

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL Y SU PROYECCIÓN EN EL CAMPO DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL*

THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE
CRIMINAL LAW AND ITS PROJECTION OF THE
MODIFYING CIRCUMSTANCES OF CRIMINAL
LIABILITY FIELD

LUIS RODRÍGUEZ COLLAO**

RESUMEN

El artículo se refiere a la noción de responsabilidad criminal, como base para la determinación del sentido de las circunstancias que modifican dicha forma de responsabilidad y para la determinación de los principios que la Constitución chilena impone para la apreciación de aquellas circunstancias. El análisis se hace extensivo, entre otros, a los principios de legalidad y *non bis in idem*; y también a la forma en que ellos se proyectan en cuanto a la obligatoriedad de aplicar tales circunstancias.

Palabras clave: Principio de legalidad penal, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, agravantes, elementos accidentales del delito

Recibido: 19 de diciembre de 2012.

Aceptado: 26 de diciembre de 2012.

* Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación FONDECYT 1100901, ejecutado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, bajo la dirección del profesor Dr. Guillermo Oliver Calderón.

** Doctor en Derecho, Universidad de Lérida, España. Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Abogado. Profesor de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Av. Brasil 2950, Valparaíso. Irodrige@ucv.cl

ABSTRACT

The article refers to the concept of criminal liability as a base for an adequate characterization of the circumstances that modify this kind of liability and for the determination of the principles that the Chilean Constitution imposes for the assessment of those circumstances. The analysis includes the principles of lawfulness and non bis in idem, and also the way in which these principles are projected in regard to the obligation to apply such circumstances.

Keywords: Criminal liability, modifying circumstances, aggravating circumstances, accidental elements of the crime.

INTRODUCCIÓN

Es casi un lugar común afirmar que los sistemas de individualización de la pena están condicionados por dos exigencias contradictorias: los requerimientos de certeza que impone el principio de legalidad y la necesidad de conferir al órgano jurisdiccional un cierto margen de libertad, que le permita adaptar la pena al caso concreto, e incluso al propio condenado. En ambos criterios subyacen no solo razones de justicia, sino también de utilidad.

En este contexto, las legislaciones se inclinan por dos modelos de individualización de la pena: un sistema legalista o reglado y un sistema de libre arbitrio judicial. En el primero de ellos, se procura que sea el propio legislador quien fije de antemano la cuantía exacta de la pena, correspondiendo al órgano jurisdiccional la misión de aplicar, de modo prácticamente mecánico, las reglas de individualización que deben quedar establecidas detalladamente en la propia letra de la ley. En el segundo de aquellos modelos, en cambio, se procura que la labor de cuantificación de la reacción penal sea asumida por los propios jueces, con plena autonomía respecto del legislador.

Las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal no están ajenas a esta realidad. Si entendemos por tales aquellos hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto¹, fácil resulta advertir que la tensión entre el mandato de certeza y la pretensión de conferir un cierto

¹ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, "Naturaleza y fundamentos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal", en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 36, pp. 397 y ss. CEREZO MÍR, José, *Derecho penal español. Parte general*, Montevideo, Buenos Aires, BdeF, 2008, pp. 672-673.

poder discrecional a los jueces también afecta —y en cierta forma condiciona— el régimen normativo de los elementos circunstanciales del delito.

Sea que las apreciemos como expresión del principio de certeza, sea que las apreciemos como manifestación de la necesidad de llegar a una pena justa, las circunstancias constituyen un instrumento de garantía, y, desde este punto de vista, es necesario que al aplicarlas el sentenciador observe una serie de resguardos, básicamente los principios de legalidad, *non bis in idem*, lesividad y culpabilidad. El objetivo de este trabajo es, precisamente, examinar en qué forma se proyectan estos principios —que operan como límites frente al ejercicio de la potestad penal del Estado— en el ámbito de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, tanto en lo que respecta a la tipificación de estas últimas en sede legislativa, como en lo que atañe a su interpretación y aplicación por parte del órgano jurisdiccional.

Si bien es cierto que los principios recién aludidos no son los únicos que orientan el derecho penal, ni son tampoco los únicos que inciden en la operatividad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, hemos preferido concentrar el análisis en ellos, por ser los que más estrechamente se vinculan con el tema de los elementos circunstanciales del delito y por ser, al mismo tiempo, los que han generado algún grado de discrepancia a nivel doctrinal.

SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

a) Sentido y alcance

Como se sabe, el principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos, que genéricamente pueden reconducirse a la afirmación de que el derecho penal reconoce como única fuente a la ley. Sin embargo, la mera existencia de una ley no garantiza el cumplimiento del principio de legalidad en la aplicación de una pena. Precisamente para evitar que el principio de legalidad sea una declaración vacía de contenido, la ley debe reunir una serie de requisitos que generalmente se resumen en la necesidad de que sea escrita, previa a la realización de los hechos que se pretende sancionar, y estricta, esto es, que establezca claramen-

te las características del hecho punible y la sanción que corresponde imponer².

Tomando como base los distintos momentos en que se proyecta el principio de legalidad, se acostumbra a distinguir entre una dimensión criminal, aplicable al delito; una dimensión penal, referido a la sanción; una dimensión procesal, que hace referencia al procedimiento dentro del cual ha de imponerse la sanción; una dimensión jurisdiccional que refiere al órgano encargado de juzgar el hecho y de imponer la sanción; y, por último, una dimensión ejecutiva o penitenciaria, que se vincula con la forma en que han de imponerse las penas³.

Si bien es común, entre los autores, afirmar que el principio de legalidad penal tiene antecedentes en el medioevo y, aun, en la antigüedad clásica, prima el criterio según el cual dicho postulado, del modo en que hoy se lo concibe, es fruto del movimiento liberal que triunfa con la Revolución Francesa. En este sentido, y aun cuando opera como importante factor de seguridad o de certeza jurídica, como presupuesto para un trato igualitario de los ciudadanos y hasta como instrumento de prevención general, aquel ha de ser visto, antes que nada, como un instrumento de garantía del individuo frente a la actuación de los poderes estatales. De lo que se trata, en efecto, es de establecer un límite al ejercicio de la potestad sancionatoria, en cuya virtud el individuo no se vea expuesto sino a la reacción penal establecida en una ley, única expresión legítima de la voluntad popular.

Este principio garantiza la imparcialidad del Estado, en tanto tiene que determinar de manera general, y antes de la ejecución del delito, las características del hecho prohibido y el castigo que cabe aplicar al responsable. Se evita así que la actividad punitiva del Estado pueda estar cargada de subjetividades o de intereses políticos o estratégicos. Es una garantía que se le da al ciudadano, en el sentido de que también el Estado tiene sus reglas de juego y de actuación limitadas⁴.

En tanto que instrumento de garantía, el principio de legalidad penal no solo actúa como un límite frente a la actividad del órgano

² MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 97-98. CÓRDOBA RODA, Juan, "De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal", en: CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 18. GARRIDO, Mario, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 30-34.

³ CEREZO MIR, *Derecho penal español...*, pp. 201-203.

⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, Lima, Jurista Editores, 2012, p. 138.

jurisdiccional, sino que también limita la actuación del Poder Ejecutivo e, incluso, la del propio Poder Legislativo. La autoridad administrativa, en efecto, tiene cerrada la posibilidad de crear derecho penal, porque sus actos serán siempre de jerarquía inferior a la de las leyes penales; y el legislador, por su parte, tampoco es libre al momento de incriminar conductas, porque, por ejemplo, en virtud de aquel principio le está vedado regular hechos ocurridos con anterioridad al momento en que ejerce tal prerrogativa.

b) Consagración constitucional

La Constitución chilena consagra la totalidad de las dimensiones que van implícitas en la idea de legalidad⁵.

El artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución, en efecto, dispone que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Este precepto constitucional, como se desprende de su simple lectura, al disponer que los delitos solo pueden ser establecidos en normas de jerarquía legal, consagra de modo expreso la dimensión *criminal*.

A su turno, al disponer el artículo 19 N° 3 inciso séptimo que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración,...”, consagra la denominada dimensión penal.

Contempla, asimismo, la Constitución las dimensiones procesal y jurisdiccional, al disponer, en el artículo 19 N° 3 inciso quinto, que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”, y al establecer el inciso cuarto que “nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”. De este modo, la Constitución hace suya la exigencia de legalidad tanto en orden al procedimiento conforme al cual son impuestas las sanciones penales, como en lo que respecta al tribunal encargado de aplicarlas.

Si bien es cierto que la Constitución no menciona expresamente la garantía de ejecución, ella, sin lugar a dudas, se deduce de la propia garantía penal, puesto que si la sanción ha de estar prevista en el texto de una ley, lógico es suponer que, no distinguiendo la norma,

⁵ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 93-94.

tal exigencia se refiere tanto a la naturaleza de la pena como a la forma en que esta ha de ser aplicada o ejecutada. Además, puesto que la ejecución penitenciaria es, en Chile, competencia de la autoridad administrativa, esta queda, indudablemente, sometida al requerimiento genérico de legalidad contenido en el artículo 7º inciso primero de la propia Constitución.

PROYECCIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

La doctrina suele distinguir cuatro manifestaciones concretas de aquel postulado: principio de reserva de ley, principio de determinación o de taxatividad, principio de exclusión de la analogía y principio de irretroactividad⁶. A continuación expondremos brevemente en qué consiste cada una de estas manifestaciones y de qué modo ellas se proyectan en la tipificación y aplicación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

a) Principio de reserva de ley

El principio de reserva de ley implica que la ley es la única fuente admisible en el campo del derecho penal, al menos en lo que respecta a la tipificación de los delitos y al establecimiento de sanciones⁷. En otras palabras, como consecuencia del principio de reserva de ley, queda descartada la posibilidad de aplicar cualquier otra fuente que no sean las normas emanadas del Poder Legislativo.

Este principio, como es obvio, se manifiesta y se concreta en la exigencia básica de que las atenuantes y las agravantes solo pueden ser establecidas por una ley. Sin embargo, tras la aparente simplicidad de esta afirmación se oculta un problema de mayor calado, cual es el de la adopción de un sistema de configuración de las circunstancias modificatorias que satisfaga las exigencias que impone la protección de los derechos individuales. Ello, porque en pocas materias, como en esta, el legislador se ve enfrentado al imperativo de conciliar el

⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal chileno* vol. I, adaptadas al derecho penal chileno por J. A. Fernández Cruz, Santiago, Librotecnia, 2012, p. 129-134.

⁷ CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte general* –7ª edición–, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, pp. 165-172.

resguardo de los derechos personales con la necesidad de dotar a los jueces de un cierto margen de libertad que les permita adoptar decisiones justas, basadas en la realidad de cada caso concreto que les corresponda resolver.

Suele denominarse sistema de configuración de las circunstancias modificatorias al método específico que cada legislación adopta en cuanto a la configuración de tales circunstancias y en relación con los efectos que a ellas se asigna en el proceso de individualización judicial de la pena. Los factores que permiten perfilar un sistema de configuración son, fundamentalmente, el mayor o menor grado de libertad que se entrega a los jueces –tanto en orden a los hechos específicos a los cuales pueden atribuir efecto atenuante o agravatorio, como en orden a la magnitud de tales efectos– y el mayor o menor grado de taxatividad con que la ley configura y expresa los criterios de medición de la pena.

Sobre esta base, los principales sistemas vigentes en el derecho comparado pueden reseñarse conforme al siguiente esquema⁸:

- a) El sistema denominado de ausencia de regulación expresa, que consiste en omitir cualquier referencia a un parámetro de medición de la responsabilidad penal basado en factores circunstanciales. En este caso, el legislador se limita a establecer el máximo de la pena que los jueces están facultados para imponer, sin especificar cuáles son los criterios que estos pueden utilizar en el proceso de determinación de la magnitud del castigo.
- b) El sistema denominado de regulación genérica, que, al igual que el anterior, prescinde de señalar detalladamente un catálogo de circunstancias, pero ofrece, en cambio, ciertas pautas generales, cuya concreción para cada caso particular queda entregada de modo exclusivo al órgano jurisdiccional.

⁸ NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno, Parte general* –3ª edición–, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 5-6, y RIVACOBÁ, Manuel, “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría General del delito”, en: *Doctrina Penal*, Año 11, N° 43 (1988), p. 477. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que no todos los autores que exponen estos sistemas siguen el esquema adoptado en el texto. Para una completa visión de los diversos sistemas, ALONSO ALAMO, Mercedes, “Circunstancias del delito e inseguridad jurídica”, en: Del Río Fernández (dir.), *Cuadernos de derecho judicial: circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 44-49.

- c) El sistema denominado de regulación específica, o de *numerus clausus*, que consiste en señalar en forma precisa y taxativa las circunstancias modificatorias susceptibles de ser utilizadas en el proceso de individualización de la pena, quedando cerrada la posibilidad de que el tribunal dé cabida, por vía analógica, a cualquier otro criterio que no sean aquellos que expresamente menciona la ley.
- d) El sistema denominado mixto, o de *numerus apertus*, que consiste en señalar, al igual que en el caso anterior, un catálogo de circunstancias modificatorias, el cual aparece complementado con una o más circunstancias generales, cuya amplitud permite al tribunal tomar en cuenta otros factores aparte de los que figuran de modo expreso en el texto de la ley.

Como ya se insinuó, la adopción de uno u otro sistema aparece determinada por un innegable trasfondo ideológico, especialmente en lo que respecta a la forma de asegurar la vigencia de los principios fundamentales del derecho penal, y, además, desde un punto de vista político criminal, por el modo en que se conciba el sistema penal en su conjunto y por los cometidos específicos que, dentro de él, se atribuyan a la pena. Un sistema de regulación específica de las circunstancias modificatorias, ciertamente, armoniza mejor con las exigencias que impone el principio de legalidad. En efecto, el hecho de que no existan otros factores que puedan hacer variar la intensidad del castigo, aparte de aquellos que la ley hubiere fijado con anterioridad a la ejecución de cada delito, asegura la certeza jurídica; garantiza que todos los individuos se verán sometidos a un mismo trato punitivo y brinda a cada persona la seguridad de que, en caso de delinquir, sufrirá las consecuencias que efectivamente haya podido prever. Por el contrario, la adopción de un sistema que confiera mayor amplitud a la discrecionalidad de los jueces, indudablemente implica un riesgo para la plena vigencia de los principios rectores del derecho penal, pero es más dúctil frente a la necesidad de personalizar el proceso sancionatorio y, prácticamente, insustituible si se quiere orientar la función penal hacia el logro de finalidades preventivas y, sobre todo, preventivo-especiales. Más aún, incluso el cometido de justicia postulado por el retribucionismo, también supone un cierto margen de libertad en el proceso de individualización judicial de la pena, ante la imposibilidad de concretar legislativamente una medición precisa de lo injusto y de la culpabilidad. De ahí, que ni el más estricto de los sistemas de configuración

de las circunstancias haya podido prescindir de cláusulas judiciales, como la que contempla el artículo 69 del Código Penal.

