

EL ORDEN DE APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS
DE RESPONSABILIDAD DE EFICACIA EXTRAORDINARIA: ESPECIAL
REFERENCIA AL ART. 73 DEL CÓDIGO PENAL

FABIÁN IGNACIO MALPU PÉREZ*

SUMARIO: I. Presentación del problema. II. Acotando el objeto controvertido: algunas cuestiones previas sobre la determinación de la pena. 1. La determinación de la pena. Determinación legal e individualización judicial. 2. Distinguiendo entre circunstancias modificativas comunes y especiales. 3. Distinguiendo entre circunstancias modificativas y circunstancias calificantes y privilegiantes. 4. Las circunstancias modificativas de efectos ordinarios y extraordinarios. 5. Efectos prácticos de seguir uno u otro orden de aplicación. III. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial acerca del orden de aplicación de las circunstancias modificativas de efectos extraordinarios en general y del art. 73 en particular. 1. La doctrina. 2. La jurisprudencia. IV. Una reconstrucción de las diversas propuestas a partir de las técnicas de interpretación. 1. El tenor literal admite ambos órdenes de aplicación de la eximente incompleta del art. 73. 2. Una interpretación sistemática podría fundamentar su aplicación en forma posterior a las reglas sobre CMR ordinarias. 3. La ratio legis lleva a afirmar su aplicación en forma previa a las reglas sobre las CMR de efectos ordinarios. V. Excurso: Compensación racional de las CMR de eficacia extraordinaria. VI. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Circunstancias modificativas, eximente incompleta, determinación de la pena, compensación racional.

I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Tal como lo ha denunciado parte de la doctrina¹, la etapa de la determinación de la pena es de aquellas áreas donde se sigue presentando una gran cantidad de conflictos interpretativos. A pesar de que el Código Penal chileno

* Estudiante de 5º año de Derecho de la Universidad Austral de Chile, sede Valdivia. Alumno ayudante en las cátedras de “Teoría del Delito, del Sujeto Responsable y de la Pena” y de “Delitos”. El presente artículo corresponde a una adaptación del trabajo final de la asignatura “Informe Jurídico” de 4º año. Agradezco los comentarios y sugerencias del profesor Dr. José Ángel Fernández Cruz.

¹ OLIVER, Guillermo. “Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno”, en Revista *Política Criminal*, vol. XI, N° 22, (2016), p. 766.

date del último tercio del siglo XIX, la ciencia jurídica penal no ha tratado con suficiente desarrollo las diversas reglas integrantes de la parte general. Ello, incluso cuando en otros ordenamientos se ha consolidado el surgimiento de una nueva disciplina jurídica, denominada “penología”, encargada justamente del tratamiento de tales asuntos.

Si bien es entendible que la dogmática penal moderna se haya centrado en la creación de un entramado conceptual dirigido a determinar la existencia de un hecho típico y antijurídico (teoría del delito), junto con las reglas que permiten establecer al sujeto culpable (teoría del sujeto responsable), el abandono respecto de una acabada teoría de la determinación de la pena resulta, actualmente, inexcusable. Esto, toda vez que es en esta etapa donde, una vez constatados los demás requisitos, se le aplica una cierta pena que sufrirá una persona en concreto. Esto hace necesario establecer reglas y criterios claros en aquella etapa donde se expresa paradigmáticamente el *ius puniendi* estatal².

De entre las diversas cuestiones controvertidas que, sobre la determinación de la pena, se presentan en nuestro ordenamiento, una de ellas consiste, justamente, en establecer el orden de aplicación de ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad (en adelante, CMR) de eficacia extraordinaria. Ello, en la medida que el legislador no establece expresamente, salvo ciertas excepciones, el momento en que deberán incorporarse al cálculo judicial del marco penal.

Esta condición, unido al hecho de que, según la doctrina ampliamente mayoritaria, no resulte posible incorporarlas al juego de las circunstancias modificativas comunes, podría justificar su aplicación en al menos tres momentos distintos: primero, en forma inmediatamente posterior a la pena asignada al delito imputado; segundo, aplicarlas luego de las reglas sobre grado de ejecución y formas de participación de los arts. 50 a 54 del Código Penal³; o tercero, incluirlas luego de determinado el marco penal según la aplicación de las circunstancias modificativas ordinarias comunes de los arts. 65 a 68 bis.

Ciertamente, y como más abajo también se demostrará, seguir uno u otro orden supone alteraciones importantes en la determinación del marco de pena, que luego deberá ser concretado por el arbitrio judicial del art. 69. Ello justifica desde ya la necesidad de pronunciarse acerca de cuál orden resulta interpre-

² BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen I, Madrid: Editorial Trotta, (1997), p. 165.

³ Salvo otra indicación, todas las disposiciones citadas hacen referencia al Código Penal chileno.

tativamente más correcto, sin caer en la arbitrariedad de establecer un cierto orden adecuado caso a caso. Desde ya, sostengo que es posible, en primer lugar, acotar aquellas tesis interpretativas en juego y, en segundo lugar, afirmar la corrección de aquella posición que propone su aplicación luego de las reglas sobre *iter criminis* y participación.

Por ello, y en las líneas que siguen más abajo, estructuraré el presente trabajo en la forma que sigue. Primero, me abocaré a ciertas distinciones previas, referidas a la determinación de la pena, que resultan relevantes para determinar, por un lado, en qué etapa de la determinación de la pena se presenta el problema y, por otro lado, distinguir el objeto controvertido de otras categorías semejantes. Segundo, realizaré una breve caracterización sobre las diversas tesis y argumentos seguidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en relación con el orden de las atenuantes y agravantes de efectos extraordinarios. Tercero, pretendo reconstruir los diversos argumentos expuestos previamente, con base en distintas técnicas de interpretación, e intentar demostrar la corrección de aplicar tales circunstancias en forma previa a las reglas de los arts. 65 a 68 bis. Cuarto, presentaré unas breves consideraciones sobre un tema diverso, pero íntimamente relacionado: la compensación racional de estas circunstancias modificativas de eficacia extraordinaria. Por último, se presentan algunas conclusiones.

II. ACOTANDO EL OBJETO CONTROVERTIDO: ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

1. La determinación de la pena. Determinación legal e individualización judicial

El proceso de determinación de la pena supone la manifestación concreta del *ius puniendi* estatal sobre el sujeto responsable. Dado que la pena es siempre un mal, es decir, una pérdida de derechos para el individuo, resulta de suma relevancia que una teoría de la pena acorde con un estado social de derecho se ajuste a criterios y reglas claras respetuosas del principio de legalidad (principalmente *lex certa*), igualdad y, en especial, los de necesidad de la pena o de autonomía ética de la persona⁴.

Dentro de la teoría de la pena, la determinación de la pena abarca la decisión desde el tipo de pena a aplicar (privativas de libertad; privativas de derechos; o pecuniarias, en el caso de las penas alternativas) hasta el *quantum* de aquella.

⁴ BUSTOS y HORMAZÁBAL. *Lecciones de Derecho Penal*, ob. cit., pp. 165-169.

En esta concatenada aplicación sobre las reglas de determinación de la pena, suele distinguirse por la doctrina, entre normas (o fase) de determinación legal y normas (o fase) de individualización judicial⁵. La distinción deviene de aquellas dos formas paradigmáticas de establecer el reproche penal al sujeto responsable: el legalismo o el arbitrio del juez.

En efecto, la distinción refleja una tensión histórica, pues mientras en el primero supone que es el legislador (la ley) quien determina tanto la clase como entidad de la pena aplicada, en el segundo, supone que es el juez quien, discrecionalmente, determina la clase y cuantía de la pena⁶. La tensión histórica viene dada por la preponderancia de uno y otro modelo durante el Antiguo Régimen y luego de la Ilustración. Así, en el primero, claramente dominaba el arbitrio judicial pues, aunque igualmente se establecían penas asignadas a cada delito, los jueces contaban con absoluta libertad para aumentar o disminuir las penas establecidas e, incluso, imponer penas de diversa naturaleza⁷⁻⁸. En el segundo, predominaba claramente el legalismo que, influido por las pretensiones de certeza, igualdad, predominio de la ley y proscripción de la arbitrariedad, buscaba limitar el arbitrio judicial, estableciendo *a priori* la pena asociada al delito, sin espacios para ser modificada por el juez⁹. Esta desconfianza al arbitrio judicial se fundamenta, además, por la vinculación que la judicatura tenía respecto del monarca absolutista, quienes estaban a su servicio y ejercían la justicia en su nombre, sin ninguna garantía para el procesado¹⁰.

