sentencia de la Corte Suprema, de julio de 1973, RDJ LXX, 2ª parte, sec. 4ª, p. 73, sosteniendo que puede considerarse muy calificada la atenuante de eximente incompleta de "impuntabilidad disminuida", cuando no se ha aplicado el Art. 73, citada por MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 372), nada impide calificar otras circunstancias, como la irreprochable conducta anterior, si se trata de una conducta "excepcional" (ETCHEBERRY, ibidem; MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 372, citando una decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de septiembre de 1987, RDJ LXXXIV, 2ª parte, sec. 4ª, p. 164), o, en mi opinión, como las circunstancias 7ª, 8ª y 9ª del Art. 11, si en el caso concreto las razones político criminales asociadas a la decisión legislativa de moderar la pena cuando ellas concurren, adquieren especial peso (cfr., reconociendo el carácter de "muy calificada" a la atenuante de "reparación del mal causado", la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 5.741-2005, de 3 de enero de 2006 [nulidad penal], N° ID LegalPublishing: 33546).

Por lo que respecta a la "circunstancia" de "media prescripción", a la

que la Ley atribuye el efecto de "considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante", v. lo ya dicho más arriba (*supra*, Art. 62 y Art. 65).

POSIBILIDAD DE APLICAR EL ART. 68 BIS DESPUÉS DE COMPENSAR OTRAS CIRCUNSTANCIAS

GARRIDO, I, 334, se pronuncia a favor de la posibilidad de aplicar la regla del Art. 68 bis a una atenuante que resulte como "remanente" de la previa *compensación racional* del conjunto de atenuantes y agravantes concurrentes en un determinado. En cambio, VAN WEEZEL, 501 (y también MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 371) niega esa posibilidad, invocando, según parece, un argumento de texto, pues el Art. 68 bis "exige la concurrencia de una sola atenuante —la que el juez puede considerar muy calificada— excluyendo la posibilidad de que concurren también agravantes".

En mi opinión, la negativa no convence. En cuanto al argumento de texto, si bien el Art. 68 bis es aplicable, textualmente, "cuando sólo concurre una atenuante muy calificada", no excluye expresa y categóricamente su aplicación a los casos en que, habiendo concurrido una agra-

vante, ella fue "anulada" por efecto de la *compensación racional*. De hecho, también en los Arts. 66 a 68 los efectos más importantes asignados a las atenuantes, literalmente parecían estar condicionados a que sólo concurrieran atenuantes (una o más); en algún caso, como el Art. 67, inc. 4º, el supuesto de aplicación de la regla, fuera de exigir sólo la concurrencia de (dos o más) atenuantes, incluso añade expresamente (lo que no ocurre en el Art. 68 bis) "y no habiendo ninguna agravante"; y, sin embargo, para todos esos casos hay acuerdo en doctrina y jurisprudencia en que de todos modos esas reglas se extienden a los casos en que la o las atenuantes aparecen sólo como el "remanente" de un ejercicio de *compensación racional* (v. *supra*, Art. 66 del CP). Fuera de ello, la primera frase del precepto —"[s]in perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores"— bien puede entenderse en el sentido de que, la calificación de una atenuante es "sin perjuicio de" la previa aplicación de las reglas que, en su caso, disponen compensar racionalmente una pluralidad de atenuantes y agravantes. Si de esa compensación resulta que "resta" una atenuante, entonces, sin perjuicio del efecto regular que se le concederá en cada uno de estos preceptos (excluir el grado máximo o el *máximum*), nada obsta a que el

tribunal, por excepción, y en aplicación del Art. 68 bis, considere esa atenuante remanente como "muy calificada", procediendo a la rebaja en grado. Por otra parte, razones materiales apoyan esta conclusión: la decisión de considerar una atenuante como *muy calificada*, refleja un juicio, conforme al cual el merecimiento y necesidad de pena de la conducta se encuentran disminuidas en una importante medida, precisamente en atención a dicha circunstancia, pero esa valoración material también es perfectamente imaginable cuando una atenuante subsiste como remanente, después de efectuarse el ejercicio de *compensación racional*. Lo contrario lleva a resultados que infringen el principio de proporcionalidad de la pena con la magnitud de la culpabilidad por el hecho, o de proporcionalidad entre la magnitud de la sanción y la medida de su necesidad. Por lo demás, en atención a lo dicho sobre el sentido de la expresión "compensación racional", en ocasiones el tribunal bien puede llegar al mismo resultado que busca el Art. 68 bis, por otro camino: por ej., confirmando tanto más peso a dos atenuantes que a una agravante, al punto que llegue a tener por anulada a la segunda y todavía subsistentes a las dos primeras (si efectivamente, se excluye el cálculo aritmético —la substracción

entre atenuantes y agravantes—, el ejercicio valorativo puede traducirse en un juicio del siguiente orden: "frente a la gran importancia y peso de cada una de estas dos circunstancias atenuantes, la relativa insignificancia de la única agravante concurrente es tal, que mediante una compensación racional se considerará que en el caso concurren dos atenuantes de efecto ordinario y ninguna agravante", aplicando sobre la pluralidad de atenuante la regla que permite rebajar de grado la pena, en este caso, en un grado (si el resultado de la *compensación racional*, sólo permite asignarles un peso regular, y no superlativo a las dos atenuantes subsistentes).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha seguido la opinión de GARRIDO, permitiendo calificar a una atenuante subsistente, después de un ejercicio de compensación racional entre una segunda atenuante y la única agravante concurrente (Corte Suprema, Rol Nº 5471-2005, 3 de enero de 2006 [nulidad penal], Nº ID LegalPublishing: 33546: "la regla especial consagrada en el artículo 68 bis del Código Penal, bien puede conciliarse con los casos en que concurren varias atenuantes y agravantes, siempre que, una vez compensadas racionalmente las unas con las otras, reste una sola minorante, que es justa-

mente la situación sub iudice [...] habiéndose compensado racionalmente por los jueces de la instancia la mitigante de la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos con la agravante de la reincidencia específica propia y, de este modo, sólo quedó subsistente la atenuante de la reparación celosa del mal producido, la que había sido estimada como muy calificada, de acuerdo con la prerrogativa que entrega a los sentenciados el precepto en cuestión. Y lo enseña la doctrina (GARRIDO, I, 324) [...] por otra parte la frase inicial del reseñado artículo 68 bis 'sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores' [...] desmiente la exclusión que alega el recurrente en la aplicación de la regla especial del artículo 68 bis respecto de las situaciones previstas en la normativa precitada", decidido con el voto favorable de los Ministros CHAIGNEAU, CURY y BALLESTEROS y del Abogado Integrante Fernando CASTRO A., y con voto en contra de Jaime RODRÍGUEZ E., citando la doctrina defendida por MATUS / VAN WEEZEL, Comentario).

POSIBILIDAD DE "SUPERPONER" EL EFECTO DE UNA PLURALIDAD DE ATENUANTES CON EL DE UNA "MUY CALIFICADA"

Conforme a MATUS / VAN WEEZEL, no es posible superponer el efecto

de ambas reglas: la que permite rebajar la pena en uno o más grados, por concurrir una pluralidad de atenuantes y agravantes, y la que permite rebajar la pena en un grado por concurrir una sola atenuante "muy calificada" (MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 370, citando un fallo de la Corte Suprema de 1959, referido a la misma regla sobre "calificación" de una atenuante, cuando se la contemplaba sólo en el Art. 65); en tal caso, concluyen, solamente se aplica la regla relativa a la pluralidad de atenuantes del Art. 65, 66, 67 ó 68, según la estructura del marco penal, ignorándose el carácter de "muy calificado" de una de aquellas atenuantes.

En la jurisprudencia reciente, una decisión de corte de apelaciones sigue la misma tesis, señalando que, para que sea aplicable la regla del Art. 68 bis debe concurrir una sola atenuante, sin que concurren agravantes, no siendo posible rebajar la pena en un grado cuando, tras haber compensado el tribunal dos atenuantes con una agravante, se pretende dar a la atenuante que resta, el carácter de muy calificada (sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1153-2007, de 12 de noviembre de 2007, contra Carlos Bello Guzmán [Nulidad Penal], N° ID LegalPublishing: 37657).