A pesar de que el Código español que sirvió de modelo al nuestro, adoptaba un sistema mixto, tanto en el caso de las agravantes como en el de las atenuantes, el Código Penal de Chile contempla un sistema de regulación específica, el cual, por lo demás, es perfectamente coincidente con su orientación, con los principios que lo inspiran y, en general, con el sistema adoptado para la regulación del delito, de la pena y de la responsabilidad criminal.

Cabe preguntarse si la adscripción a tal sistema resulta obligatoria en el ordenamiento jurídico chileno o si, por el contrario, es factible que el legislador adopte un sistema diverso, especialmente en concordancia con las restricciones que la preceptiva constitucional impone al ejercicio de la potestad sancionatoria. Desde luego, nos parece que ha de descartarse la posibilidad de instaurar en Chile un sistema de ausencia de regulación, a menos que se pretendiera simplemente prescindir de toda consideración a factores circunstanciales en el proceso de individualización del castigo; lo que tampoco es aconsejable, tanto por razones de justicia, como en virtud de consideraciones político-criminales. Un sistema de esa índole, en realidad, solo sería comprensible en un contexto en el cual la actividad sancionatoria se desarrollara con total desvinculación de los principios garantísticos que imponen márgenes precisos a la intensidad de las sanciones. De ahí que un sistema como ese no solo resulte ser enteramente ajeno a nuestra idiosincrasia, sino también, al menos en Chile, claramente inconstitucional.

En realidad, tomando en consideración las exigencias constitucionales relativas a legalidad y culpabilidad, cualquier modificación al sistema vigente tendría que contemplar un límite máximo para cada sanción y omitir cualquier mecanismo a través del cual este pudiera ser traspasado por decisión judicial. Solo de esta forma pueden darse por superadas las barreras que impone la adhesión a aquellos principios.

En este sentido, no habría inconveniente para la eventual instauración de un sistema de configuración genérica de circunstancias —que en realidad lo sería de criterios de individualización, más que de circunstancias— o de un sistema mixto que contemplara una cláusula genérica a nivel de atenuantes, como ocurre en España. Sí sería inconstitucional, en cambio, el hecho de establecer esto último para el caso de las agravantes⁹,

⁹ En este mismo sentido, CURY, *Derecho Penal. Parte...*, pp. 497-498, y también, aunque refiriéndose a la situación del derecho español. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Dere-*

al menos en el evento de conservarse el esquema de individualización actualmente vigente, en cuyo contexto es posible que estas determinen un aumento de la sanción, más allá del límite superior previsto para cada delito. Tanto en uno como en otro caso, el riesgo que tales soluciones importan para la plena vigencia del principio de igualdad, puede ser compensado con la implementación –y, en su caso, con el perfeccionamiento– de una serie de instrumentos procesales destinados a obtener uniformidad en la aplicación de las leyes.

b) Principio de taxatividad

También llamado principio de tipicidad y de determinación, el principio de taxatividad implica que las leyes penales han de ser redactadas en términos estrictos y precisos, de modo que no den lugar a dudas acerca de la situación que pretenden regular. El principio de legalidad, por cierto, carecería de toda eficacia si bastara con cumplir la formalidad de que el delito y la pena estuvieran previamente establecidos en una ley, y no se exigiera, al mismo tiempo, que esta precisara nítidamente el hecho sancionado y la pena correspondiente. La idea de taxatividad es, por tanto, un complemento indispensable para la plena vigencia del principio de legalidad penal. Desde el punto de vista de la función preventiva que asume el derecho penal, el mandato de determinación constituye un mecanismo que permite al ciudadano saber qué conductas debe abstenerse de ejecutar y las consecuencias que podría traer consigo la realización de las mismas (garantía de certeza), pero también se proyecta sobre la actividad decisoria, llegando a ser una garantía frente a la arbitrariedad judicial¹⁰.

Este principio, al igual que los anteriores, figura en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución, cuyo inciso final prescribe que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. La exigencia constitucional se cumple, únicamente, cuando la descripción de la conducta se hace en términos tales, que no dan lugar a más de una interpretación acerca de lo que se desea incriminar. Asimismo, deberá tratarse de términos que se basten a sí mismos, de manera que no sea necesario recurrir a otros

cho Penal. Parte General, 4ª edición puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, Editorial PPU, 1994, pp. 526.

¹⁰ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte...*, pp. 147-148. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho...*, pp. 147-148.

antecedentes para fijar su sentido y alcance. Desde el punto de vista gramatical, la conducta tendrá que expresarse con un verbo autodenotativo, es decir, que indique por sí mismo en qué consiste el comportamiento humano que la ley pretende sancionar.

El principio de taxatividad se concreta en que tanto las atenuantes como las agravantes deben aparecer formuladas en términos estrictos en la letra de la ley dando lugar a la existencia de verdaderos tipos circunstanciales, cuyos elementos habrán de concurrir en cada caso concreto en el mundo real para que opere el efecto agravatorio o mitigante de la responsabilidad criminal¹¹.

Si bien es cierto que los autores normalmente vinculan la exigencia de taxatividad indistintamente con las atenuantes y con las agravantes, un sector de la doctrina plantea que los niveles de determinación que se requieren en la regulación legislativa de las circunstancias de atenuación de la pena son menores que los que rigen para las agravantes¹². No compartimos este raciocinio, básicamente por la estrecha relación de interdependencia que existe entre el planteamiento esencial del principio de legalidad y la idea de taxatividad, en el sentido de que si el mandato de determinación es condicionante de la efectividad de aquel principio y este rige tanto para agravantes como para atenuantes, no se ve qué razón podría justificar una liberalización de los requisitos para el caso de estas últimas.

c) Exclusión de la analogía

Por lo que respecta a este principio, cabe recordar que la analogía consiste en solucionar un problema que no está expresamente resuelto en la ley, utilizando una disposición que regula una situación similar, pero no idéntica. Como se sabe, las normas jurídicas están destinadas a regir situaciones que han de ocurrir con posterioridad a la fecha de su entrada en vigencia y por este motivo es ilusorio que el legislador pueda prever la totalidad de las situaciones futuras: siempre habrá hechos carentes de regulación (las llamadas lagunas o vacíos legales).

¹¹ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho...*, pp. 131-132.

¹² Así lo ha planteado, por ejemplo, MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo, *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*, tesis doctoral U. Pompeu Fabra, Barcelona, 2008, consultada el 25 de octubre de 2012 en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7304/tpmf.pdf?sequence=1> También disponible bajo el título *Analogía favorable al reo*, Editorial La Ley, 2009, p. 306.