⁵ Es necesario señalar que, igualmente, se distingue una tercera etapa de determinación de la pena: individualización administrativa. Sin embargo, para efectos del presente informe, carece de relevancia.

⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho Penal Español Parte General*, 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, (2020), p. 771.

⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, (8ª edición). Barcelona: Editorial Reppertor, (2006), p. 721.

⁸ Así, reconocido expresamente en las Partidas la facultad de los jueces de “crescer, o menguar, o toller la pena, segund entendieren que es guisado”. Visto en: MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, M^a Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, (2021), p. 583.

⁹ El ejemplo más claro de este paradigma lo constituye el Código Penal francés de 1791. En éste, se establecía un sistema de estricta e inalterable legalidad, asignando a cada delito una pena fija, sin posibilidad de decretar aumentos o disminuciones por parte del juzgador.

¹⁰ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Tomo I, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2010), p. 315.

Los evidentes problemas que este último sistema generaba¹¹ produjo que rápidamente las pretensiones de la ilustración se vieran morigeradas durante la época clásica del derecho penal moderno. Así, ya desde el Código Penal francés de 1810, se establecen límites máximos y mínimos (un marco penal) fijados por el legislador, dentro del cual es el juez quien establecerá la cuantía en concreto. En este sentido, el principio de proporcionalidad jugó un papel destacado, en la medida que, para establecer una pena proporcionada al injusto, era necesario entrar a considerar ciertas características personales del sujeto, lo que solo puede realizarse, en concreto, por el juez¹².

En este punto, cabe desde ya ubicar al Código Penal chileno como parte de esta última tradición, marcado evidentemente por el contexto temporal en el que se dicta. Así, se suele caracterizar nuestro modelo como un sistema de determinación relativa¹³. Esto, en la medida que es el legislador quien establece marcos penales con mínimos y máximos para cada delito, junto con un conjunto de escalas graduales que permiten, en casos específicamente reglados, subir o bajar en grado respecto de cada una de las penas previstas en el art. 21¹⁴. Pero es relativa, en tanto se establece un conjunto (mínimo) de normas que establecen una discrecionalidad (reglada) para determinar la cuantía de la pena a cumplir.

Ahora bien, aun cuando exista amplio consenso en distinguir estas dos categorías de reglas (o fases) sobre la determinación de la pena en nuestro ordenamiento, no existe el mismo acuerdo al momento de incluir ciertos preceptos en una u otra clase de regla. Por ejemplo, mientras para MATUS y VAN WEEZEL los arts. 62 a 73 establecen reglas de individualización judicial¹⁵, para MAÑALICH¹⁶ constituyen reglas de determinación legal de la pena (particularmente,

¹¹ Al respecto, véase: VAN WEEZEL. “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXIV, N° 3, (1997), pp. 460-463.

¹² DIEZ RIPOLLÉS, ob. cit., p. 772.

¹³ MATUS, Jean Pierre y VAN WEEZEL Alex. “Comentario preliminar al párrafo 4”, en POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (ed.), *Texto y Comentario del Código Penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica, (2002), p. 325.

¹⁴ Pues debe recordarse que “cada pena es un grado y cada grado es una pena” (ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal parte general*, tomo 2, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (1998), p. 172).

¹⁵ MATUS y VAN WEEZEL, ob. cit., pp. 323-324.

¹⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?”. *Informe en Derecho*, (2009), p. 7.

los arts. 62 a 68). Como señala COUSO, así como también se abordará *infra*, incluirlas en uno u otro apartado puede tener alguna incidencia en el orden en que deben aplicarse, con las notorias consecuencias prácticas que ello acarrea¹⁷.

2. *Distinguiendo entre circunstancias modificativas comunes y especiales*¹⁸

Se ha sostenido que la incorporación de ciertas circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad del culpable es una innovación del derecho penal ilustrado¹⁹. No obstante, aun a pesar del largo tiempo transcurrido, no existe una definición ampliamente aceptada que logre expresar con claridad su verdadero sentido. Para RODRÍGUEZ COLLAO, es necesario distinguir entre aquel antecedente fáctico en el que se funda la circunstancia, del plano jurídico, que establece los efectos que producen²⁰. Atendiendo ambas cuestiones, CEREZO MIR señala que las CMR consisten en un hecho, relación o dato concreto, que el legislador tiene en cuenta para graduar la responsabilidad penal²¹. En definitiva, son aquellos “hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto”²².

Ahora bien, en cuanto al fundamento por el cual el legislador establece estas circunstancias que tienen el efecto de aumentar o disminuir la pena, se han señalado al menos dos teorías. Por un lado, está aquella que la vincula a la

¹⁷ COUSO, Jaime. “Artículo 50. Comentario”, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (dir.), *Código Penal Comentado*, Santiago: LegalPublishing Chile, (2011), p. 511.

¹⁸ Existe un diverso conjunto de clasificaciones de las circunstancias modificativas. Para una exposición detallada, con especial referencia a la doctrina nacional, véase: RUDNICK, Carolina. *La Compensación Racional de Circunstancias Modificatorias en la Determinación Judicial de la Pena*. Santiago: LexisNexis, (2004), pp. 19-35.

¹⁹ VAN WEEZEL, ob. cit., pp. 462-463. Para GARRIDO, por el contrario, las circunstancias modificativas “alcanzaron reconocimiento en la Edad Media, y en su desarrollo el pensamiento de Santo Tomás tuvo positiva influencia [perfeccionándose éstas] cuando el derecho penal se perfiló entre las demás áreas del derecho con caracteres definidos, durante los siglos XVIII y XIX”. GARRIDO, ob. cit., p. 181.

²⁰ RODRÍGUEZ, Luis. “Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXVI, (2011), p. 406.

²¹ CEREZO MIR, José. *Derecho penal español. Parte General*. Madrid: Tecnos, (2005), p. 104. Visto en: RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 406.

²² RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 407.

Teoría del Delito, ya sea dentro de la antijuridicidad o de la culpabilidad. Por otro lado, aquella que la ubican dentro del estudio de la teoría de la pena, pues la concurrencia de estos elementos no afectaría la existencia de un delito²³. La primera, entiende que las CMR se vinculan con la teoría del delito en la medida que ellas afectan, ya sea la gravedad del injusto, ya sea la culpabilidad del interviniente (o ambos), o la punibilidad de la conducta²⁴, aunque sin llegar a incidir en su esencia (es decir, sin que afecte la concurrencia o no de un hecho antijurídico y culpable)²⁵. La segunda, entiende que simplemente se enmarcan en la Teoría de la Pena, sirviendo solo como medición de esta, sin afectar la esencia ni la existencia del delito²⁶. Cabe agregar, además, que la ley establece circunstancias que se encuentran completamente desvinculadas del hecho delictivo, en la medida que se basan en la conducta anterior (ej. art. 11 N° 6) o posterior al delito mismo (ej. art. 11 N° 7), o en base a exclusivas razones de política criminal (ej. art. 11 N° 9)²⁷.

Ahora bien, respecto a la forma en que los diversos códigos penales estructuran estas CMR, varía según cada ordenamiento. Así, los códigos de inspiración

²³ KUNSEMÜLLER, Carlos. *Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad en el Código Chileno*. Valencia: Tirant lo Blanch, (2019), pp. 21-23.

²⁴ Esto, sin perjuicio de la discusión respecto a si la punibilidad es o no un elemento autónomo dentro de la teoría del delito.