POSIBILIDAD DE RECURRIR EN CONTRA DE LAS DECISIONES ADOPTADAS EN LA MATERIA

MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 373, tras citar jurisprudencia de casación en uno y otro sentido, es decir, que afirma y que niega la procedencia de recursos, específicamente

en contra de la decisión del tribunal que niega lugar a la calificación y, por tanto, a la rebaja de la pena en grado, se pronuncian a favor de la posibilidad de casar una decisión, sólo en lo que dice relación con la calificación jurídica de los hechos que el tribunal tuvo por establecidos.

Artículo 69. Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

BIBLIOGRAFÍA: FUENTES, Hernán (2008), "El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena", en: *Ius et Praxis*, año 2008, v. 14, N° 2; MATUS, Jean Pierre / VAN WEEZEL, Alex: "Comentario a los Artículos 50 a 73", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 323-382; VAN WEEZEL, Alex (1997), "Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena", en *Revista Chilena de Derecho*, año 1997, Vol. 24 N° 3; VAN WEEZEL, Alex (2001), "Determinación de la Pena Exacta: el Artículo 69 del Código Penal" en *Ius et Praxis*, vol. 7, N° 2, versión on-line, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122001000200017&script=sci_arttext [consultada en abril de 2011].

COMENTARIO

Jaime Couso

SENTIDO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Art. 69 establece una regla de individualización judicial de la pena, por excelencia, si se entiende por tales que las que, sin determinan algún resultado de manera concluyente, entregan a la "discrecionalidad re-

glada" del tribunal la valoración de circunstancias del delito (y, en su caso, de su autor), conforme a los criterios generales o especiales que la legislación entrega para fijar las sanciones penales, pero que (v. *supra*, "Comentario previo a los Arts. 50 a 69"). En este caso, el criterio ofrece

cido por la Ley al tribunal para que ejerza la facultad discrecional de fijar la cuantía, dentro del *marco penal concreto*, es la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes, según su "número y entidad", y de "la mayor o menor extensión del mal producido por el delito".

Si bien la regla aparece nominalmente referida a casos en que debe determinarse la cuantía de la pena dentro de un determinado "grado", su campo de aplicación real es mayor a su ámbito ostensible. En efecto, como única regla de determinación de la pena exacta, en relación con las penas temporales, debe aplicarse no sólo en los casos en que, por aplicación de las reglas establecidas en los Arts. 65 a 68, se ha determinado un grado de una pena divisible, sino también aquellos en que, por aplicación de las mismas reglas se ha determinado la mitad de un grado de una pena divisible (el *máximum* o el *mínimum*), además de los casos en que, por aplicación de las mismas reglas, o incluso, cuando dichas reglas no han sido aplicadas, a falta circunstancias modificatorias concurrentes en el caso, ha resulta un marco penal compuesto de dos o más penas (divisibles, sugieren VAN WEEZEL, 2001, s. N° de pág.; y MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 374; pero también es lógico aplicar la regla a los casos en que

resultare un marco penal compuesto de dos penas indivisibles: en efecto, la decisión de si, en el Art. 372 bis, se aplica presidio perpetuo simple o calificado, si no resulta de las reglas del Art. 66 del CP también debería someterse a criterios racionales fijados en la ley, aportados precisamente por el Art. 69 del CP, y no puede entenderse que la mera expresión "puede imponerla el tribunal en cualquiera de sus grados" sea una llamada a un puro ejercicio discrecionalidad judicial no reglada).

No sería aplicable, en cambio, cuando se trata de determinar una pena de multa, sujeta a sus propias reglas de individualización judicial (MATUS / VAN WEEZEL, Comentario, 374).

PROBLEMA DE LA DOBLE VALORACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

El primer elemento a tener en cuenta para fijar la cuantía de la pena, según el Art. 69 es "el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes". Dado que la disposición tiene aplicación en numerosos casos en que las circunstancias modificatorias agravantes (para los efectos que aquí interesan) ya han producido un primer efecto, de alteración (por ej., en el

caso del Art. 68, inc. 4°) o concreción (por ej., en el caso del Art. 68, inc. 2°) del *marco penal abstracto*, se plantea la cuestión de si, volver a tomar en cuenta las mismas circunstancias agravantes, ahora para fijar la cuantía dentro del *marco penal concreto* que ellas mismas determinaron, no encierra el peligro de infringir el principio del *non bis in idem*, en la medida de que unas mismas circunstancias están influyendo dos veces, en perjuicio del condenado, en la magnitud del castigo. VAN WEEZEL, 2001, *passim*, aprecia ese peligro, pero entiende que ello podría evitarse si los criterios del Art. 69 se entienden y aplican sólo en función de las mayores o menores necesidades preventivas de pena; en cualquier otro caso (por ej., si se consideran para estimar la magnitud de la culpabilidad del autor, lo que ya habían contribuido a hacer la primera vez que produjeron efecto) se infringe el principio. En cambio, CURY, 770, no aprecia ese peligro cuando entiende que las circunstancias deben ser consideradas "en esta [segunda] ocasión mediante una apreciación global que las eva-úa haciéndose cargo de sus relaciones recíprocas en el contexto de la situación enjuiciada unitariamente", lo que permitiría valoraciones como las de la teoría normativa de la culpabilidad (reprochabilidad in-

dividual como medida de la pena; de hecho, en un trabajo anterior, el propio VAN WEEZEL, 1997, 466, había admitido que la "primera valoración" del injusto y la culpabilidad, que determinó el marco punitivo, "no impide siempre una segunda a nivel de individualización", reflejando la primera valoración "la dañisidad social abstracta de la conducta", mientras que la segunda "mira a la singularidad del caso y a la persona del delincuente").

Para evitar incurrir en "doble valoración", VAN WEEZEL, 2001, s. N° de pág., propone reconducir toda la individualización judicial de la pena —en aplicación del Art. 69— a fines preventivos (ya en ese sentido en: VAN WEEZEL, 1997, 466-467), pues si la individualización judicial entendiéndose la valoración global de las atenuantes y agravantes, o la extensión del mal producido, como expresiones de la culpabilidad del autor, de acuerdo con la "concepción tradicional" de la categoría culpabilidad (que precisamente no la define en función de fines preventivos), entonces, la reprochabilidad del autor por el injusto de lesión del bien jurídico, que ya había fundamentado la imposición de un determinado grado de penalidad, ahora, para los efectos del Art. 69, volvería a tenerse en cuenta, por segunda vez, sobre la misma base

(por lo menos, ello sería claro respecto de las atenuantes y agravantes); en cambio, si la individualización judicial se entiende como una mera modulación de la cuantía exacta de la pena en función de las precisas necesidades preventivas de pena, se evita ese defecto (por su parte, para la concepción de la culpabilidad, no "tradicional", que sí reconduce el juicio de culpabilidad a los fines preventivos de la pena, según VAN WEEZEL, *ibídem*, se impone con mayor la interpretación del Art. 69 en clave preventiva). Por último, a la hora de precisar cuáles son las consideraciones preventivas que deben regir la valoración de las circunstancias, y de la extensión del mal, en el Art. 69, VAN WEEZEL, 2001, s. N° de pág., se refiere a "la estabilización de la norma infringida a costa del infractor", advirtiendo que, atender a elementos que influyen en la necesidad preventiva de pena, para estos efectos de individualización judicial, no sería valorar dos veces los mismos factores, salvo que se trate de elementos (como los resultados típicos) que "el legislador ya tuvo en cuenta en la graduación abstracta de la pena", que ya incluye una valoración del fin preventivo (*ibídem*); pero en todo caso debe tratarse de una consideración global (y no de cada circunstancia) centrada en consideraciones preventivas, y no de culpabilidad.