La propia ley reconoce esta situación, en el artículo 10 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales, al disponer que, reclamada la intervención del órgano jurisdiccional en forma legal y en negocios de su competencia, no podrá aquel “excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”; y en el artículo 170 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil, al disponer que, a falta de ley, los fallos deberán basarse en los principios de equidad. En materia penal, sin embargo, tales disposiciones no son aplicables, porque aquí no cabe hablar de lagunas o vacíos legales: en virtud del principio de legalidad, las conductas humanas que no están expresamente contempladas en una ley, no constituyen delito y deben quedar impunes, por mucho que sean moralmente reprobables, o, aun, ilícitas desde el punto de vista de otros sectores del ordenamiento jurídico.

Esto, por cierto, conduce a afirmar que la analogía queda excluida del campo del derecho penal, como fuente para el establecimiento de delitos o sanciones. Por ello, cuando el juez establezca el sentido de las normas para determinar qué supuestos se encuentran recogidos por estas, no puede desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma. De esta manera, el tenor literal se convierte en un límite a la interpretación de la ley penal.

La prohibición de la analogía rige, sin duda, respecto de todas aquellas disposiciones penales que fueren perjudiciales a los intereses del inculpado (la llamada analogía *in malam partem*). Esto, obviamente, es consecuencia directa del principio de legalidad, cuya connotación garantista impide aplicar analógicamente las normas que fundamentan la responsabilidad penal o aquellas que la agravan en razón de determinadas circunstancias. Pero si bien es unánime el rechazo de la analogía perjudicial, no cabe decir lo mismo respecto de la llamada analogía *in bonam partem* o beneficiosa para el imputado (por ejemplo, aquella que aplica de modo analógico una norma que puede llevar a su absolución o a la aplicación de una pena más benigna)¹³.

¹³ La aceptación de la analogía *in bonam partem* concita el parecer mayoritario de la doctrina en nuestro medio. Así por ejemplo, para BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho...*, pp. 184-186, si se establece una eximente o una atenuante no hay vulneración del principio de legalidad, por cuanto no existiría arbitrariedad o abuso sobre la persona, ni implicaría una intervención abusiva del Estado sobre la persona, sino todo lo contrario, pues tal actitud dice relación con la protección de la dignidad y libertad personal del sujeto. POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho...*, pp. 99-100. Este es también el criterio dominante en la doctrina española.

Un sector de la doctrina sostiene que esta última forma de analogía también debe ser excluida, porque, al establecer las conductas susceptibles de ser sancionadas como delito, el legislador ha emitido un juicio sobre todas las conductas humanas, determinando cuáles han de ser sancionadas y cuáles no; y, en el caso de las primeras ha dictaminado acerca de la forma e intensidad que ha de revestir el castigo. De ahí, pues, que el hecho de dejar de imponer una sanción, como así también el de imponer una menos rigurosa, impliquen torcer por vía jurisdiccional una voluntad legislativa (que es expresión de la voluntad popular), claramente manifestada en el texto de la ley¹⁴.

La opinión favorable a la admisión de la analogía *in bonam partem*, por su parte, puede fundarse en que la Constitución, al consagrar el principio de legalidad, se refiere únicamente a que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley...” (art. 19, Nº 3, inciso séptimo). Como dicho precepto únicamente prohíbe establecer un *castigo* al margen de la ley, podría sostenerse que la utilización del criterio analógico para los efectos de absolver o para establecer un trato más favorable, no estaría cubierta por la prohibición constitucional. Asimismo, en apoyo de esta posición, podría argumentarse que el verdadero sentido del postulado de legalidad (concebido como garantía política a favor del ciudadano, más que como instrumento de certeza jurídica) es restringir al máximo la intervención punitiva del Estado, y que es, precisamente, a este objetivo al que tiende la analogía *in bonam partem*¹⁵.

Según nuestra opinión, sin embargo, el empleo de la analogía está proscrito tanto para el caso de las atenuantes como de las agravantes. Este planteamiento se funda, en primer término, en el artículo 19 Nº 3, inciso séptimo, de la Constitución, el cual dispone expresamente que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración...”, y al referirse a la sanción penal, lo hace de un modo genérico, es decir, incluyendo no solo el marco penal que la ley prevé para cada delito, sino también la pena que efectivamente resulte de aplicar los procedimientos que la

CEREZO MIR, *Derecho penal español...*, pp. 205-211 y MIR PUIG, Santiago, “Analogía”, en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002, p. 65.

¹⁴ En este sentido, por ejemplo, ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte general* –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 113-115. COUSIÑO, Luis, *Derecho penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, pp. 88-91.

¹⁵ En este sentido, por ejemplo, ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte...*, p. 113.

propia legislación contempla para su determinación en cada caso concreto. Por otra parte, los artículos 6º y 7º de la misma Constitución, al establecer el principio de legalidad referido a las actuaciones de los órganos del Estado, disponen que estos solo pueden ejecutar aquellas acciones que una ley hubiere autorizado expresamente, y en el caso de la determinación de la responsabilidad penal, no existe ningún precepto legal que faculte a los jueces para considerar otros criterios de individualización aparte de los que taxativamente enumera el Código Penal.

Asimismo, no debemos olvidar que el Código español, del cual se copiaron nuestras disposiciones relativas a circunstancias atenuantes, expresamente contemplaba en su parte final la posibilidad de conferir efecto atenuante a otros factores aparte de los que expresamente mencionaba dicho texto. En estas circunstancias, nos parece suficientemente claro que la intención legislativa, que subyace en el texto del artículo 11 CP, no puede ser otra que la de atribuir un carácter taxativo a la enumeración de circunstancias que allí se efectúa. En este caso no se trata, como sostiene Cury, de conferir primacía a la voluntad de los redactores de la norma, sino de afirmar que de un texto que, por razones históricas, omite una cláusula analógica, no puede sino inferirse una voluntad actual orientada hacia la taxatividad de su contenido¹⁶.

En suma, puesto que la ley establece taxativamente cuáles son las circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad penal, no podrían los jueces utilizar el razonamiento analógico para dar cabida a otros hechos, situaciones o datos, aparte de los que aparecen expresamente contemplados con alguno de esos caracteres.

d) Irretroactividad de la ley penal

El postulado de irretroactividad implica que las leyes penales solo pueden regir situaciones ocurridas con posterioridad a su entrada en vigencia, estando prohibido aplicarlas con efecto retroactivo, es decir, a situaciones acaecidas con anterioridad. Este principio tiene plena consagración en el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución, el cual dispone que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. En otras palabras, se

¹⁶ En relación con este argumento y, en general, sobre la tesis contraria, puede consultarse CURY, *Derecho Penal. Parte...*, pp. 203-205.

consagra la irretroactividad de las normas que fundan la responsabilidad penal y la de aquellas que establecen un trato más gravoso en perjuicio del inculpado, pero el mismo precepto constitucional permite la aplicación retroactiva de aquellas normas que operan en un sentido favorable a sus intereses. Si bien es cierto que este postulado suele vincularse primordialmente con el fundamento político del principio de legalidad, es innegable que aquel cumple un importante rol como garantía relativa a la imputación subjetiva del imputado, en cuanto le asegura que no será responsabilizado por hechos o situaciones que no estuvo en condiciones de prever al momento de actuar¹⁷.