²⁵ Por todos, véase: CURY, Enrique. *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, (2005), pp. 471-472. Si bien señala que, en principio, las CMR son accidentales al delito y se limitan a circundarlo, existen algunas que, manteniendo el carácter de accidentales al hecho punible, sí tienen un carácter sustancial, pues alteran alguno de sus elementos, como la antijuridicidad o la culpabilidad. Para efectos pedagógicos, mantiene el tratamiento conjunto de las CMR, aun cuando reconoce que, por sus distintos fundamentos, debieran ser tratados por separado, en las distintas partes de la teoría del delito y de la pena.

²⁶ Por todos, véase: ORTIZ, Luis y ARÉVALO, Javier. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2013), pp. 364-366. Los autores sostienen que las CMR deben ser estudiadas dentro de la Teoría de la Pena, pues su función natural es entregar al juez los elementos para una correcta individualización del castigo. Sin embargo, reconocen que existen CMR que se encuentran vinculadas con alguno de los elementos del delito, como las atenuantes pasionales (vinculadas a la culpabilidad), o ciertas agravantes como la del art. 12 N° 3 (vinculadas al injusto).

²⁷ Mañalich, en lo que podría considerarse una posición intermedia, identifica tanto circunstancias intrínsecas al hecho punible (ya sea relativas al injusto, ya sea relativas a la culpabilidad) como extrínsecas al hecho punible (relativas tanto al comportamiento anterior como posterior del imputado). MAÑALICH, Juan Pablo. “El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVIII, N° 2, (2015), pp. 229-232.

española (como el nuestro) suelen incorporar un catálogo de circunstancias que aumentan o atenúan la pena según un conjunto de reglas legalmente fijadas. Por el contrario, otros códigos, como el francés o el alemán, prevén circunstancias modificativas principalmente en la parte especial, que indican al juez un conjunto de criterios que servirán para determinar la pena en concreto²⁸. Lo anterior no implica que en nuestro ordenamiento no se prevean circunstancias modificativas en la parte especial.

Justamente, esto último lleva a la doctrina a distinguir entre CMR comunes y especiales. Las primeras son aquellas que operan respecto de cualquier delito, o sobre la mayoría de ellos. Las segundas son aquellas que operan solo respecto de determinados delitos. Por tanto, la clasificación aquí solo atiende a la cantidad de delitos que resultan aplicables²⁹. Esta misma clasificación también suele adoptar los nombres de circunstancias “genéricas” y “específicas”³⁰. Dentro de las CMR comunes, se ubica claramente el art. 73, además de aquellas previstas en los arts. 11, 12, 13, 72, entre otras. Ejemplos claros de CMR especiales se encuentra en el art. 296 inc. 5°, el art. 120 y el art. 368 bis. Fuera del Código Penal, son destacables el art. 19 sobre agravantes, junto con la atenuante especial de cooperación eficaz del art. 22, ambos de la Ley N° 20.000³¹.

Aun cuando las diferencias terminológicas puedan parecer irrelevantes, estimo, por el contrario, que una adecuada distinción de estas clasificaciones resulta importante de fijar, toda vez que permite distinguir lo siguiente: el

²⁸ MIR PUIG, ob. cit., p. 608.

²⁹ Cabe señalar que, para una parte de la doctrina nacional, el término “especial” hace referencia a aquellas circunstancias modificativas que tienen una consecuencia significativamente mayor para atenuar o agravar la pena. En este sentido: CURY, ob. cit., p. 473; MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 609. Como aparece en el texto: VAN WEEZEL, ob. cit., p. 496; NOVOA, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2005), p. 13.

³⁰ Así: ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, ob. cit., p. 15; LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal. Tomo I*, 9ª ed., actualizada por ZENTENO, Julio. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2000), p. 207, quien utiliza los términos “genéricas” y “especiales”; GARRIDO, ob. cit., p. 182; MAÑALICH. *El comportamiento supererogatorio*, ob. cit., p. 228. Este último advierte que, en todo caso, esta distinción es gradual, pues no todas las atenuantes y agravantes comunes (paradigmáticamente, arts. 11 y 12) resultan aplicables a todos los delitos, dando como ejemplo, las agravantes 1 a 5 del art. 12, que solo resultarían aplicables respecto de delitos contra las personas.

³¹ Respecto a la determinación sobre si ciertas CMR son, en realidad, tipos especiales, ver *infra* l. c). Por ejemplo, si bien algunos autores señalan el art. 142 inc. 5° como un caso de “hiper agravante” (MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, M^a Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, (2021), p. 449), perfectamente podría entenderse como un tipo penal complejo, al igual que el art. 372 bis o el art. 433 N° 1.

que las CMR sean comunes o especiales no influye en la forma o momento en la que ellas deben ser consideradas al determinar la cuantía de la pena. Esto, pues ya sea que se trate de CMR comunes o especiales, estas podrán igualmente tener una eficacia ordinaria o extraordinaria. Así, nuestro art. 73, aun al ser una circunstancia común, posee efectos extraordinarios pues, como se verá, su aplicación se aleja de las reglas previstas en los arts. 65 y siguientes. Ahora, si bien las CMR especiales normalmente tienen eficacia extraordinaria, es perfectamente posible que ellas sean también de efectos comunes, como el ya referido art. 368 bis.

En definitiva, lo que pretendo enfatizar en este breve apartado es la necesidad de mantener una distinción que, para efectos analíticos, sea útil en dar cuenta del lugar en donde surge el problema respecto al orden de aplicación. Si bien normalmente aquellas CMR especiales serán también de efectos extraordinarios, ello no implica que deban tener, necesariamente, un tratamiento diverso al general previsto en el párrafo 4 sobre aplicación de las penas, del Código Penal chileno.

Sin duda, lo que corresponde ahora es analizar esta categoría a la que se ha hecho referencia de modo tangencial. Sin embargo, es necesario abordar, en forma previa al núcleo de la cuestión, otra distinción profusamente asumida por la doctrina, pero que aún no encuentra consensos en su aplicación a los diversos preceptos. Esta tiene directa injerencia en cuanto a la determinación del orden en que se deben realizar las disminuciones y aumentos de grado. Me refiero a la distinción entre circunstancias modificativas y aquellas circunstancias calificantes o privilegiantes.

3. Distinguiendo entre circunstancias modificativas y circunstancias calificantes y privilegiantes

Las CMR son, ante todo, elementos accidentales al delito. Debe, no obstante, precisarse esta afirmación. No son elementos accidentales del tipo penal, pues no están incorporadas al tipo. Son accidentales (o también podrían caracterizarse como accesorios), en la medida que son circunstancias que rodean a la realización del hecho típico, lo que exige, lógicamente, la previa comprobación de la existencia de un hecho típico, antijurídico y responsable³². Es impor-

³² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, (2019), p. 454.

tante realizar este matiz, pues existen otros elementos que sí son típicamente accidentales³³.

Estos elementos típicos accidentales no son esenciales para que concurra el tipo, pero producen, una vez constatados, el efecto de agravar o atenuar la pena³⁴. Como se observa, *prima facie* producen el mismo efecto que las CMR. Sin embargo, existe una diferencia fundamental: mientras las CMR agravan o atenúan la pena *asignada al delito*, los elementos típicos accidentales agravan o atenúan la pena *respecto de un delito base o común* y, por tanto, conforman un tipo especial. Estas circunstancias accidentales típicas pueden, o bien calificar el delito o bien privilegiarlo. Tales elementos son tratados por la doctrina especialmente a propósito del error (de tipo)³⁵.

Con todo, estos elementos son también importantes a efectos de la determinación de la pena. En la medida que los elementos calificantes o privilegiantes crean un tipo penal especial respecto del tipo penal común, podría pensarse que la determinación de la pena no se diferencia de los demás tipos penales comunes o basales. Sin embargo, la realidad es distinta, pues, como señala COUSO, es usual que el legislador no construya un marco penal expresamente previsto en el tipo calificado o privilegiado, sino que se limite a señalar la pena del delito común, aumentada o rebajada en cierto número de grados si concurre tal circunstancia³⁶. En aquellos casos en que el legislador opta por construir un nuevo marco penal asignado al delito (calificado o privilegiado)³⁷, no existirán problemas para determinar la pena³⁸, pues simplemente tal marco penal

³³ Santiago Mir les denomina “elementos típicos accidentales”, distinguiéndolos de las circunstancias atenuantes y agravantes, siendo ambas especies del género de los “elementos accidentales”. MIR PUIG, ob. cit., p. 261.