También según FUENTES (FUENTES, 35), en la aplicación del Art. 69, que ofrece al tribunal un "espacio de juego" para la cuantificación exacta de la pena, vendrían a colación los fines de prevención general y especial y el merecimiento de pena de la conducta (citando a GARRIDO, quien, en todo, caso, parece considerar al merecimiento de pena y la prevención general sólo como reflejos de la consideración —por parte del tribunal— de la naturaleza y gravedad del hecho típico, y quien en realidad menciona estos criterios al describir el sistema de *determinación relativa* de la pena, pero no llega a vincular explícitamente estos principios y fines con el Art. 69, ni a sostener que este precepto deba regirse por ellos: v. GARRIDO, I, 316-317 y 334).

En mi opinión, sin necesidad de interpretar las circunstancias modificatorias, o la extensión del mal, en clave preventivo-especial (lo que necesariamente forzaría su interpretación), la atención al ideal preventivo-especial en la fase de individualización judicial puede lograrse simplemente planteando exigencias especiales a los elementos que, por expresar una mayor gravedad del hecho, pretenden responder a una correlativa mayor necesidad preventivo-general de pena, antes de permitir a esos elementos la cuantía de pena por encima de la

mínima del respectivo grado (cuantía en la que, posiblemente expresando aquel ideal, los tribunales tienden a confinarse). A su vez, por lo que respecta a los fines preventivo-generales, opino que los tribunales no están en condiciones de valorar de forma racional y contrastable las necesidades preventivo-generales de pena en el caso concreto, y sólo pueden graduar la pena en razón de tales necesidades indirectamente, y de forma estandarizada, simplemente como un efecto reflejo de la valoración de las circunstancias modificatorias y la extensión del mal desde el punto de vista de su contribución al injusto del hecho y a la culpabilidad del autor (que, supuestamente, a medida que aumentan, también elevan la necesidad preventivo-general de pena, que se ve, entonces mejor servida con una pena más severa, por más que esta mayor severidad no haya sido calculada especulando sobre cuál es la necesidad preventivo-general de pena en cada caso, sino directamente graduando la pena en atención a la gravedad del injusto culpable).

CONSIDERACIÓN DE "LA MAYOR O MENOR EXTENSIÓN DEL MAL PRODUCIDO POR EL DELITO" Y, NUEVAMENTE, PROBLEMA DE LA DOBLE VALORACIÓN

Según CURY, 770, siguiendo en parte a ETCHEBERRY, II, 191, si el re-

sultado externo, de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, admite graduación, entonces debe considerarse, como parte de la "extensión del mal" precisamente el grado de afectación del bien jurídico; pero como ejemplifica con magnitudes que ya podrían haber sido tenidas en cuenta para determinar el marco penal del que se parte, como la cuantía de la estafa, entonces se vuelve a plantear la cuestión de si con ello no se está valorando dos veces, en perjuicio del condenado, el mismo factor de la cuantía de la pena. Como con razón lo apunta VAN WEEZEL, 2001, s. N° de pág., ése no sería el caso si se valoran las diferencias de magnitud de afectación del bien jurídico que se dan dentro del rango comprendido por un determinado marco penal (se refiere a variaciones en la gravedad del resultado típico que no estén "asociad[a]s por sí sol[a]s a incrementos vinculantes de penalidad", como "el grado de deformidad siempre dentro de lo 'notable' causado por las lesiones del Art. 397 N° 1", pero también puede pensarse, volviendo al ejemplo de CURY, en variaciones en la cuantía relativa del perjuicio, que no determinen pasar a otro marco de penalidad). En la jurisprudencia reciente, un fallo de corte de apelaciones ha señalado, en el mismo sentido, que en la aplicación del Art. 69 debe

tomarse en cuenta, para la graduación de la pena, la extensión del mal asociado a los resultados típicos graduables que no se han tomado en cuenta para aumentar la pena, ya sea facultativa u obligatoriamente (Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 3-2009, de 30 de marzo de 2009, contra Cristian Cortés Maldonado [Nulidad Penal], N° ID LegalPublishing: 42027).

Según, ETCHEBERRY, II, 191, también deben considerarse, como parte de la "extensión del mal causado" otras consecuencias ("aunque no formen parte del tipo", aclara CURY, 771, refiriéndose al mismo tipo de consecuencias), como la muerte del bombero en el incendio. Sin embargo, **en mi opinión**, si esas consecuencias no forman parte "del tipo", es porque, en el caso concreto, no se las pudo *imputar objetivamente* a un comportamiento imprudente del autor, bajo la figura de un tipo calificado (en este caso, la del Art. 474, inc. final, si se la interpreta de modo compatible con el principio de culpabilidad, tipo que no se habría visto, entonces realizado, por falta de culpa respecto de la muerte del bombero), de modo que sólo se ha podido castigar por una figura en la que esa muerte no ha formado parte del tipo, a saber, la del Art. 476 (en cualquiera de sus

numerales). Pero si ése es el caso (es decir, si la muerte del bombero, aun cuando "producida" por ella, no es objetivamente imputable a la conducta del autor), entonces, al aplicar el Art. 69, no podría determinarse la cuantía de la pena, dentro del marco penal del Art. 476, teniendo en cuenta la muerte del bombero como parte de la "extensión del mal producido por el delito", sin infringir el mismo principio de culpabilidad. Por el contrario, si la muerte es imputable objetivamente, entonces corresponde castigar por la figura calificada, cuya pena ya considera, como parte del *resultado típico* (luego, del "tipo"), esa dimensión del "mal producido", que no podría entonces volver a valorarse (prohibición de *doble valoración*), ahora en aplicación del Art. 69. Fuera de ese caso, **si es imaginable que resultados atípicos del delito puedan ser considerados como parte de la "extensión del mal producido por el delito"**, como sería el caso ejemplificado por VAN WEEZEL de las consecuencias de las *tentativas y delito frustrado* "que necesariamente serán extratípicas" (VAN WEEZEL, 2001, s. N° de pág., quien enfatiza la exigencia de "imputación objetiva" de las consecuencias consideradas, pero considera discutible si además es necesario dolo o culpa, con lo que da a entender que la imputación objetiva por

sí sola no constituye necesariamente culpa, a diferencia de lo que he supuesto yo —siguiendo una conocida concepción de la dogmática jurídico penal alemana— al analizar el ejemplo del incendio).

Más allá de esos "resultados extratípicos", la consideración de la "extensión del mal producido por el delito" es un criterio especialmente idóneo para considerar males imputables como delito, pero absorbidos en el castigo de un delito principal, con el que entraron en concurso aparente de leyes, resuelto por el principio por consunción (v. *infra*, "Comentario previo a los Arts. 74 y 75"). Todos los demás elementos (males no imputables, o no constitutivos en sí mismos de injustos penales) parecen muy dudosos. También en el concurso *ideal* o *medial*, debe considerarse el mal constituido por el delito menos grave, especialmente si, a consecuencia de que el delito más grave tenía señalada una pena que constaba de un único grado de penalidad, la "absorción agravada" no tuvo consecuencias en la determinación del *marco penal concreto* (también en tal sentido, VAN WEEZEL, 2001, s. pág., quien además se refiere a las hipótesis de la reiteración de crímenes y simples delitos de la misma especie —actual Art. 351 del CPP—).

NECESIDAD DE FUNDAMENTACIÓN Y POSIBILIDAD DE RECURRIR EN CONTRA DE LAS DECISIONES ADOPTADAS EN LA MATERIA

Como afirma ETCHEBERRY, II, 191, el Art. 69, si bien no fija una pauta rígida y precisa al tribunal, es "imperativo para el sentenciador", en el sentido de que debe consignar en su fallo la forma en que cumplió con lo prescrito por él ("determinará la cuantía de la pena en atención a [...]"). Según VAN WEEZEL, 2001, s. N° de pág., es revisable por casación la decisión no fundamentada, así como la contradictoria, la que no toma en cuenta o interpreta erróneamente los criterios del Art. 69 del CP, y la que viola principios como el que prohíbe la doble valoración o la igualdad ante la Ley (argumentos perfectamente extensibles, **en mi opinión**, al recurso de nulidad). En relación con la jurisprudencia, la inactividad de los tribunales advertida por el propio VAN WEEZEL, 2001, s. N° de pág., en materia de casación penal (que nunca habría sido acogida por infracción de Art. 69 del CP), parece estar revirtiéndose, en relación con el recurso de nulidad. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema, siguiendo el planteamiento de ETCHEBERRY (a quien cita expresamente), ha consignado el carácter obligatorio del Art. 69 "cuya aplicación no puede omitirse" (sentencia de la Corte Su-

prema, Rol N° 1290-2006, de 30 de noviembre de 2006, contra Eduardo Orozco Montenegro [Nulidad Penal], N° ID LegalPublishing: 35716, que acoge la nulidad en contra de una decisión que incurrió en esa omisión; v. también la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1381-2006, de 15 de diciembre de 2006, contra Armando Armijo López [Nulidad Penal], N° ID LegalPublishing: 35717, señalando, en similares términos, el error de Derecho en el que incurre el sentenciador que omite aplicar y consignar el razonamiento realizado, y anulando también una decisión que incurrió en tal vicio).