La aplicabilidad de este principio al campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal no suscita discrepancias: las leyes que establecen agravantes o que hacen variar sus efectos en perjuicio del inculpado solo pueden regir situaciones acaecidas con posterioridad a su entrada en vigencia; las leyes que establecen atenuantes o que intensifican los efectos mitigatorios de las existentes, pueden y deben ser aplicadas a situaciones ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia.

PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

Como es sabido, con la fórmula *non bis in idem*, la doctrina penal alude al principio según el cual un mismo hecho no debe ser objeto de doble sanción; o una misma circunstancia, de doble ponderación. Esta exigencia supone, en primer término, la necesidad de establecer un marco penal único para cada conducta, de manera que su autor no se vea expuesto, por ejemplo, a la aplicación conjunta de una pena y de una sanción administrativa. Supone, también, la necesidad de no ponderar un mismo antecedente, en más de una oportunidad, de modo que, por ejemplo, aquel no sea considerado para decidir cuál es el delito que se configura y, además, para agravar la responsabilidad resultante del delito. A nivel de circunstancias modificatorias, en fin, el principio se traduce en la prohibición de que un mismo hecho dé lugar a dos circunstancias distintas (prohibición de doble valoración)¹⁸.

¹⁷ En extenso sobre el fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal, OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 73-129.

¹⁸ COUSO, Javier, "Comentario al artículo 63 y al artículo 64", en Couso, Hernández Basualto (dir.), *Código Penal comentado. Parte general*, Santiago, Abeledo-Perrot, 2011, p. 572.

Ante la falta de consagración constitucional expresa del principio *non bis in idem*, el Tribunal Constitucional español ha declarado invariablemente que aquel está implícito en la garantía de legalidad, y que tiene, por tanto, plena vigencia y aplicación. En nuestro concepto, en cambio, más que con la garantía de legalidad, el principio que ahora nos ocupa se vincula con la idea de intervención mínima: si la legitimidad del ejercicio de la potestad penal depende de que el Estado emplee, en contra del individuo, el mínimo de rigor necesario para asegurar la convivencia social, carecerá de sustento cualquier solución normativa o judicial que implique valorar en más de una oportunidad un mismo elemento fundante de la responsabilidad penal o determinante de su agravación¹⁹.

Cada decisión legislativa que implique atribuir consecuencias penales a un determinado hecho o situación supone una valoración previa sobre la gravedad (o desvalor) que va implícita en aquel hecho o situación. Por ejemplo, el hecho de existir un vínculo de parentesco entre el autor y la víctima, importa un desvalor que el legislador consideró al momento de establecer una agravante (un aumento de la pena), en perjuicio de quien delinque contra un familiar. Y ese es también el fundamento que el legislador tomó en consideración al crear la figura de parricidio (que tiene asignada mayor pena que la generalidad de los homicidios). Si alguien mata, por ejemplo, a su madre, no podemos castigarlo a título de parricidio (art. 390 CP) y, además, aplicar la agravante general de parentesco (art. 13 CP), porque en ese caso estaríamos considerando dos veces el desvalor del parentesco.

Con base en el principio que comentamos, el artículo 63, inciso segundo, del Código Penal dispone, exclusivamente para el caso de las agravantes, que estas no han de ser consideradas como tales, cuando consistan en un hecho sin cuya concurrencia aquel no hubiera podido cometerse. Esta disposición, que consagra la idea de inherencia, comprende, según la doctrina mayoritaria, dos grupos de situaciones diferentes: a) Casos en los que la inherencia de la agravante a la realización del hecho punible se encuentra implícita en el tipo. Por ejemplo, a la comisión de un infanticidio (art. 394 CP) es inherente la

MATUS, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alejandro, "Comentario a los artículos 50 a 73", en POLITOFF, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis (dir.), *Texto y comentario del Código Penal Chileno*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 350. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 521-525.

¹⁹ Hay quienes vinculan el postulado *non bis in idem* con el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte...*, p. 189.

agravante de alevosía (art. 12 N° 1 CP), ya que el autor de este delito no puede sino actuar sobre seguro, dadas las peculiares características del sujeto pasivo; y b) Casos en los que la inherencia de la agravante a la ejecución del hecho no está implícita en el tipo, pero deriva de las circunstancias concretas en las que el delito se comete. Por ejemplo, cuando se perpetra un homicidio cuya víctima es una persona anciana y enferma, caso en el cual la alevosía también será inherente²⁰.

Con todo, el artículo 63 contempla, en su primer inciso, otros dos casos basados también en el principio *non bis in idem*: a) Cuando la agravante constituye por sí misma un delito especialmente penado por la ley. Por ejemplo, la agravante de ejecutar el delito por medio de incendio u otros estragos (art. 12 N° 3 CP) coincide con los delitos de incendio y estragos (arts. 474 ss. CP); y b) Cuando la agravante ha sido expresada por la ley al describir y penar un delito. Por ejemplo, la circunstancia de parentesco (art. 13 CP) no podría agravar la responsabilidad por la comisión de un delito de parricidio (art. 390 CP).

Por último, como ya se señaló, también constituye manifestación del principio *non bis in idem*, la imposibilidad de aplicar conjuntamente dos o más agravantes que consistieren en un mismo hecho o que obedezcan a un mismo fundamento. Así, por ejemplo, frente a un mismo delito de violación no es posible aplicar la agravante de alevosía y la de ser dos o más los autores (contempladas en el artículo 368 bis del Código Penal), porque el fundamento que subyace a ambas figuras circunstanciales es el aprovechamiento del estado de indefensión en que se encuentra la víctima.

PRINCIPIO DE LESIVIDAD

En el campo del derecho penal, la idea de lesividad refiere a los fundamentos de una determinada figura o institución. Si nos situamos a nivel de los presupuestos de la responsabilidad criminal, la exigencia de lesividad se concreta en la necesaria afectación de un *bien jurídico*, lo cual se explica por el hecho de ser este el principal de los presupuestos requeridos para que surja aquella forma de responsabilidad²¹.

²⁰ COUSO, "Comentario al artículo...", pp. 75-576. ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte...*, p. 180.

²¹ GARRIDO, Mario, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 43-44.

En el caso de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, en cambio, la idea de lesividad adquiere algunos ribetes particulares. Desde un punto de vista dogmático, en efecto, el fundamento de las circunstancias debe buscarse en factores vinculados con los propios elementos de la estructura del delito –especialmente la mayor o menor magnitud de lo injusto y de la culpabilidad– o bien en factores político-criminales, generalmente incorporados a la sistemática del delito a través de la inclusión en ella de la categoría de la punibilidad. Dentro de este complejo panorama, suele decirse que para quienes ven el fundamento de las circunstancias en una mayor o menor magnitud de lo injusto, estas poseen un carácter estrictamente objetivo, y que para quienes vinculan su razón de ser únicamente con una mayor o menor intensidad de la culpabilidad, aquellas tendrían un carácter exclusivamente subjetivo. Además, en otra época fue común el intento por uniformar las circunstancias modificatorias en orden a su naturaleza. Si bien, hasta donde llega nuestro conocimiento, nunca nadie sostuvo que todas ellas tuvieran un carácter objetivo, sí hubo quienes llegaron a postular la índole subjetiva de la generalidad de las circunstancias²², planteamiento este último que ya no es defendido por penalista alguno en la actualidad.