³⁴ Esta afirmación, sin embargo, debe ser correctamente entendida. En la medida que son elementos típicos, evidentemente requiere su constatación para que proceda el tipo penal (especial). Así, el término *accidental* solo lo es en relación con el tipo penal base respecto del cual el legislador incorpora más elementos en el supuesto de hecho de la norma, y no con relación al mismo tipo penal especial, que claramente requerirá constatar todos los elementos del tipo penal común, más aquel(aquellos) elemento(s) adicional(es) incorporado(s) en el tipo penal calificado o privilegiado.

³⁵ Así, en la doctrina española: MUÑOZ y GARCÍA, ob. cit., p. 261; LUZÓN PEÑA, ob. cit., pp. 275-276; DIEZ RIPOLLÉS, ob. cit., pp. 210-211.

³⁶ COUSO, ob. cit., p. 525.

³⁷ Por ejemplo, el art. 391 N° 1, que estableciendo un delito calificado (homicidio calificado), dispone de un marco penal propio.

³⁸ O, más precisamente, no uno adicional a los problemas comunes de determinación de la pena en nuestro ordenamiento. Al respecto, véase: OLIVER, Guillermo. “¿No puede aplicarse el artículo 68 *bis* del Código Penal después de una compensación racional entre atenuantes

abstracto será la pena asignada al delito a efectos del art. 50. No obstante, en aquellos casos en que se opta por la segunda alternativa, es decir, donde no se establece un marco penal propio, surge un difícil problema con directa relación en la determinación de la pena y el orden en que deben aplicarse las subidas y bajadas en grado.

Otra dificultad consiste en determinar si estos elementos calificantes o privilegiantes pueden ser compensados racionalmente, al igual que respecto de las CMR de eficacia extraordinaria³⁹. Sin embargo, dado que la compensación racional ya se enmarca en las reglas previstas en los arts. 66 a 68, creo que es necesario, primeramente, haber resuelto su orden de aplicación. Si se aplican en forma conjunta con las demás CMR de efectos ordinarios, evidentemente será necesario abordar la problemática de la compensación. Si su aplicación se realiza en forma previa o posterior, el problema será solo aparente⁴⁰.

En general, la primera dificultad señalada surge, por un lado, al intentar delimitar aquellos casos en que el legislador establece una calificación o privilegio o si, por otro lado, en realidad solo establece una agravación o atenuación. Resolver este apartado tiene una importancia fundamental, para los efectos de determinar el orden en que deberán manifestarse las subidas o bajadas de grado: en aquellos casos en que el elemento accidental es típico (ya sea calificando o privilegiando un tipo base), deberá entenderse simplemente que el nuevo marco penal (construido mediante la referencia al marco penal del delito base) es la pena señalada por la ley, en los términos del art. 50.

En este contexto, VAN WEEZEL distingue entre aquellos tipos que, por contar con elementos adicionales al supuesto de hecho respecto del tipo penal común, constituyen propiamente tipos calificados o privilegiados, de aquellos delitos circunstanciados. Para el autor, mientras los primeros son unidades valorativas independientes, pues el mismo delito se configura de forma distinta, los segundos son aquellos delitos comunes respecto de los cuales la ley establece alguna circunstancia modificatoria especial, sin constituir propiamente tal un tipo especial⁴¹. En definitiva, es la distinción referida previamente, pero entre elementos calificantes y privilegiantes y aquellas CMR especiales.

y agravantes?”, en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, año 18, N° 1, (2011), pp. 171-182; OLIVER, Guillermo. “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVI, N° 2, (2013), pp. 167-188; OLIVER, “Algunos problemas...”, ob. cit., p. 766-793.

³⁹ Rechazando tal posibilidad, véase: VAN WEEZEL, ob. cit., pp. 498-499.

⁴⁰ Véase *infra* 5.

⁴¹ VAN WEEZEL, ob. cit., pp. 496-497.

VAN WEEZEL propone dos criterios de distinción. En primer lugar, plantea analizar si aquellas circunstancias incorporadas a la descripción típica provocan una alteración del marco penal determinado por la ley al tipo penal básico⁴². Con base en esto, si el legislador crea un marco penal propio, se tratará entonces de un tipo penal calificado o privilegiado. Por el contrario, si solo ordena aumentar o bajar en grados la pena desde el marco penal del tipo común, por regla general se tratará de una CMR. En segundo lugar, propone atender al carácter obligatorio o facultativo de los aumentos. En el primer caso “generalmente estaremos frente a una unidad valorativa independiente, calificada o privilegiada”⁴³, mientras que, si solo es facultativa, será un delito circunstanciado.

Sin embargo, esta propuesta resulta solo una primera aproximación. Desde ya, el mismo autor reconoce que los criterios son meramente orientadores, pues no ofrecen una solución instantánea sobre si los elementos son CMR o calificantes o privilegiantes⁴⁴. Aún más, es posible cuestionar el primer criterio, toda vez que el legislador no solo establece tipos calificados o privilegiados con marcos penales propios, sino también con simples indicaciones al marco penal común, aumentados o disminuidos en cierta cantidad de grados⁴⁵. Es más, el utilizar la propuesta de VAN WEEZEL, nos llevará en algunos casos, a resultados contradictorios. Por ejemplo, del art. 345⁴⁶ puede afirmarse que es tanto un delito circunstanciado por el primer criterio (no establece un marco penal propio), como un tipo calificado por el segundo, pues del tenor literal se desprende el carácter obligatorio del aumento en grado.

La dificultad para determinar el carácter de estos elementos accidentales no es, en ningún caso, responsabilidad del autor referido. CURY señala que “[l]a distinción entre calificantes y privilegiantes por un lado, y agravantes y atenuantes por el otro, suele presentar dificultades en la práctica”⁴⁷, y así, el art. 345 recién citado, es para algunos un tipo calificado, y para otros solo una agravación⁴⁸. COUSO señala que la dificultad deriva del modo en que se

⁴² VAN WEEZEL, ob. cit., p. 498.

⁴³ VAN WEEZEL, ob. cit., p. 498.

⁴⁴ VAN WEEZEL, ob. cit., p. 498.

⁴⁵ Crítica que adoptarían, al menos, quienes sostienen que efectivamente existen tipos penales calificados o privilegiados sin un marco penal propio.

⁴⁶ Referido al facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrir en las penas del art. 342, aumentadas en un grado.

⁴⁷ CURY, ob. cit., p. 473.

⁴⁸ En el primer sentido: ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, ob. cit., pp. 103-104. En el segundo sentido: MATUS y RAMÍREZ, *Manual. Parte Especial*, ob. cit., p. 96.

establecen tales elementos en él, pues mientras a veces se incorporan como calificantes o privilegiantes (dentro de la descripción típica, uniéndolos a un marco penal distinto), otras veces se agregan como agravantes o atenuantes de forma separada al tipo penal respectivo⁴⁹.

En definitiva, para el legislador, una misma circunstancia fáctica puede constituir, en algunos casos, un determinado elemento del tipo objetivo de cierto delito, mientras que, en otros, el mismo supuesto de hecho puede constituir una mera circunstancia agravante (o atenuante), ajena a la descripción de un tipo penal. Esto sucede, por ejemplo, respecto de las circunstancias de premio o promesa remuneratoria, veneno o ensañamiento que, en un caso, son elementos del tipo de homicidio calificado del art. 391 N° 1, pero en donde respecto de las lesiones los mismos supuestos se consideran como un agravante especial en el art. 400. Por lo mismo, no es extraño que mientras para una parte de la doctrina se considere el segundo caso como circunstancias agravantes especiales, para otro sector, sean constitutivas de “verdaderas calificantes del delito”⁵⁰.