CÓDIGO
PENAL
COMENTADO

LIBRO PRIMERO (ARTS. 1º A 105)
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTORES
JAIME COUSO - HÉCTOR HERNÁNDEZ

AUTORES
MIGUEL CILLERO
JAIME COUSO
HÉCTOR HERNÁNDEZ
JORGE MERA

 AbeledoPerrot®
LegalPublishing Chile

 udp
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

programa
de derecho
penal
facultad de derecho

Artículo 74. Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra penas de las comprendidas en la escala gradual número 1.

BIBLIOGRAFÍA: KUNSEMÜLLER, Carlos: "Comentario a los Artículos 12 y 13", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 187-227; MATUS, Jean Pierre (2008), "Concurso Real, Reiteración de Delitos y Unificación de Penas en el Nuevo Proceso Penal", [fecha de consulta: 23 de marzo 2011], disponible en <http://cl.microrjus.com/Search>, Cita: MJD314; MUÑOZ HORMENT, Humberto (1986), "Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos", en Revista Chilena de Derecho, (1986, Vol. 13); MATUS, Jean Pierre: "Comentario a los Artículos 74 a 78", en POLITOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 383-407.

COMENTARIO

Jaime Couso

I. El concurso real de delitos

El Art. 74 del CP establece la regla general para el tratamiento de

pluralidad delictiva constituida a través de varios (dos o más) hechos, esto es, del *concurso real de delitos*. Según CURY, 659-660, hay *concurso*

real "cuando un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos jurídica y fácticamente independientes, respecto de ninguno los cuales se ha pronunciado sentencia condenatoria firme y ejecutoriada". La *independencia* fáctica, con todo, no debe entenderse como ausencia de toda *vinculación* fáctica entre los delitos (por ello es equívoca la referencia a delitos "no conectados entre sí", en ETCHEBERRY, II, 115, así como en GARRIDO, II, 447)¹⁷⁹, pues se acepta de modo general que también entran en *concurso real* delitos entre los que se da una cierta vinculación fáctica, que se podría calificar de "débil" (como los hurtos sujetos a la regla del Art. 451 del CP) o "fuerte" (como los que están en relación

de medio a fin, sujetos a la regla del Art. 75 del CP). Pero sí exige, la independencia fáctica, que los diversos delitos estén constituidos por diversos hechos; en caso contrario, si están constituidos por un solo hecho, se configura propiamente un "concurso ideal de delitos"¹⁸⁰. Por último, cuando no se cumple la exigencia de que no se haya pronunciado sentencia condenatoria respecto de ninguno de los delitos, el caso conceptualmente no constituiría *concurso real de delitos*, sino *reincidencia*¹⁸¹.

II. La regla de la acumulación material de penas.

Y la regla general establecida por el Art. 74 para los delitos que

¹⁷⁹ MUÑOZ, 342, trata la independencia como un requisito negativo para que se produzca el concurso real, explicando que "[d]e lo que se trata es que los hechos no estén vinculados entre sí por aquella vinculación que, según las distintas posiciones que se adopten, es la que da lugar fundamentalmente al delito continuado, o bien a otros casos de unidad jurídica de delito".

¹⁸⁰ Y si bien tiene razón MATUS (MATUS, 2008, n. 3), al rechazar la exigencia de una "pluralidad de hechos" como requisito de aplicación de la regla del Art. 74 (*acumulación material de penas*), pues ello haría imposible aplicarla subsidiariamente a los casos de *concurso ideal* respecto de los cuales la regla del Art. 75 del CP resultase más desfavorable para el condenado, ello no obsta a que el concepto de concurso real sí incorpore tal requisito, sin el cual no se le puede distinguir del concurso ideal. Si hay que admitir, entonces, que la *acumulación material de penas* es una regla establecida tanto para los concursos reales, como para los concursos ideales que no resulten tratados más favorablemente para el condenado a través de la *absorción agravada de penas*.

¹⁸¹ En el sentido de las circunstancias agravantes 15ª y 16ª del Art. 12 del CP que, ahora sí, después de la modificación introducida por la Ley N° 20.253 (DO 14/03/2008), se conforman con la condena previa, sin exigir el cumplimiento de la pena (a diferencia de lo que ocurría antes de dicha reforma; v. KUNSEMÜLLER, Comentario, 213; CURY, 511).

entran en *concurso real* consiste en que el autor de los mismos debe cumplir íntegramente las penas correspondientes a todos ellos, regla denominada por la doctrina como *acumulación material* de penas.

Esta forma de castigar al sujeto responsable de varios delitos ya fue objeto de discusión en la Comisión Redactora y en el Parlamento, por considerarse un exceso, que podía acarrear cuantías penales ya entonces consideradas "absurdas", pero pese a ello se rechazó la propuesta de introducir alguna limitación absoluta a la acumulación material, de modo que la regla ha regido sin más limitaciones que las establecidas para los casos excepcionales (v. *supra*) contemplados en aquel entonces o incluidos más tarde —algunos, sin embargo, de frecuente aplicación, como el Art. 509 del C. de P.P.— (v. MATUS, Comentario, 383). Más recientemente, el *Anteproyecto* de CP de 2005, propuso (en su Art. 53) que la regla de la acumulación material de penas "no podrá llevar a imponer una pena superior en dos grados a la correspondiente al delito más grave [...] o a treinta años de reclusión, si éste tuviese asignada la pena de reclusión mayor en su grado máximo". Esta proposición, como el *Anteproyecto*, no llegó a ser presentada a la consideración del Congreso Nacional.

Conforme a la regla del Art. 74 del CP, el cumplimiento de las diversas penas acumuladas debe ser simultáneo cuando ello sea posible, salvo si "de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas". Aplicando este criterio, sí podrían cumplirse simultáneamente con otras, las penas privativas de derechos y las pecuniarias (LABATUT, I, 176). En cambio, como explica CURY, 661, el cumplimiento de una de las penas se hace ilusoria "cuando la imposibilidad de ejercer el derecho afectado por esta última está ya implícito en la afectación de aquél a que concierne la otra", lo que ocurre, desde luego, en caso de imponerse dos o más penas privativas de libertad o una pena privativa de libertad junto a una o más penas restrictivas de libertad (NOVOA, II, 26). Para estos casos, el propio Art. 74, inc. 2º, del CP dispone el cumplimiento sucesivo de las penas, partiendo por "las más altas en la escala respectiva", a excepción de las penas restrictivas de libertad que si concurren con penas privativas de libertad, deben imponerse recién una vez cumplidas éstas (excepción que, según explica MATUS, 2008, también se aplica a las penas restrictivas no incluidas en las escalas graduales a que se refiere el inc. 2º del CP, como la sujeción a la vigilancia de la autoridad).

Artículo 75. La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro.

En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave.

BIBLIOGRAFÍA: BUSTOS, Juan (1962): *Concurso ideal de delitos*, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (Santiago de Chile, Editorial Universitaria); ETCHEBERRY, Alfredo (sin fecha): *El concurso aparente de leyes penales* (Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile); MATUS, Jean Pierre: "Comentario a los Artículos 74 a 78", en POLTOFF / ORTIZ, Comentario, pp. 383-407; MUÑOZ HORMENT, Humberto (1986), "Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos", en Revista Chilena de Derecho, (1986, Vol. 13).