Para hacer más confuso aún el panorama, hay autores que identifican las categorías de objetivas y subjetivas, referidas a las circunstancias modificatorias, con las de materiales y personales²³, a que alude el artículo 64 del Código Penal. Esta última distinción, en realidad, nada tiene que ver con los conceptos de objetivo y subjetivo, al menos no en el sentido en que estos generalmente son utilizados en el

²² Lo sostuvo RIVACOBA, “Las circunstancias modificativas...”, pp. 485 ss., pero su visión definitiva del problema es muy distinta.

²³ En nuestro país, por ejemplo, COUSO, “Comentario al artículo...”, p. 582; CURY, *Derecho Penal. Parte...*, p. 101; GARRIDO, *Derecho Penal. Parte...*, p. 178; y, en cierto sentido, también NOVOA, *Curso de Derecho...*, p. 7; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (et al.), *Curso de derecho penal. Parte general*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004, p. 409, y con referencia a la doctrina italiana, FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale* –5ª edición–, Bolonia, Zanichelli Editore, 2007, p. 414. En un sentido crítico, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Teoría general de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal*, Valencia, Universidad de Valencia, 1988, pp. 161 y ss., y ARIAS EIBE, Manuel, *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2007, pp. 68-75.

ámbito de las ciencias penales²⁴, es decir, en referencia a elementos que transcurren en el mundo exterior o en la mente de una persona, respectivamente. De modo que hay circunstancias, como el parentesco por ejemplo, que consisten en un hecho básicamente objetivo y que, sin embargo, deben ser consideradas como personales, porque, aplicando los términos del artículo 64, se refieren a una relación particular entre el autor y el ofendido.

Tanto por la imposibilidad de atribuir un carácter exclusivamente objetivo o subjetivo a cada uno de los elementos del delito –lo cual hace muy difícil transponer esa misma distinción al campo de las circunstancias modificatorias–, como por las dudas que nos merece la utilidad que ella pueda reportar, parece preferible abandonar definitivamente la distinción entre circunstancias objetivas y subjetivas²⁵.

En el campo específico de la fundamentación de las circunstancias modificatorias, ya hemos insinuado que actualmente la doctrina tiende a vincularlas con una mayor o menor intensidad de lo injusto o de la culpabilidad –lo que permite a los autores perfilar dos grandes categorías de circunstancias–, partiendo generalmente del supuesto de que la antijuridicidad y la reprochabilidad son los únicos componentes graduables del delito. Como excepción a este planteamiento mayoritario, y razonando –aunque no de modo exclusivo– sobre la base del ordenamiento jurídico chileno, Rivacoba distingue tres clases de circunstancias: aquellas que tienen su razón de ser en lo injusto, aquellas que se fundan en la culpabilidad y aquellas que reconocen como fundamento razones vinculadas a la punibilidad del hecho²⁶.

²⁴ Así lo ha destacado BAIGUN, David, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Buenos Aires, Editorial Pannedille, 1971, p. 23.

²⁵ En un sentido similar, COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Guada, 1984, p. 746, y CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Manual de derecho penal*, tomo 1, Barcelona, Deusto, 2005, p. 228.

²⁶ Esta tercera categoría, únicamente es aplicable a ciertas atenuantes, que RIVACOBA, “Las circunstancias modificativas...”, pp. 491-492, denomina *semiexcusas absolutorias*. También formulan esta distinción ARIAS EIBE, *Responsabilidad criminal. Circunstancias...*, pp. 89-93; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte...*, p. 742; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”, en Arroyo Zapatero (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 126-127; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, –7ª edición–, Barcelona, Repper, 2005, pp. 564-566; y, entre nosotros, CURY, *Derecho Penal. Parte...*, pp. 99-100, en cuanto afirma la existencia de un grupo de circunstancias fundadas en razones de política criminal.

Entre los criterios que específicamente se mencionan como influyentes en la determinación del fundamento de las circunstancias modificatorias, están, a nivel de lo injusto, la gravedad de los medios de ejecución, la entidad del resultado y la mayor o menor connotación de factores temporales o espaciales; y a nivel de la culpabilidad, la importancia de la motivación, los niveles de imputabilidad y de conocimiento de la ilicitud y, para quienes ubican el dolo y la culpa como factores determinantes del juicio de reproche, también la intensidad de estos componentes subjetivos.

Según nuestra opinión, las circunstancias modificatorias de responsabilidad constituyen específicamente una forma de concreción, en lo cuantitativo, de los presupuestos valorativos en que se asienta la responsabilidad penal, lo cual permitiría afirmar, en principio, que hay circunstancias relacionadas con el sustrato objetivo, con el sustrato subjetivo y con los criterios políticos criminales que, bajo la idea de necesidad de pena, dan vida a la categoría de la punibilidad. Pero decimos que solo en principio, porque en verdad un número importante de circunstancias tiene su razón de ser en más de uno de los criterios recién enunciados²⁷, como claramente ocurre, por ejemplo, con el ensañamiento y la premeditación. De ahí que, también desde esta perspectiva, no sea procedente clasificar las circunstancias según el criterio que contrapone los caracteres de objetividad y de subjetividad.

Nuestro planteamiento, por otra parte, supone apartarse de la tendencia a encasillar la fundamentación de las circunstancias en un elemento concreto del delito, porque, por ejemplo, en el sustrato subjetivo de la responsabilidad penal, subyacen factores vinculados a más de uno de tales elementos, si no a todos. Piénsese, por ejemplo, que el principio de culpabilidad no solo se proyecta sobre la imputabilidad, la exigibilidad y el conocimiento de la ilicitud, sino también sobre del dolo y la culpa –aun para quienes sitúan estos componentes a nivel de la tipicidad–; sobre la antijuridicidad, según la opinión que niega su carácter estrictamente objetivo; sobre la faz subjetiva del tipo, e incluso sobre la propia conducta, en tanto que base sustantiva del delito y, para muchos, elemento autónomo de este. Por otra parte, como

²⁷ En un sentido similar, aunque discurriendo sobre una base diversa, CURY, *Derecho Penal. Parte...*, pp. 99-100. En el mismo sentido del texto, ARIAS EIBE, *Responsabilidad criminal. Circunstancias...*, pp. 68-75; CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, *Manual de derecho...*, p. 229, quien menciona el caso del ensañamiento, y CLIMENT SIRVENT, C, *Código Penal con jurisprudencia sistematizada* –2ª edición–, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 175 ss.

la punibilidad, según el esquema que aquí se sustenta, no es un elemento estructural de la teoría del delito, también por esto es preciso desechar la pretensión de fundar las circunstancias exclusivamente en alguna de las categorías que integran dicha teoría. En lo que concierne específicamente a la punibilidad como fundamento de las circunstancias modificatorias, cabe recordar que siendo este un presupuesto de la responsabilidad criminal que opera como factor restrictivo de la penalidad, solo podrá ser invocado como razón de un trato atenuatorio, pero nunca como justificación de una agravamiento de la pena.