Sin ánimos de determinar una solución definitiva a este arduo problema, parece adecuado simplemente concordar con la conclusión dada por COUSO. El autor sostiene que cada vez que se prevea un elemento accidental que suponga aumentar o disminuir grados, la calificación respecto a si tal supuesto constituye o una CMR o un elemento típico accidental, dependerá, a su vez, de si el precepto construye un marco penal propio, o solo manda aumentar o disminuir la pena del correspondiente delito común o base⁵¹. En el primer caso, se calificarán como elementos accidentales típicos (siguiendo la denominación propuesta por MIR PUIG) mientras que, en el segundo caso, serán CMR especiales.

Para el presente trabajo, basta con concluir lo anteriormente afirmado, pues nos permite realizar una primera aproximación al campo de lo debatido, a efectos de determinar cuándo deben realizarse los aumentos y rebajas. Esto, y salvo que la disposición expresamente indique otra cosa, no necesariamente el aumento deberá realizarse en forma posterior al marco penal asignado por ley, de modo tal que entonces queda abierta la posibilidad de que, en tales casos, el aumento o rebaja pueda operar en momentos diversos. Es decir, descartado que estos elementos sean calificantes o privilegiantes (por el hecho de no incorporar un marco penal propio), entonces ya puede descartarse la *obli-*

⁴⁹ COUSO, ob. cit., pp. 528-529.

⁵⁰ GARRIDO, ob. cit., p. 174.

⁵¹ COUSO, ob. cit., p. 529.

gatoriedad de aplicar el aumento o rebaja de forma inmediatamente posterior a la pena asignada en el delito base o de referencia.

4. Las circunstancias modificativas de eficacia ordinaria y extraordinaria

Como ya se ha señalado previamente, la doctrina nacional presenta un conjunto variopinto de clasificaciones, muchas veces con diferencias terminológicas. De entre ellas, ya se ha abordado oblicuamente aquella que distingue entre CMR de efectos ordinarios y extraordinarios. Las primeras son aquellas cuyos efectos se encuentran regulados por las reglas de los artículos 65 a 68 bis. Aquí, se presentan claramente las CMR previstas en los arts. 11⁵², 12, 13, 120, 296 inc. 5°, entre otros. Las segundas son aquellas que establecen una consecuencia jurídica diversa a las reglas generales recién señaladas⁵³. Además, hay que recordar, conforme a lo señalado, que igualmente se incluyen aquellas circunstancias que, pudiendo catalogarse de calificantes o privilegiantes, no lo constituyen en tanto solo ordenan aumentar o disminuir en grados, sin establecer un marco penal propio.

Si bien existen un conjunto de problemas en la aplicación de las CMR de eficacia ordinaria⁵⁴, no cabe ninguna duda de que sus efectos los producen luego de acotado el marco penal por la aplicación de las reglas sobre *iter criminis* y participación. No obstante, no sucede lo mismo respecto de las CMR de eficacia extraordinaria. Es más, y salvo que el tenor literal indique claramente una forma de realizar las subidas y bajadas⁵⁵, es respecto de esta clase de ele-

⁵² Respecto del N° 1, debe recordarse, según la doctrina mayoritaria, que la eximente incompleta tendrá los efectos del art. 73 solo en aquellos casos en que concurra el mayor número de los requisitos que se exigen para eximir. En caso contrario, tendrá aplicación exclusivamente el art. 11 N° 1 y, por lo tanto, será una CMR de eficacia ordinaria. Por todos: NOVOA, ob. cit., p. 18.

⁵³ VAN WEEZEL, ob. cit., p. 499. Recuérdese además lo dicho en nota N° 29, respecto a la doctrina que, al referirse a esta clasificación, emplea los términos de *comunes* y *especiales*.

⁵⁴ Sobre alguno de estos problemas, véase la bibliografía citada en nota N° 38.

⁵⁵ Por ejemplo, el ya mencionado art. 22 de la Ley N° 20.000, que corresponde a una CMR especial y de eficacia extraordinaria, señala expresamente en su inciso final que “[l]a reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales”. Lo mismo puede afirmarse respecto del art. 21 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (Ley N° 20.084), que sin perjuicio de la pertinencia de calificarse como CMR, expresamente ordena determinar la sanción “a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas

mentos accidentales en donde surge la duda sobre el orden en que deben ser considerados dentro del cálculo de la pena.

Si más arriba se dijo que el art. 73 es una CMR común, aquí es posible afirmar que corresponde a una CMR de eficacia extraordinario pues, al operar respecto de la atenuante primera del art. 11 (disposición que recoge de forma paradigmática aquellas CMR atenuantes de efectos comunes), esta cuenta con un efecto tal que permite disminuir entre uno a tres grados al mínimo de los señalados por la ley lo que, por cierto, se aleja de los efectos generales de las CMR ordinarias. La eximente incompleta requiere que concurra el mayor número de elementos de los respectivos casos del art. 10, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, en atención al número y entidad de los requisitos que falten o concurran.

En este contexto, las distintas propuestas realizadas por la doctrina respecto a la ya repetida problemática del orden de aplicación son variadas, en donde se acude tanto a criterios formales y materiales, tal como se verá *infra*. Por ahora, solo es necesario destacar que estas circunstancias que ordenan aumentar o disminuir los grados de penalidad de cierto delito se encuentran dispersos, como ya se da a entender previamente, tanto en la parte general como especial. Lo anterior puede ser un factor que explique la necesidad de establecer criterios que permitan una aplicación igualitaria del derecho penal. Esto, pues, como se demuestra a continuación, la alteración del momento en que se apliquen tales circunstancias puede influir notoriamente en la determinación del marco penal aplicable a un caso concreto.

5. Efectos prácticos de seguir uno u otro orden de aplicación

Seguir uno u otro orden puede tener efectos relevantes en el cálculo de la pena. Sin perjuicio de la exposición, algo más detallada, sobre las distintas tesis y argumentos en favor de cada una de ellas que se realizará en el capítulo siguiente, resulta necesario al menos designarlas para efectos de apreciar las consecuencias de seguir una u otra. En primer lugar, es posible considerar estas circunstancias en el cálculo judicial en forma inmediatamente posterior a la

en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal”. Más claramente, dentro del mismo Código Penal, el art. 260 quáter, que señala respecto de la atenuante especial de cooperación eficaz, que la “reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales”.

pena asignada al delito, en forma previa a las reglas sobre grado de ejecución y forma de participación. En segundo lugar, aplicarlas luego de determinado el marco penal según las reglas sobre *iter criminis* y forma de participación, pero en forma previa a las reglas sobre las CMR de eficacia ordinaria. En tercer lugar, considerarlas una vez acotado el marco penal por las reglas de las CMR de eficacia ordinaria.

Ahora, tomando como referencia de CMR de efecto extraordinario el art. 73, pasaré a exponer las diferencias entre uno y otro modo de ejecutar las subidas y bajadas en grado. Para esto, consideraré dos supuestos⁵⁶: en el primero, el delito conlleva asignado un grado de una pena divisible, junto con la concurrencia de una atenuante de eficacia ordinaria; en el segundo, el delito conlleva una pena compuesta de diversos grados de una pena divisible, en que además concurre una agravante de eficacia ordinaria. En ambos supuestos, se asumirá que el art. 73 tendrá la eficacia de reducir en dos grados la pena. Por último, se presupone que el delito ha sido ejecutado en grado consumado y que se le imputa al acusado la calidad de autor.

En el primer supuesto, supongamos que el delito conlleva la pena de presidio mayor en su grado medio⁵⁷. Siguiendo la primera tesis, corresponde inmediatamente disminuir en dos grados la pena por el art. 73, quedando el marco temporal en presidio menor en su grado máximo. El art. 50 mantiene el mismo marco temporal. Ahora, considerando la circunstancia atenuante, el art. 67 inc. 2º impone aplicar el *mínimum*, quedando fijado el marco temporal en 3 años y 1 día a 4 años de presidio menor en grado máximo.

Al seguir la segunda tesis, primero aplicamos el art. 50, que nos mantiene el mismo marco temporal de presidio mayor en su grado medio. Aplicando ahora el art. 73, el marco temporal cambia a presidio menor en su grado máximo. Por último, considerando la circunstancia atenuante, el art. 67 inc. 2º nos fija el marco temporal en el *mínimum* de 3 años y 1 día a 4 años de presidio menor en grado máximo. Como se observa, el resultado final es idéntico al primer supuesto.