COMENTARIO

Jaime Couso

I. El concurso ideal

El Art. 75 del CP concede un tratamiento punitivo privilegiado a casos de pluralidad delictiva constituida a través de un solo "hecho", reconociendo la estrecha vinculación fáctica que une a los diversos delitos cometidos (no se trata, en cambio, de un caso de *unidad delictiva*; v. *supra*, Comentario previo a los Arts. 74 y 75, I). Una primera cuestión problemática es la de qué debe entenderse por "un solo hecho", es decir, cuál es esa fuerte

vinculación fáctica que da lugar a tal tratamiento privilegiado.

La doctrina concede a la expresión "hecho" un significado distinto, y más amplio, que al concepto de "acción", propio del sistema del hecho punible (definido como "acción típica, antijurídica y culpable"), concluyendo que el Art. 75 está concebido para hipótesis en que en un solo hecho se manifiestan diversas acciones (...típicas, antijurídicas y culpables) constitutivas de delito (así, por ej., ETCHEBERRY, II, 119¹⁸²).

¹⁸² Sin embargo, en ETCHEBERRY, 11-12, asumía la nomenclatura alemana, y afirmaba, interpretando el alcance del Art. 75 del CP, que "en el concurso ideal hay varios delitos aunque la acción sea única", lo que implicaba asumir —para efectos de la teoría de los concursos de delitos— un concepto de acción distinto del que se emplea en la teoría del hecho punible, como se acepta, por lo demás, por la doctrina alemana.

Pero más allá de esa convergencia, la doctrina manifiesta diversas opiniones sobre varias cuestiones relevantes.

Una primera discrepancia se aprecia en relación con los criterios materiales que determinan cuándo los diversos delitos forman parte del mismo hecho. Uno de los criterios que se proponen gira en torno a la idea de la *necesidad* de la segunda infracción (ETCHEBERRY, II, 122: "la Ley [...] toma en consideración que la múltiple ofensa al orden jurídico no proviene de un efecto contingente, sino necesario: para cometer el delito que se proponía, el delincuente no podía dejar de cometer el otro, forzosamente y aunque no lo quisiera", criterio que, sin embargo, no se aplica a numerosos casos de concurso ideal entre un delito doloso y otro imprudente—como el aborto seguido de muerte de la embarazada— en los que es imaginable que, con mayor diligencia, bien podría haberse evitado este último), o la de *identidad del resultado externo* causa-

do por una misma acción (NOVOA, II, 232, criterio que, como se verá, deja fuera del Art. 75 del CP a casi todos los casos reconocidos de *concurso ideal*), o, en fin, el de existencia la una *única decisión en contra del orden jurídico* (el mismo ETCHEBERRY, II, 121, refiriéndose a ANTOLISEI: el sujeto "se ha colocado en posición de rebeldía, de desobediencia a la norma (aunque se trate de normas distintas) en un solo momento, mientras que en el concurso material se rebela varias veces sucesivas contra el orden jurídico"¹⁸³, criterio que permite abarcar la generalidad de los casos comúnmente aceptados de *concurso ideal*, pero todavía es problemático respecto de otros, como el concurso entre las lesiones inferidas a quien intenta rescatar al secuestrado y el delito de secuestro, donde no se aprecia un solo momento de "rebeldía" contra el ordenamiento jurídico, sino, a lo menos, tantos cuantos son las acciones—y omisiones— con las que se ha ido manteniendo en el tiempo el secuestro, como "estado antijurídico"¹⁸⁴.

¹⁸³ El énfasis está en el original.

¹⁸⁴ En cambio, la mejor explicación de la relación que debe existir entre los diversos delitos que entran en concurso ideal, parece ser la (defendida por la doctrina mayoritaria alemana) que exige una identidad, siquiera parcial, entre las acciones ejecutivas de los diversos delitos. ETCHEBERRY, II, 120) de alguna manera se acerca a ese criterio cuando, para resolver la cuestión, propone la siguiente fórmula: "¿Puede, mentalmente, precisarse un instante en el cual uno de los delitos esté cometido, en tanto que el otro

No obstante esta indeterminación de los criterios materiales para definirlo, una mayoría de la doctrina autores acepta que caben dentro de "un solo hecho", siempre que se manifiesten de forma unitaria, diversos resultados materiales independientes (con diversos alcances, admiten esa posibilidad: ya, tempranamente, BUSTOS, 85, 89 y ss.; CURY, 663 y ss.; ETCHEBERRY, II, 119 y ss.; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 447, 449; GARRIDO, II, 453-454; MUÑOZ, 361). NOVOA, II, 232, en cambio, defendiendo una opinión solitaria, entiende que los diversos resultados (materiales) típicos causados por una sola acción no son constitutivos de un solo "hecho" sino necesariamente de varios, rechazando por ello la existencia de concurso ideal en tales hipótesis, tanto si se producen diversos resultados heterogéneos (con un disparo se mata a una persona, se

hierne a otra y se daña la propiedad ajena) como si se producen diversos resultados homogéneos (un solo resultado mata a dos personas)¹⁸⁵.

Sin embargo, aun al interior de aquella doctrina mayoritaria, en la práctica se resuelve de formas diversas qué delitos pueden quedar alcanzados por ella. Las diferentes opiniones, tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia, se aprecian mejor al examinar las soluciones propuestas para los casos más problemáticos o más frecuentes.

a) *Concurso ideal heterogéneo*: la doctrina mayoritaria coincide en que la realización de dos o más tipos penales diferentes, cuya ejecución material se inicia a través de un mismo comportamiento externo (si bien "internamente", para CURY, 663, se pueden apreciar dos

Continuación nota ¹⁸⁶

no esté siquiera en tentativa? Si no pueden separarse las ofensas de esta forma, ello significa que el hecho es indivisible, y en consecuencia único" (con la salvedad que, para los delitos de *resultado cortado*, como el robo, el momento que define al límite entre el concurso ideal y el concurso real no parece ser la consumación formal sino el agotamiento, como la misma doctrina mayoritaria alemana, lo acepta).

¹⁸⁵ De modo que, para este autor, la regla del Art. 75, en lo que al concurso ideal atañe (dejando de lado al *concurso medial*), se aplicaría únicamente a casos en que un solo hecho (una "conducta humana" que "origina" un solo "resultado externo") "quede abrazado no solamente por un tipo sino que por dos o más", como en caso del acceso carnal violento con hermana casada (NOVOA, II, 232), donde habría que apreciar, según da a entender NOVOA, no sólo violación, sino además incesto y—hasta antes de su derogación por la Ley N° 19.335, DO 23/09/1994— adulterio.

o más finalidades, y por ello, dos o más acciones), aun si da lugar a la producción de resultados materiales independientes, queda abarcada dentro de un solo hecho (por ej., disparar a una persona, hiriéndola, y destruyendo al mismo tiempo una cosa ajena de gran valor). Los casos más tratados en doctrina son los siguientes:

i) Los *delitos preterintencionales* (no regulados expresamente en la ley), en los cuales “quien, con ocasión de ejecutar dolosamente una acción típica, causó culposamente un resultado típico más grave” (CURY, 349). Reconocen aquí la existencia de un *concurso ideal*, CURY, 350, 664, pues “[a]unque constituye el caso límite de tal posibilidad, también aquí el movimiento corporal único del agente puede materialmente desdoblarse en dos acciones, la primera de las cuales presta su fisonomía la finalidad orientada a la realización de la conducta típica perseguida (dolo), y a la segunda, la omisión de im-

mir a su actividad toda la dirección final de que era capaz a fin de evitar la desviación del curso causal[...]”; ETCHEBERRY, expresamente, en el caso del aborto doloso consumado o frustrado, seguido de muerte de la embarazada atribuible a culpa (ETCHEBERRY, III, 110-111), así como en la hipótesis de las lesiones dolosas de menor entidad, seguidas de lesiones culposas más graves (ETCHEBERRY, III, 127), pero es curiosamente ambiguo en el caso del homicidio preterintencional, donde aprecia, sin especificar su naturaleza, “un concurso de delitos”, entre las lesiones dolosas y el cuasidelito de homicidio (ETCHEBERRY, III, 51, expresión que también había usado en I, 326, al referirse, en general, al tratamiento del delito preterintencional, abarcando ahí tanto aquellos dos primeros casos como este último); y, GARRIDO, III, 50-51, respecto del homicidio preterintencional, y 112, respecto del aborto doloso seguido de muerte imprudente de la embarazada¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Opinión que, sin embargo, contradice la solución que aparecía defendiendo en GARRIDO, II, 454, n. 693, donde consideraba “discutible” que hubiese allí un *concurso ideal*, y opinaba (no queda claro si de *lege lata* o de *lege ferenda*) que “debería sancionarse según el art. 74” pues “hay dos acciones (o hechos) claramente distintas: la actividad dolosa dirigida a atacar el feto y la falta de cuidado con que se realizó esa actividad, que provocó la muerte de la mujer”, opinión a la que parecía dar un alcance todavía mayor cuando añadía (GARRIDO, II, 455) que “[e]n la mayor parte de los casos señalados como de concurso ideal, hay pluralidad de acciones [...] [por lo que] en puridad,