En lo que respecta, finalmente, a la peligrosidad, cabe señalar que si esta –al menos en el ordenamiento jurídico chileno– no opera como fundamento de responsabilidad penal, tampoco podrá ser invocado como justificación de la medida en que una persona puede llegar a ser responsable de un hecho. Lo anterior, sin perjuicio de que ella, en tanto que indicio y expresión de una mayor o menor alarma social –determinante de un aumento o de una disminución de las necesidades de prevención general–, efectivamente tenga alguna incidencia a nivel de la punibilidad, en cuyo caso podría alcanzar la condición de elemento cofundante de alguna circunstancia modificatoria. Pero, en verdad, de ninguna de estas puede afirmarse que tenga su razón de ser exclusivamente en la mayor o menor peligrosidad del sujeto²⁸.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Ya señalamos que en consideración a los fundamentos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal no cabe distinguir entre circunstancias objetivas y subjetivas. Pensando, ahora, no ya en los fundamentos de las circunstancias, sino en su propios componentes, es preciso reconocer que prácticamente todas ellas constan de ingredientes objetivos y subjetivos, de suerte que la primacía de alguno de estos factores puede conducir a afirmar también –pero, en este caso, utilizando correctamente los términos– la índole preponderantemente objetiva o subjetiva de un determinado elemento circunstancial.

Como ya hemos explicado, las circunstancias modificatorias aparecen configuradas sobre la base de un hecho, situación o dato, antece-

²⁸ En el mismo sentido, RIVACOBBA, “Las circunstancias modificativas...”, p. 118. En contra, CURY, *Derecho Penal. Parte...*, pp. 99-100, quien afirma que hay circunstancias fundadas, entendemos que *exclusivamente*, en un estado personal del sujeto.

dente este último de índole objetiva y que, como tal, se proyecta en el mundo real. Siguiendo, entonces, el esquema tradicional aplicable a los elementos del delito, y, en general, de los presupuestos requeridos para la imposición de una pena, en principio debiéramos afirmar que, por imposición del principio de culpabilidad, para la configuración de las circunstancias modificatorias se requiere que el sujeto conozca la base fáctica sobre la cual se estructura la respectiva causal de agravación o atenuación de la pena. Sin embargo, aunque tal afirmación en principio puede estimarse correcta, el punto requiere de algunas precisiones, como veremos a continuación.

En primer término, recordemos que el artículo 64 del Código Penal, aunque no está destinado específicamente a tratar el tema del error, se refiere indirectamente a él, al disponer, en el inciso segundo, que las circunstancias de índole material “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”. Tal redacción, como es obvio, sugiere que los hechos constitutivos de cualquier circunstancia, sea atenuante o agravante, deben estar cubiertos por el conocimiento exigible al condenado: la disposición, en efecto, alude en forma expresa a dicho componente subjetivo, y lo hace en relación con ambas clases de elementos circunstanciales. Sin embargo, ella no se refiere a toda clase de circunstancias, sino exclusivamente a las de índole material, que son las expresamente reguladas en el inciso segundo. En relación con estas, en efecto, puede afirmarse que el error sobre sus presupuestos fácticos excluye la configuración de la respectiva causal de agravación o atenuación. Respecto de las circunstancias personales, en cambio, el inciso primero nada dice sobre la exigibilidad de tal conocimiento, siendo este un problema que necesariamente ha de resolverse a nivel interpretativo.

Frente a un texto similar al de nuestro artículo 64 CP, la doctrina española tradicionalmente sostuvo que en el caso de las circunstancias materiales, el error sobre su base fáctica era siempre relevante, impidiendo, en consecuencia, que tanto las agravantes como las atenuantes produjeran el efecto que les es propio²⁹. En el caso de las circunstancias de índole personal, en cambio, y ante la ausencia de regulación expresa, primó el criterio de que la relevancia del error debe examinarse a partir

²⁹ En este sentido, por ejemplo, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte...*, pp. 558-559.

del fundamento de cada circunstancia. Se sostenía, en efecto, que la ausencia de regulación respecto de estas últimas no significaba que no fuera necesario conocer sus presupuestos fácticos, porque la disposición del inciso primero –en el caso chileno, del artículo 64–, únicamente señala que ellas se aplicarán en quienes concurren, pero no dice que el sujeto no deba conocerlas³⁰.

Si bien la doctrina española actualmente trabaja sobre bases diversas, subsiste en ese ámbito la tendencia a dilucidar el tema del error en las circunstancias personales recurriendo a su fundamento; por lo menos en el caso de las atenuantes, porque en verdad la exigencia de conocimiento para el caso de las agravantes personales puede deducirse del artículo 14.2 del Código Penal español, el cual dispone que: “El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

En lo que concierne, entonces, a las atenuantes personales, suele efectuarse una distinción según si su fundamento radica en la idea de imputabilidad disminuida, en cuyo caso el error se considera irrelevante; o en la concurrencia de una motivación especial, caso en el cual el desconocimiento de la atenuante excluye la configuración de la circunstancia³¹.

Aunque el artículo 64 del Código Penal de Chile no exija expresamente el conocimiento de los hechos que constituyen las circunstancias de carácter personal, este de todos modos puede considerarse un requisito ineludible para la configuración de las agravantes de esa índole, por exigencia del principio de culpabilidad, cuya plena vigencia supone que el sujeto conozca no solamente los presupuestos de los cuales depende la aplicación de la pena, sino también los factores que pueden llevar a un aumento de la sanción que en definitiva deba tener que soportar. Esta regla no solo es aplicable a las causales de agravación cuyo fundamento se vincula al sustrato subjetivo de la responsabilidad penal –no obstante que generalmente en estos casos el conocimiento va implícito en la circunstancia o es inherente a la misma–, sino también a aquellas cuya razón de ser aparezca relacionada con el sustrato objetivo, porque entre las agravantes personales, contrariamente a lo que suele creerse, se da efectivamente esta duplicidad de fundamentos.

³⁰ En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte...*, p. 211. En detalle, sobre la evolución del tema en la doctrina española, GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las...*, pp. 189 ss.

³¹ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte...*, pp. 558-559. En un sentido similar, pero no del todo coincidente, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte...*, p. 213.

En lo que respecta a las atenuantes personales, en cambio, y en cuanto ellas operan como factores limitativos de la penalidad, no se encuentran afectas a las restricciones que impone el principio de culpabilidad, de modo que puede perfectamente estimarse que el error referido a los presupuestos fácticos de una circunstancia de esa índole es irrelevante y, en consecuencia, no excluye la posibilidad de que se configure la atenuante³². Esta afirmación es aplicable tanto a las atenuantes que reconocen como fundamento razones vinculadas al sustrato objetivo de la responsabilidad penal, como a las que se relacionan con el sustrato subjetivo de la misma y a aquellas que se vinculan con la idea de necesidad de pena.

En cuanto a los efectos del error que recae sobre la base fáctica de una circunstancia modificatoria, no cabe distinguir entre error vencible e invencible –o bien, evitable e inevitable–, como se acostumbra respecto de las hipótesis constitutivas de error de tipo, simplemente porque todas aquellas circunstancias carecen de una figura paralela culposa y, en sí mismas, o están constituidas por un simple dato o situación al margen de todo requerimiento subjetivo –que no sea el conocimiento ocasionalmente exigido– o consisten en una acción, independiente o complementaria de la conducta delictiva, y como tal, voluntaria.