Por último, en la tercera tesis, aplicamos primero el art. 50, manteniéndose toda la pena. Ahora, al considerar la atenuante de efectos ordinarios, donde el art. 67 inc. 2º ordena limitar la pena al *mínimum*, queda provisoriamente fijada en 10 años y 1 día a 12 años y 183 días de presidio mayor en grado

⁵⁶ También se hará referencia a otros supuestos que, para efectos de simplificar la exposición, se consignarán en las correspondientes notas a pie de página.

⁵⁷ Por ejemplo, el homicidio simple del art. 391 N° 2.

medio. Al aplicar ahora el art. 73, corresponde fijar el marco temporal en presidio menor en su grado máximo, pero ahora sin que proceda aplicar el *mínimum* de tal grado y, por tanto, con una extensión temporal de 3 años y 1 día a 5 años⁵⁸.

En el segundo supuesto, supongamos que el delito conlleva la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo⁵⁹. Siguiendo la primera tesis interpretativa, el art. 73 nos impone la pena de presidio menor en grado máximo. El art. 50 nos mantiene la misma extensión. Dado que ahora la pena es un grado de una pena divisible, corresponde aplicar el art. 67 donde, concurriendo una agravante, se impone aplicar el *máximum*. Esto delimita la extensión temporal de la pena en 4 años y 1 día a 5 años de presidio menor en su grado máximo.

La segunda tesis supone aplicar primero el art. 50, que nos mantiene el mismo marco. Corresponde ahora aplicar el art. 73, por el cual el marco penal compuesto pasa ahora a la pena de presidio menor en su grado máximo. El art. 67 inc. 2º nos impone aplicar el *máximum*, que finalmente fija la extensión de 4 años y 1 día a 5 años de presidio menor en su grado máximo. Como se observa, nuevamente no existen diferencias entre aplicar la primera o segunda tesis, pues ambas nos llevan a los mismos efectos prácticos.

Por último, la tercera tesis impone aplicar primero el art. 50, manteniéndose una pena compuesta de presidio mayor en grados medio a máximo. Por esta última característica corresponde entonces aplicar el art. 68 inc. 2º, que lleva a excluir el grado mínimo, quedando por tanto en un marco penal de presidio mayor en su grado máximo. Si aplicamos ahora el art. 73, el marco penal queda fijado por consiguiente en presidio mayor en su grado mínimo, es decir, de 5 años y 1 día a 10 años.

⁵⁸ Si hubiera concurrido una sola agravante ordinaria, sucede algo similar: en las primeras dos tesis, se termina por aplicar el *máximum* de presidio menor en su grado máximo (es decir, 4 años y 1 día a 5 años); mientras que, en la tercera tesis, finalmente no se concreta la orden de aplicar el *máximum* del presidio menor en grado máximo, razón por la que el marco temporal queda en 3 años y 1 día a 5 años. Eventualmente, podría buscarse alguna vía interpretativa para, igualmente, aplicar el *mínimum* en el caso expuesto en el cuerpo del artículo (aunque, valga repetir, ya hubiera sido considerado dentro del cálculo de la pena). Sin embargo, en el caso de que concurra una sola agravante, es claro (y dentro de la tercera tesis interpretativa) que no resulta posible volver a considerar la agravante y limitar al juez la aplicación de la pena en el *máximum*, sin incurrir en una vulneración al *non bis in idem*.

⁵⁹ Por ejemplo, el tipo de secuestro calificado debido a su extensión temporal o a los perjuicios provocados al sujeto pasivo, previsto en el art. 141 inc. 4º.

Desde ya es posible sacar algunas conclusiones. En primer lugar, ambos ejercicios dan cuenta de que considerar la eximente incompleta antes o después de aplicadas las reglas sobre grados de ejecución y formas de participación carece de relevancia práctica, pues se llega en ambos casos al mismo marco temporal respectivo. Al parecer, es esta irrelevancia lo que hace a la doctrina desconocer esta tesis interpretativa respecto al orden de aplicación de tales CMR. En segundo lugar, y del ejercicio anterior, resaltan claramente las importantes consecuencias prácticas de seguir uno u otro orden.

En el primer supuesto, ciertamente que la diferencia no es de las más significativas, pero dadas las implicancias que el poder punitivo produce en el sujeto responsable hace necesario entonces que cualquier disparidad en la pena aplicable requiera de un tratamiento adecuado. Y es que, tanto en la primera como en la segunda tesis, se limita la extensión temporal de la pena hasta los 4 años (por aplicar el *mínimum*) mientras que, con la tercera tesis, ella puede llegar hasta los 5 años. Un año de privación de libertad, sin lugar a duda, supone una diferencia relevante para la persona que soporta el *ius puniendi* estatal.

Pero es en el segundo supuesto donde, con absoluta claridad, se refleja la importancia práctica de seguir uno u otro orden de aplicación de estas CMR de eficacia extraordinaria. Y tal divergencia no se manifiesta solo en el tiempo que estará privado de libertad, sino que, además, en la posibilidad de que el sujeto responsable acceda a alguna de las penas sustitutivas de las penas privativas de libertad previstas en la Ley N° 18.216. Si se sigue la primera o segunda tesis, el imputado podría acceder eventualmente a la pena de libertad vigilada intensiva del art. 15 bis de la citada ley, pues la pena privativa de libertad no excederá de los 5 años. En la tercera tesis, el imputado no podrá subscribir al régimen de penas sustitutivas, debiendo entonces someterse al cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad impuesta. Esto, sin considerar además otras consecuencias de orden adjetivo, como la determinación del procedimiento a aplicar en la sustanciación del juicio.

A modo de síntesis, se presentan dos ilustraciones referidas al orden de aplicación de las CMR de eficacia extraordinaria, y los efectos de seguir uno u otro orden en los supuestos abordados:

Ilustración 1: Las tesis respecto al orden de aplicación de las CMR extraordinarias

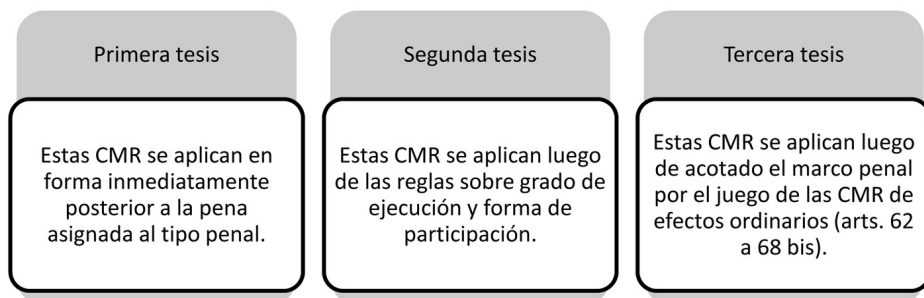


Ilustración 2: Supuestos de aplicación

Caso	Supuesto	Marco penal del delito	Reglas comunes
Caso 1	Un delito que lleva asignado un grado de una pena divisible, considerando además la concurrencia de 1 atenuante de eficacia ordinaria.	Presidio mayor en su grado medio (ej. art. 391 N° 2).	En ambos casos, art. 73 tiene el efecto de rebaja en dos grados. En ambos casos, se asumirá que el delito se encuentra en grado de consumado y ejecutado por el autor.
Caso 2	Un delito que lleva una pena compuesta de diversos grados de una pena divisible, considerando además la concurrencia de 1 agravante de eficacia ordinaria.	Presidio mayor en su grado medio a máximo (ej. art. 141 inc. 4°).	