En la *jurisprudencia*, un fallo de apelación relativamente reciente de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas (Rol N° 84-2007, de 15 de septiembre de 2007 contra Jaime Juvenal Calbuyahue Cheuquepil, N° ID LegalPublishing: 37283) aplica el Art. 75 del CP a un caso de delito preterintencional de lesiones menos graves dolosas con resultado de muerte imprudente, argumentando que “de acuerdo a nuestra jurisprudencia mayoritaria se castiga como un concurso ideal de delitos”. Por su parte, aprecia un concurso ideal entre un delito de homicidio simple doloso frustrado y uno de lesiones gravísimas dolosas consumadas (y no un concurso aparente por consunción, si bien la diferencia no tiene consecuencias prácticas en el caso), la Corte de Apelaciones de Santiago (en sentencia de apelación, Rol N° 1400-2007, de 19 de junio de 2007, contra Jaime Antonio Muñoz Orellana, N° ID LegalPublishing: 39549).

ii) En los casos de *aberratio ic-tus*, en que un “golpe” (disparo, estocada, carta bomba, etc.) se dirige dolosamente hacia un determinado objeto, pero por una desviación en el curso causal termina alcanzando, con culpa del autor, a otro (en el caso más tratado, ambos “objetos” son personas), también aprecian un *concurso ideal*, sujeto al Art. 75 del CP, POLITOFF / GRISOLÍA / BUSTOS, 135; CURY, 313; y POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 267. GARRIDO, II, 126-127, en cambio, aprecia aquí un solo delito doloso consumado.

iii) Otros casos frecuentes de pluralidad de delitos ejecutados materialmente a través de una única acción exterior, como la *violación y el incesto* (ya BUSTOS 88; v. MATUS, Comentario, 400, citando en ese sentido a la Comisión Redactora y haciendo referencia a “numerosa jurisprudencia” citada por Fernández; sin embargo, un sector –mayoritario, según GARRIDO, III, 357– no aprecia incesto, sino únicamente violación o

Continuación nota ¹⁸⁶

son casos de concurso real”, justificando el tratamiento unitario sólo en el caso de “acciones indivisibles” como la de la violación de la mujer casada que “lleva implícito el adulterio”. Determinante de esta opinión, que lo acercaba mucho al criterio seguido por NOVOA, parecía ser una cierta confusión entre los conceptos de “acción” y “hecho” (que usa como sinónimos en el pasaje citado, pese a que él mismo partía distinguiendo entre ambos conceptos), confusión que lo llevaba a negar la unidad de hecho por la mera presencia de una pluralidad de acciones delictivas.

estupro, por faltar el consentimiento libre de alguno de los partícipes, que sería exigencia típica; en sentido similar, ÉTCHEBERRY, IV, 44).

La jurisprudencia ha tratado el caso del concurso entre el *porte y tenencia de armas* y entre éstos y un delito distinto (lesiones o robo) cometido con el arma que se porta. Así, por ej., la Corte de Apelaciones de Rancagua (sentencia Rol N° 217.637, 23 de abril de 2004, contra José Sandro Zamorano Meneses [recurso apelación], N° ID LegalPublishing: 30356, citada al tratar del *concurso aparente*) descarta el concurso ideal entre el porte y la tenencia de armas, y reconoce implícitamente un *concurso aparente de leyes* ("afectando ambas infracciones al mismo bien

jurídico, que es la seguridad pública, no cabe duda que la conducta de porte engloba el disvalor de la tenencia"), castigando sólo por el primero; pero, por otra parte (en la misma decisión), tampoco acepta la existencia de *concurso ideal* entre el porte ilegal y las lesiones cometidas con el arma que el autor portaba, pues "[e]l porte ilegal de arma de fuego, como delito de peligro abstracto que es, estaba cometido—consumado—antes que el hechor se encontrara siquiera con el lesionado"¹⁸⁷, tratándolos (implícitamente) como un caso de *concurso real*, si bien sugiere que podría haber *concurso ideal* si el porte hubiese "tenido la precisa finalidad de perpetrar las lesiones, caso en el cual existiría premeditación".

¹⁸⁷ El argumento ignora el carácter de *delito permanente* del porte ilegal de armas (así lo califican POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PE, 56, el que, en consecuencia, se sigue consumando hasta el momento de su total agotamiento (cuando se ponga fin al estado antijurídico creado con el primer acto consumativo), lo que, según CURY, 652, debería llevar a reconocer un concurso ideal entre el *delito permanente* y los que se cometan simultáneamente con él. Sin embargo, como lo decisivo para el concurso ideal no debe ser la manifestación coetánea, sino el hecho de que ambos delitos se integren en un mismo hecho material, compartiendo siquiera una acción ejecutiva, típicamente relevante para ambos, la presencia de un *concurso ideal* es discutible, pues es dudoso que la acción de lesionar con el arma sea una acción ejecutiva del delito permanente de porte ilegal de armas (sí lo sería en cambio, la acción de lesionar a quien intenta terminar con el porte ilegal, recuperando el arma de quien ilegalmente la porta). Cfr. sin embargo, lo dicho acerca del concurso aparente entre la figura básica del porte ilegal y el delito que el autor del porte precisamente se proponía cometer con el arma, *supra*, en n. 173.

b) *Concurso ideal homogéneo*: consiste en la realización de un mismo tipo penal, varias veces, cuya ejecución material se inicia a través de un solo comportamiento externo, como en el caso de quien coloca una artefacto explosivo queriendo o aceptando la muerte de diversas personas, que efectivamente se produce a consecuencia de la explosión. En tal caso CURY, 666, si bien criticando *de lege ferenda* el diverso tratamiento que tendría quien da muerte a las mismas personas mediante acciones sucesivas, y ÉTCHEBERRY, II, 121 si bien reconocen un *concurso ideal* sometido a la regla del Art. 75, inc. 2°, del CP (también BUSTOS, 89-91, advirtiendo la equivocidad del tenor literal del Art. 75, se decidió a favor de su aplicación a los casos de *concurso ideal homogéneo*, apoyado en "el elemento intencional y los antecedentes de la legislación comparada", así como en "la equidad y el espíritu general de la legislación", que exigen aplicar "lo más favorable al reo"). En cambio, rechazan tratar como *concurso ideal* a estas hipótesis, GARRIDO, II, 453, con argumentos de texto—la regla del Art. 75 supone que haya un "delito más grave", lo

que excluye extenderla para el caso en que se ha cometido varias veces el mismo delito—, y arguyendo que, en estos casos, "el bien jurídico afectado es de índole altamente personal", argumento que confunde en la medida que él mismo, ya por razones conceptuales—por haber una pluralidad de "acciones (o hechos)"— ha calificado como concurso real a toda hipótesis de manifestación aparentemente externa de "finalidades perfectamente diferenciables", salvo en el caso aislado en que ha entendido que la acción es "indivisible", y NOVVOA, II, 232, para quien cada resultado material separado da lugar un hecho diverso¹⁸⁸. La jurisprudencia, en alguna ocasión, particularmente en el caso (tratado *infra*, en el siguiente literal) de los *delitos culposos con pluralidad de resultados*, ha recogido el argumento de texto, conforme al cual el Art. 75 del CP sólo es aplicable a concursos de delitos conminados con penas diversas, lo que excluye al concurso *homogéneo*, que quedaría sometido entonces a la regla del Art. 74, sobre *acumulación material* de penas (en ese sentido, si bien *obiter dictum*, la sentencia de la Corte Suprema contra Juan Se-