Lo anterior, sin embargo, no impide reconocer que el conocimiento exigido respecto de determinadas circunstancias es perfectamente graduable, especialmente en orden al criterio de la excusabilidad, de modo que aquel, aparte de constituir un elemento determinante para la configuración de la circunstancia, puede perfectamente servir de antecedente para una evaluación acerca de la entidad de la misma. En este sentido, puede llegar a ser un elemento de gran utilidad para dotar de contenido a la cláusula de determinación judicial de la pena que entre nosotros contempla el artículo 69 CP.

En cuanto a la oportunidad en que ha de concurrir el conocimiento exigido para determinadas circunstancias, no cabe sino aplicar los principios generales que rigen a nivel de la parte cognoscitiva del dolo y, en tal virtud, reconocer que aquel ha de existir al momento de ejecutarse la conducta delictiva. Este planteamiento, como es obvio, coincide con las exigencias que impone el principio de culpabilidad –y, por tanto, la propia idea de justicia–, una de cuyas manifestaciones es, precisamente, la necesidad de dirigir el juicio de reproche

³² FIANDACA y MUSCO, *Diritto penale. Parte...*, pp. 416-417.

según las condiciones de previsibilidad existentes al momento de ejecución de la conducta.

Lo anterior, por cierto, supone afirmar que las circunstancias de índole material –respecto de las cuales la ley exige conocimiento– solo pueden consistir en hechos preexistentes o concomitantes con la conducta típica. Una circunstancia atenuante de carácter personal basada en hechos posteriores no contradice el principio de culpabilidad y es perfectamente admisible. Sí vulneraría dicha garantía el establecimiento de una agravante de índole personal que consistiera en un hecho posterior al delito.

OBLIGATORIEDAD EN CUANTO A LA APRECIACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Del simple tenor de los artículos 62 y siguientes del Código Penal –especialmente, por los términos imperativos en que aparecen redactadas estas disposiciones– se desprende con toda claridad que la apreciación de las circunstancias no constituye una facultad de los jueces, sino una verdadera obligación³³. Es efectivo que la exigencia de obligatoriedad posee el alcance de constreñir al juez a que conceda efecto agravatorio o atenuatorio a las circunstancias cuya configuración conste en el proceso; es decir, a aquellas respecto de las cuales concurre la totalidad de los presupuestos exigidos en la descripción legal.

Con todo, la apreciación de las circunstancias no es en modo alguno un proceso mecánico o de simple constatación de hechos objetivos. Él supone, por cierto, la acreditación de la base fáctica de cada figura circunstancial, como así también del conocimiento con que ha de actuar el agente, en aquellos casos en que la ley formula una exigencia en tal sentido. Pero supone también la constatación de los fundamentos que inspiran el efecto atenuatorio o agravatorio de la responsabilidad penal³⁴.

Así como la existencia de responsabilidad penal solo puede afirmarse una vez constatados sus presupuestos –delito y punibilidad–,

³³ Así piensa, GUTIÉRREZ FRANCÉS, “De las circunstancias que atenúan...”, pp. 126-127. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte...*, pp. 840-841, en especial sobre la distinción entre circunstancias obligatorias y potestativas que dicho autor plantea.

³⁴ Como señala QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte general del Derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 2005, pp. 710-711, ello obedece a que ninguna ley puede prefigurar las situaciones concretas en las que los Tribunales quedan obligados a admitir producido el fundamento fáctico de la eximente, lo que en la práctica se traduce en cierta libertad, la misma que existe para apreciar o no la tipicidad de una conducta.

los cuales, a su vez, constituyen la forma de expresión de su triple fundamentación valorativa –sustrato objetivo, sustrato subjetivo y necesidad de pena–; el efecto modificador de una determinada circunstancia también ha de suponer que concurren los fundamentos que justifican dicho efecto. Si así no fuera querría decir que principios como el de responsabilidad por el hecho, de lesividad, de necesidad de pena e, incluso la propia exigencia de culpabilidad, quedarían sencillamente desvirtuados en el proceso de individualización del castigo.

De ahí que por mucho que en un caso concreto concorra la totalidad de lo exigido en una figura de atenuación o agravación, no podemos dar por concurrente la circunstancia respectiva si no se comprueba que efectivamente se da su fundamento específico, entendiendo por tal no solo el ámbito en el cual se dan las razones que justifican el trato agravatorio o atenuante (mayor o menor intensidad del desvalor de acción, mayor o menor intensidad del desvalor de resultado, mayor o menor intensidad de la necesidad de aplicar la pena), sino la causa concreta que sirve de base a aquellos afectos. Así, por ejemplo, no bastará con afirmar una culpabilidad disminuida, porque ello puede provenir tanto de la reducción de la imputabilidad como de la exigibilidad de otra conducta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ALAMO, Mercedes, “Circunstancias del delito e inseguridad jurídica”, en Del Río Fernández (dir.), *Cuadernos de derecho judicial: circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- ARIAS EIBE, Manuel, *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2007.
- BAIGUN, David, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Buenos Aires, Editorial Panedille, 1971.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (et al.), *Curso de derecho penal. Parte general*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, Edit. PPU, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal chileno* vol. I, adaptadas al derecho penal chileno por J. A. Fernández Cruz, Santiago, Librotecnia, 2012, 274 pp.

- CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Manual de derecho penal*, tomo 1, Barcelona, Deusto, 2005.
- CEREZO MIR, José, *Derecho penal español. Parte general*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2008.
- CLIMENT SIRVENT, C., *Código Penal con jurisprudencia sistematizada* –2ª edición–, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Guada, 1984.
- CÓRDOBA RODA, Juan, “De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal”, en CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 2011, 1.043 pp.
- COUSIÑO, Luis, *Derecho penal chileno*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977.
- COUSO, Jaime, “Comentario al artículo 63 y al artículo 64”, en Couso – Hernández Basualto (dir.), *Código Penal comentado. Parte general*, Santiago, Abeledo Perrot, 2011.
- CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte general* –7ª edición–, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, 812 pp.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte general* –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale* –5ª edición–, Bolonia, Zanichelli Editore, 2007, 840 pp.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, Lima, Jurista Editores, 2012.
- GARRIDO, Mario, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Teoría general de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal*, Valencia, Universidad de Valencia, 1988.
- GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”, en Arroyo Zapatero (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Iustel, 2007.
- MATUS, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alejandro, “Comentario a los artículos 50 a 73”, en POLITOFF, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis (dir.), *Texto y comentario del Código Penal Chileno*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general* –7ª edición–, Barcelona, Reppertor, 2005.
- MIR PUIG, Santiago, “Analogía”, en LUZÓN PEÑA, Diego (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002.

MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo, *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*, tesis doctoral U. Pompeu Fabra, Barcelona, 2008, consultada el 25 de octubre de 2012 en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7304/tpmf.pdf?sequence=1>

También disponible bajo el título *Analogía favorable al reo*, Editorial La Ley, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno, Parte general* –3ª edición–, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

QUINTERO OLIVARES, Gonzálo, *Parte general del Derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 2005.

RAMÍREZ GRONDA, Juan, *Diccionario Jurídico* –9ª edición–, Buenos Aires, Edit. Helias-ta, 1986.

RIVACOBBA, Manuel, “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría General del delito”, en: *Doctrina Penal*, Año 11, Nº 43 (1988).

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “Naturaleza y fundamentos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal”, en: *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 36 (2011).