Ilustración 3: Efectos de seguir una u otra tesis en los casos antes referidos

Caso 1

	Tesis 1	Tesis 2	Tesis 3
Art. 73	Presidio menor en grado máximo	Art. 50 Presidio mayor en grado medio	Art. 50 Presidio mayor en grado medio
Art. 50	Presidio menor en grado máximo	Art. 73 Presidio menor en grado máximo	Art. 68 inc.2 Se aplica <i>minimum</i> : 3 años y 1 día a 4 años de presidio menor en grado máximo
67 inc.2	Se aplica <i>minimum</i> : 3 años y 1 día a 4 años de presidio menor en grado máximo	67 inc.2 Se aplica <i>minimum</i> : 3 años y 1 día a 4 años de presidio menor en grado máximo	Art. 73 Al haberse considerado atenuante, ya no existe orden de aplicar <i>minimum</i> : 3 años y 1 día a 5 años de presidio menor en grado máximo

Caso 2

Tesis 1		Tesis 2		Tesis 3	
Art. 73	Presidio menor en grado máximo	Art. 50	Presidio mayor en grado medio a máximo	Art. 50	Presidio mayor en grado medio a máximo
Art. 50	Presidio menor en grado máximo	Art. 73	Presidio menor en su grado máximo	Art. 68 inc.2	Se excluye grado mínimo = presidio mayor en su grado máximo
67 inc.2	Se aplica <i>máximum</i> : 4 años y 1 día a 5 años de presidio menor en grado máximo	67 inc.2	Se aplica <i>máximum</i> : 4 años y 1 día a 5 años de presidio menor en grado máximo	Art. 73	Presidio mayor en su grado mínimo = 5 años y 1 día a 10 años.

Determinada la importancia práctica de la discusión, se revisará lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia nacional en orden a reseñar tanto los argumentos dados para sostener uno u otro orden de aplicación como para ilustrar sucintamente cómo suelen operar los tribunales de justicia. Desde ya, debe señalarse que la primera tesis interpretativa, si bien se distingue teóricamente de la segunda, en la práctica (y como ya vimos), carece de relevancia práctica. Por esta razón, y en lo que sigue, no se realizarán mayores referencias a ella, sin perjuicio de lo que más adelante se consigne respecto a los argumentos dados por la doctrina.

III. TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL ACERCA DEL ORDEN DE APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE EFECTOS EXTRAORDINARIOS EN GENERAL Y DEL ART. 73 EN PARTICULAR

1. La doctrina

Antes de iniciar este sucinto apartado, debe resaltarse que no existe mayor discusión en la doctrina respecto al orden de aplicación de las CMR de eficacia extraordinaria, en especial, ni del orden de aplicación de las diversas reglas de determinación de la pena, en general⁶⁰. Desde ya la ausencia resulta llamativa, pues, como ha sido demostrado, seguir uno u otro orden no es solo una cuestión de relevancia puramente teórica, sino también en virtud de sus importantes consecuencias prácticas, especialmente para el sujeto que soporta el castigo estatal.

⁶⁰ Así lo advierte Couso, quien aborda con cierto detalle tanto la problemática aquí tratada como también respecto a otras reglas de determinación de la pena y su orden de aplicación, como el art. 75 respecto de las reglas sobre *iter criminis* y participación, o del mismo art. 75 respecto de otras normas sobre aumentos y rebajas especiales. COUSO, ob. cit., pp. 524-544.

a) *Etcheberry*

ETCHEBERRY, en su *Parte General*, inicia el tratamiento acerca del orden de aplicación de estas CMR, evidentemente, al tratar las reglas sobre determinación de la pena. Luego de señalar que la primera regla es atenerse a la pena que la ley asigna al delito respectivo, advierte la necesidad de atender las diversas situaciones que surgen cuando el legislador ordena aumentar o disminuir los grados a partir del marco penal del delito común. En concreto, indica que se debe distinguir entre aquellos casos que se establece una nueva figura calificada o privilegiada, de aquellos casos en que se impone una circunstancia agravante o atenuante, “sea con sujeción a las reglas fundamentales en la materia, sea atendiendo al particular efecto que la ley haya asignado en cada caso concreto”⁶¹. Es decir, que se deben distinguir entre los elementos típicos accidentales, de aquellas CMR de eficacia ordinaria o extraordinaria.

En este punto, y siguiendo la conclusión más arriba señalada, debemos recordar que, si la disposición que establece una agravación o atenuación de la pena por la concurrencia de determinada circunstancia no establece un marco penal propio, entonces se entenderá como una CMR especial, ya sea de eficacia ordinaria o extraordinaria. Ahora, si efectivamente crea un marco penal propio, entonces habrá de considerarse como un delito especial, ya sea calificado o privilegiado. Aquí, ETCHEBERRY resalta un punto importante en la necesidad de distinguir ambos elementos. En el primero de estos casos, hay que considerar el aumento o rebaja en la pena solo en los partícipes en que concurra la CMR. En el segundo caso, el efecto agravatorio o atenuatorio influye en el marco penal antes de la eficacia de los demás factores que alteran la pena, considerándose entonces como el punto de partida para la determinación de esta⁶², pues será aquel marco penal la pena asignada al delito según el art. 50.

Luego de hacer referencia a todo el sistema de reglas respecto a los efectos de las atenuantes y agravantes de efectos ordinarios, vuelve a abordar la distinción entre los tipos calificados o privilegiados, de las propias CMR atenuatorias o agravatorias. Dentro de estas, distingue entre lo que se ha denominado CMR de efectos ordinarios, que se rigen por los arts. 62 y siguientes, de las CMR de eficacia extraordinaria. Para el evento de que concurra esta segunda clase de circunstancia, indica que primero deben aplicarse las demás circunstancias ordinarias, si las hubiere, y después de determinada provisionalmente una

⁶¹ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 174.

⁶² ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 174.

pena con base en ellas, se deberá considerar las “circunstancias modificatorias especiales”⁶³.

En definitiva, ETCHEBERRY pone de relieve la necesidad de distinguir entre los tipos calificados o privilegiados de las circunstancias atenuantes o agravantes especiales, aunque sin entregar algún criterio que ayude a tal labor, quedando solo “analizar el tenor de las respectivas disposiciones”⁶⁴. Luego, propone seguir la tercera tesis que previamente hemos identificado, es decir, aplicar estas CMR luego de determinado provisionalmente el marco penal por la eventual concurrencia de las circunstancias de efectos ordinarios. En este punto, es importante resaltar que, según COUSO, este criterio derivaría de lo afirmado por alguna jurisprudencia de los tribunales superiores que, siendo considerada por ETCHEBERRY, justamente han aplicado esta tesis, sobre la base del criterio *pro reo*.

b) *Matus y Van Weezel*

En la obra *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, los autores abordan el orden de aplicación de estas CMR de efectos extraordinarios a propósito de la compensación racional. En ella, sostienen que primero deben aplicarse las reglas generales de los arts. 65 y siguientes. Solo cuando ya se haya establecido el marco penal provisorio por estas reglas, corresponderá entonces aplicar “las rebajas o aumentos que la ley imperativamente atribuye a las circunstancias de eficacia extraordinaria”⁶⁵. Además, remiten expresamente a lo señalado por ETCHEBERRY. Por lo tanto, aquí también sostienen la tercera tesis para considerar estas CMR dentro del cálculo de la pena.

c) *Matus y Ramírez*

Al abordar la determinación de la pena en su *Parte General*, los autores tratan dos CMR de eficacia extraordinaria: los arts. 72 y 73. Respecto de este último, señalan que “se aplica una vez determinado tanto el grado de desarrollo del delito como el de su participación en él”⁶⁶, y que “el juez debe imponer

⁶³ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 189. Recuérdese lo dicho respecto a la terminología empleada por la doctrina en nota 29.

⁶⁴ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 174.

⁶⁵ MATUS y VAN WEEZEL, ob. cit., p. 363.

⁶⁶ MATUS y RAMÍREZ, *Manual. Parte General*, ob. cit., p. 623.

una pena al menos inferior en un grado a la señalada abstractamente por la ley al delito y, después, hacer las rebajas o aumentos que correspondan según las reglas de los arts. 65 a 69⁶⁷. De lo señalado, se desprende que su aplicación coincide con lo que he designado como segunda tesis: su aplicación tiene lugar después de determinado el marco penal según las reglas sobre *iter criminis* y forma de participación, pero en forma previa a las reglas sobre las CMR de eficacia ordinaria.