¹⁸⁸ Por su parte, MATUS, Comentario, 400, y POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 447 y n. 233, restando importancia a la cuestión, finalmente (como advierte CURY, 666, n. 66) no se pronuncia.

gundo Camilo, de 1965, RDJ LXII, 4-500, sintetizada por ETCHEBERRY, DPJ II, 142, y DPJ I, 263 y n. 514). El año 2005, en una decisión algo *sui generis*, la Sala Penal de la Corte Suprema (Rol N° 4.112-2005, de 15 de septiembre de 2005, contra Daniela Alejandra Radwell Darricarrere [casación en el fondo penal], N° ID LegalPublishing: 32840), también acoge la tesis de que el concurso ideal homogéneo no tiene cabida en el Art. 75 del CP, pero no para dar aplicación al Art. 74 del CP, sino para afirmar la existencia de un solo cuasidelito (aspecto del fallo que se examina infra, en el siguiente literal), argumentando, a mayor abundamiento, que “el artículo 75 de Código Penal, que exige que un solo hecho constituya dos o más delitos, en todo caso, además, no es aplicable, porque éste exige como condición esencial, que en el con-

curso exista un ilícito más grave que otro, lo que en el caso en estudio no acontece porque si se razona que son dos los cuasidelitos ellos aparecen con igual sanción”¹⁸⁹. Recientemente, la Corte de Apelaciones de San Miguel (Rol N° 247-2009, de 1 de abril de 2009 [nulidad penal], N° ID LegalPublishing: 42034) rechaza la aplicación del Art. 75 del CP al caso de un disparo que dolosamente da muerte a dos personas, afirmando en cambio un *concurso real*, sobre la base del argumento de que tratándose de “bienes jurídicos personalísimos” “habrá tantos delitos como víctimas” (citando a POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 452), dando a entender con ello que la pluralidad delictiva por definición excluiría el *concurso ideal* (conclusión que los autores citados en ningún caso pretenden extraer de aquella esa afirmación¹⁹⁰).

¹⁸⁹ Curioso es, además, —porque contradice, al parecer sólo para estos casos, la opinión que ha defendido en la doctrina—, que esta tesis haya sido suscrita por CURY, como ministro redactor del fallo. En efecto, CURY, 666, había afirmado que la clasificación del concurso ideal en “homogéneo” y “heterogéneo” “tiene un valor sistemático, pues, desde el punto de vista práctico, las dos situaciones se rigen por lo dispuesto en el art. 75 del CP”. Y no parece que con la decisión de la Sala Penal a la que concurrió haya decidido abandonar por completo este punto de vista, con las consecuencias que ello tiene para los casos de *concurso ideal homogéneo* de delitos dolosos: someterlos a la regla de *acumulación material* de penas, del Art. 74 del CP.

¹⁹⁰ A diferencia de GARRIDO, también citado por el fallo, quien efectivamente afirma que la pluralidad delictiva, en el caso del concurso de delitos de homicidio doloso, configura un *concurso real*.

c) *Delitos culposos con pluralidad de resultados*. En esta hipótesis, que se verifica, por ej., cuando un conductor imprudente impacta a otro automóvil, lesionando o dando muerte a dos o más personas, las razones expuestas por NOVOA, II, 232 (v. *supra*, el punto anterior), al rechazar en general la posibilidad de un *concurso ideal homogéneo*, aún cuando no haga referencia explícita al asunto, apoyan implícitamente la tesis de tratarlos como casos de *concurso real* de delitos. GARRIDO, II, 227-228, en cambio, entiende que, en los cuasidelitos, la conducta prohibida consiste en “comportarse sin cuidado” y no en “causar un resultado”, de modo que debe apreciarse un solo cuasidelito, y no un concurso (*real* ni *ideal*) de cuasidelitos. ETCHEBERRY, I, 322, tampoco aprecia concurso alguno (ni *real* ni *ideal*), sino que afirma la existencia de un solo cuasidelito “porque ha existido una sola infracción del deber general de diligencia o cuidado”. CURY, 665, coincide con esa tesis para la generalidad de los casos, pues el “disvalor de acción en esas situaciones [constituido por la actuación imprudente, pese a la previsibilidad del resultado] es siempre idéntico”, pero hace excepción únicamente de la hipótesis en que “para el autor *era previsible que si la conducta producía efectivamente un resultado típico,*

éste sólo podía consistir en una lesión múltiple de bienes jurídicos”, como es el caso del capitán que conduce imprudentemente una nave o aeronave en la que viajan varios pasajeros, en el que reconoce un *concurso ideal*.

En relación con el tratamiento dado a esta materia por la *jurisprudencia*, ETCHEBERRY, DPJ I, 264-265, reseña diversas decisiones que, en la pasada década del sesenta, castigan, unas, por concurso ideal de cuasidelitos, otra, por un solo cuasidelito, e incluso alguna que rechaza la aplicación del Art. 75 del CP (sugiriendo la aplicabilidad del Art. 74) cuando los cuasidelitos son de la misma gravedad, ya que al tener igual pena no les esulta aplicable la regla de que se aplique la pena (mayor) del “delito más grave” (aludiendo al argumento de texto citado supra, al reseñar la postura de GARRIDO). Más tarde, en la década del setenta parece consolidarse el criterio conforme al cual, en estos casos, debe castigarse por un concurso ideal de cuasidelitos (ETCHEBERRY, DPJ IV, 85), criterio ratificado por un fallo de 1990 (Corte Suprema, 27 de agosto de 1990, RDJ, LXXXVII, 197, citada MATUS, Comentario, 400). Sin embargo, más recientemente, en un fallo de 2005 (Corte Suprema, Rol N° 4.112-2005, de 15 de septiembre de 2005, contra Daniela Alejandra

dra Radwell Darricarrere [casación en el fondo penal], N° ID LegalPublishing: 32840), la Sala Penal de la Corte Suprema aplica la concepción defendida por GARRIDO, ETCHEBERRY y CURY (quien es, por el demás, el redactor del fallo), para resolver que, en una hipótesis de conducción en estado de ebriedad, que causa a dos pasajeros del automóvil impactado, lesiones simplemente graves y lesiones menos, respectivamente, “se trata de un solo hecho cuasidelictual que produjo un resultado múltiple previsto en el artículo 492 y sancionado en el artículo 490 N° 2 [...], y como la procesada ejecutó una sola acción culposa, la penalidad se rige por la última disposición citada y no el artículo 75 [...]” (en el mismo sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7025-2006, de 18 de junio de 2008, contra Francisco Roa Serra [recurso de apelación], N° ID LegalPublishing: 39406).

II. El concurso medial

El mismo tratamiento privilegiado que el *concurso ideal* recibe en el Art. 75 del CP el *concurso me-*

dial (también denominado *concurso ideal impropio*), que, como se dijo, es realmente un caso de *concurso real*, cuya peculiaridad está dada porque los delitos que se encuentren en una relación de medio a fin.

Hay acuerdo en doctrina y en la práctica judicial en que esa relación se debe juzgar *en concreto*, atendiendo a la “conexión ideológica” entre los delitos, de acuerdo con “el plan del autor” (GARRIDO, II, 451; en el mismo sentido, CURY, 663; MATUS, Comentario, 400; MUÑOZ, 1986, 338), conexión que la *jurisprudencia* ha apreciado, por ejemplo: entre un delito de estafa de más de 400 UTM (Art. 467, inc. final, del CP) y los delitos –utilizados como medio para cometer la estafa– de falsificación de documento público (Art. 193 del CP) y de falsificación de sellos y timbres de una autoridad (Art. 185 del CP) (Corte Suprema, Rol N° 8059-2008, de 31 de marzo de 2010, contra Jorquera Rojas, Bernardo Galvarino [nulidad penal], N° ID LegalPublishing: 43522)¹⁹¹; y, entre un delito de robo con violencia y otro de tráfico de sustancias químicas esenciales (del Art. 2° de

la Ley N° 20.000), si el primero ha sido un medio para cometer el segundo (Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 104-2007, de 26 de octubre de 2007 [nulidad penal], N° ID LegalPublishing: 37600, decisión que, sin embargo, como se verá, aplica el Art. 74 del CP, por ser más favorable a los condenados).

III. Aplicación de la regla de absorción agravada de la pena. “Pena mayor” y “delito más grave”

El tratamiento punitivo privilegiado establecido por el Art. 75, inc. 2° del CP, tanto para el *concurso ideal* como para el *concurso medial*, consiste en que se castigue con “la pena mayor asignada al delito más grave” (regla conocida como *aspiración, absorción* o –mejor aún–, *absorción agravada*¹⁹² de la pena).

Sobre la definición de cuál es el delito más grave, hay acuerdo (véase,

por todo, ETCHEBERRY, II, 121-122; MATUS, Comentario, 402) en que, entre penas de la misma naturaleza (por ejemplo, privativas de libertad), el delito más grave es el que tiene la pena (el grado) más alta, y si ambos tienen, como pena mayor, la misma pena (el mismo grado), el delito más grave es el que tiene señalada dicha pena, como pena única, o el que menos grados tiene hacia abajo, dentro de su marco penal (es más grave un delito castigado con presidio menor en sus grados medio máximo que uno castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados); si ambos delitos tienen la misma pena, cualquiera de ellos puede tenerse como el delito más grave. Según MATUS, Comentario, 402, si bien lo mismo se desprende implícitamente de las explicaciones de ETCHEBERRY, II, 121, y de las de CURY, 667, la decisión de cuál es el delito más grave sería previa a la aplicación de las atenuantes y agravantes¹⁹³. Cuan-

¹⁹² V. *supra*, n. 163.

¹⁹³ Sin embargo, la explicación de NOVOA, II, 236, sobre el carácter más benigno que, para los efectos de esta regla, tienen las penas compuestas de varios grados “puesto que ellas permitirían rebajas más considerables”, parece sugerir que la determinación de cuál es delito más grave es posterior a la aplicación de las atenuantes y agravantes (si bien, en el mismo lugar, sólo un par de párrafos más abajo, parece entender lo contrario). En efecto, sólo sería “más benigna” (para los efectos de decidir cuál es el delito más grave) la pena del homicidio simple que la pena de las lesiones gravísimas si, por ejemplo, concurriendo tres atenuantes sin agravantes, las reglas del Art. 67 y 68 del CP se aplican antes de escoger el delito “más grave”, caso en el cual el “delito

¹⁹¹ También hay, sin embargo, fallos que niegan la relación medio-fin, bajo las circunstancias concretas, entre la falsificación de documento público y una malversación (v. Corte Suprema, 15 de noviembre de 1984, RDJ LXXXI, 245, citada por MATUS, Comentario, 401).

do las penas de los diversos delitos son de naturaleza diversa, el delito más grave sigue siendo el que tenga la pena más alta, de las respectivas escalas establecidas por el CP; sin embargo, si la más alta es una pena restrictiva de libertad y el otro delito está castigado con pena privativa de libertad (pero de menor duración), habrá que decidir el asunto "caso a caso" (CURY, 667; de acuerdo con él, MATUS, Comentario, 402, aclarando, con razón, que, si unas y otras son de igual duración, debe tenerse

por más grave a la pena privativa de libertad).

Una vez definido el delito más grave, conforme a esas reglas, la determinación de cuál es la pena mayor asignada a ese delito no ofrece dificultades, habiendo acuerdo en la doctrina en que, si el delito más grave tiene una pena única, ésta hace las veces de la más grave (no procede aumento alguno de pena), y que, tratándose de penas que constan de grados de una di-

Continuación nota ¹⁹³

más grave" podría ser el de lesiones gravísimas, si el tribunal planea efectuar las rebajas de pena en la máxima extensión que se lo permiten los Arts. 67 y 68 del CP (caso en que, respecto de las lesiones gravísimas, la pluralidad de atenuantes, valorada conforme al Art. 67, sólo permite rebajar la pena hasta el presidio menor en su grado medio, mientras que para el homicidio, la pluralidad de atenuantes, valorada según el Art. 68, permite rebajarla hasta el presidio menor en su grado mínimo, pudiendo imponer el tribunal 541 días de presidio). En tales casos, sin embargo, la "pena mayor" siempre terminaría siendo la única pena resultante de la rebaja en grados. Y, sin embargo, sólo a través de ese procedimiento, como puede apreciarse, tendría relevancia en la aplicación del Art. 75, la cuestión (planteada por NOVOA) de si el marco penal consta de uno o de una pluralidad de grados. Para el procedimiento contrario (conforme al cual el Art. 75 se aplica antes de considerar las atenuantes y agravantes), no tiene ningún impacto (a igual límite superior) la diferencia entre marcos compuestos de una única pena o de varias penas. Y este procedimiento (en el que concuerda la doctrina mayoritaria, y que parece ser el correcto), al reducir el efecto del Art. 67 (permitiendo al tribunal, en el ejemplo, rebajar la pena sólo hasta el presidio menor en su grado máximo—dos grados menos que la pena mayor asignada al homicidio— que podría fijar en 3 años y un día), debería llevar al tribunal, en este ejemplo, a aplicar el Art. 74 del CP, como norma más favorable (castigando, por acumulación material de penas, a una pena de 602 días de presidio menor en su grado medio—la suma de los 61 días correspondientes al homicidio, con rebaja de tres grados, y de los 541 días correspondientes a las lesiones, con rebaja de dos grados—).

visible, la "pena mayor" es todo el grado respectivo (por ejemplo, presidio mayor en su grado mínimo), y no su mayor extensión (10 años de presidio) (ya, en ese sentido, LABATUT, I, 178, y NOVOA, II, 236) ni siquiera su mitad superior (el *máximo*, concepto que los Arts. 67 y 68 del CP acunian para otros propósitos, de modo que sería analogía *malam partem* su aplicación a este caso; cfr. MATUS, Comentario, 402, haciendo referencia, con todo, a jurisprudencia contradictoria citada por ETCHEBERRY, DPJ IV, 225 y ss.).

Con todo, aunque no lo establezca expresamente el Art. 75 del CP (a diferencia del Art. 351 del CPP), hay relativo acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia en que, cuando la regla de *absorción agravada de la pena* del Art. 75 conduce a una mayor pena que la que resultaría de la aplicación de la regla general de *acumulación material de penas*, del Art. 74 del CP, deberá preferirse esta última (CURY, 662, aplicando por analogía el Art. 509 del C. de P.P., en esto idéntico al Art. 351 del CPP; aparentemente de acuerdo con ello, POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, PG, 451; GARRIDO, II, 451; en cambio, ETCHEBERRY, II, 119-120, parece entender que el Art. 75 del CP se sigue aplicando

en esos casos: "sin perjuicio de que en casos particulares se obtenga un resultado diferente [¿resultados a los que habría que resignarse?], la Ley ha querido señalar para el concurso ideal [...] un tratamiento penal diferente [...] y más benigno[...]").

En la **jurisprudencia** reciente, apoya la aplicación del Art. 74 del CP, cuando resulta más favorable que el Art. 75, la Corte de Apelaciones de Iquique (Rol N° 104-2007, de 26 de octubre de 2007 [nulidad penal], N° ID LegalPublishing: 37600).

Para concluir el análisis del *concurso ideal*, es relevante la advertencia de CURY acerca de la posibilidad de que "dos o más delitos se encuentren entre sí en concurso ideal y entren además en concurso real con otro u otros hechos punibles", caso en que "deberá resolverse antes el primero", fijando la pena de conformidad con el Art. 75 del CP, pena que, en seguida, habrá que acumular ("material o jurídicamente—según corresponda—") con la primera (CURY, 667; de acuerdo con él, ETCHEBERRY, II, 122) (lo propio debe entenderse que rige para casos de delitos en *concurso medial* que además entren en concurso real con otros).