En cambio, respecto de la agravante de prevalimiento de menores de edad del art. 72, que, como señalamos, también consiste en una CMR de eficacia extraordinaria, sostiene que “solo se aplica después de determinada la pena conforme a las reglas de los arts. 50 a 69”⁶⁸. Como adelantamos previamente, respecto de esta circunstancia, existe amplio consenso en que su aplicación debe realizarse según lo que se ha identificado como tercera tesis en la consideración del cálculo de la pena. Ello se desprendería del tenor literal de la disposición, la cual parece indicar que la circunstancia debe considerarse luego de las reglas generales de los artículos 65 a 68 bis⁶⁹.

Ahora, respecto a ciertas CMR especiales que además son de eficacia extraordinaria⁷⁰, en su *Parte Especial* tratan distintos casos. Por ejemplo, respecto del art. 400 referido a los delitos de lesiones, sin señalarlo expresamente, dan a entender que el aumento debe realizarse inmediatamente desde el marco penal asignado por ley al delito correspondiente⁷¹. Es decir, siguen aquí lo que hemos identificado como primera tesis. Respecto del ya citado art. 345, recordemos que lo tratan como un caso de *agravación* y no como un tipo calificado. Nuevamente, si bien no señalan expresamente el momento en que deben ser considerados, se da a entender que debe aplicarse según la primera tesis.

⁶⁷ MATUS y RAMÍREZ. *Manual. Parte General*, ob. cit., p. 623.

⁶⁸ MATUS y RAMÍREZ. *Manual. Parte General*, ob. cit., p. 642.

⁶⁹ POLANCO, Daniel. “Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación”, en *Revista Política Criminal*, vol. X, N° 20, (2015), pp. 614-615. Por el mismo *tenor literal*: COUSO, ob. cit., p. 537. Sin señalar argumentos, pero proponiendo el mismo orden referido: ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, ob. cit., p. 43; MATUS y VAN WEEZEL, ob. cit., p. 380.

⁷⁰ Y que, según lo dicho previamente, no serán consideradas como tipos especiales calificados o privilegiados, en la medida que solo se ordena aumentar y disminuir en grados desde un determinado marco penal, sin construir un marco penal propio.

⁷¹ MATUS y RAMÍREZ. *Manual. Parte Especial*, ob. cit., p. 140.

d) Couso

En su *Comentario al art. 50*, COUSO advierte que la doctrina no se ha preocupado, en forma sistemática, de analizar el problema del orden de aplicación de las diversas reglas de determinación de la pena⁷². Luego de advertir que, no obstante, si se ha formulado un conjunto de criterios, comienza por establecer ciertas directivas que, en su consideración, han de tenerse en cuenta. En primer lugar, manifiesta su rechazo a la distinción entre determinación legal e individualización judicial como un criterio útil a estos efectos. En segundo lugar, rechaza acudir por defecto a un determinado orden de aplicación, especialmente respecto del propuesto por ETCHEBERRY, en la medida que tal propuesta se fundamentaría en el principio *pro reo*. Ello resultaría problemático pues con esta vía no siempre se asegura un resultado más beneficioso, ni tampoco resultaría suficientemente justificado establecer esta directiva como una norma de clausura⁷³.

Por lo anterior, primero sugiere resolver el ya mencionado orden de aplicación caso a caso. Segundo, propone atender al tenor literal y, en su defecto, a la *ratio legis*. Así, respecto de ciertas CMR, el tenor literal llevará a aplicar una determinada forma de establecer los aumentos o rebajas, como sería el caso del art. 72, al que ya se ha hecho mención. En aquellos casos en que el tenor literal no sea claro, como sería el caso del art. 73, habrá que analizar la *ratio legis* de la disposición. Por lo tanto, se debe atender a si la atenuación o agravación responde a la mayor o menor finalidad preventiva-general, o si responde a criterios político-criminales que “tienen una importancia tal, que no pueden diluirse dentro del cálculo judicial, por la concurrencia de otras CMR agravantes comunes”⁷⁴, como efectivamente ocurriría si se aplican las CMR de eficacia extraordinaria después de las CMR de eficacia ordinaria.

En estos casos, finalmente, plantea aplicar primero la circunstancia de eficacia extraordinaria. Luego, a partir del marco penal modelado por estos criterios preventivos-generales o de política criminal, se deberán considerar aquellas CMR de eficacia ordinaria que concretan la pena al nivel de injusto y culpabilidad del hecho⁷⁵. Por lo tanto, en estos casos, procede a optar por lo que hemos identificado como segunda tesis: aplicación luego de las normas

⁷² COUSO, ob. cit., p. 532.

⁷³ COUSO, ob. cit., p. 536.

⁷⁴ COUSO, ob. cit., p. 538.

⁷⁵ COUSO, ob. cit., p. 539.

sobre *iter criminis* y participación, pero previo a las reglas de las CMR de efectos ordinarios.

2. La jurisprudencia

En cuanto al tratamiento que ha dado la jurisprudencia al tema, lo cierto es que no ha existido mayor discusión respecto a cuál es el orden que debe considerarse dentro del cálculo de la pena. Sin embargo, del breve análisis que más abajo sigue, se da cuenta de al menos dos posiciones que los tribunales suelen adoptar. Por un lado, aplicarlas en forma previa a las CMR de eficacia ordinaria y luego de las reglas sobre forma de participación y grado de ejecución del delito. Por otro lado, aplicarlas luego de determinado el marco penal por las CMR de eficacia ordinaria. En uno u otro caso, no suele existir mayor fundamentación respecto a por qué se elige una u otra forma de aplicación.

Así, la CA de Iquique, en sentencia del 17 de diciembre de 1942⁷⁶, refiriéndose a un supuesto de agravación previsto en ley especial en caso de hurto, sostiene que el tribunal de instancia procede incorrectamente al establecer primero la agravación especial y luego la rebaja que corresponda por las atenuantes. Afirma que debió primero hacerse la rebaja por atenuantes del mínimo de la pena y solo ahí efectuar el aumento dispuesto por la ley. Para ello, la Corte acude al principio *pro reo* con el argumento de que es un “principio general de nuestra legislación”, tanto en materias sustantivas como procesales. De aquí, a juicio de COUSO erradamente, ETCHEBERRY fundamentaría su posición según la cual estas circunstancias deben aplicarse luego de fijado el marco penal por las reglas de los arts. 65 y siguientes.

Si bien es cierto que, en materia procesal penal, el principio *in dubio pro reo* presenta una reconocida aplicación, no puede afirmarse lo mismo (no, al menos, con la misma claridad) respecto del derecho penal sustantivo. Sin perjuicio de esta discusión, y aun cuando se acepte su aplicación como criterio interpretativo dentro del derecho penal sustantivo, entiendo que no es un criterio útil para resolver la problemática aquí analizada. Es decir, el criterio *pro reo* no puede justificar siempre un mismo orden de aplicación, ni menos, la tercera tesis.

Como señalamos previamente, en al menos dos supuestos, seguir esta tercera forma de considerar las CMR de eficacia extraordinaria, y, en particular, respecto de la atenuante privilegiada del art. 73, lleva a imponer un marco penal perjudicial al reo. Esto, pues, como ya se dijo, si concurre una atenuante

⁷⁶ Citada por ETCHEBERRY, Alfredo. *El derecho penal en la jurisprudencia. Sentencias 1875-1966*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (1987), p. 193.

ordinaria en un delito que tiene asignada una pena de un único grado divisible no podrá volver a considerarse para aplicar el *mínimum*, toda vez que la atenuante ya habría sido considerada previamente. Si concurre una agravante de algún delito con alguna pena de los supuestos previstos en el art. 68, no podrá aplicarse el grado mínimo de la pena. No obstante, a pesar de la poca precisión del criterio recientemente señalado para indicar uno u otro orden de aplicación, resulta valorable el intento de fundamentar tal opción.

Esta tercera tesis también ha sido sostenida por otros tribunales superiores de justicia, aunque sin mayor referencia a las razones que fundamentan esta opción. Así, la CA de San Miguel, en sentencia del 25 de marzo del 2003⁷⁷, pronunciándose mediante recurso de apelación, sostiene la concurrencia de la eximente incompleta por inimputabilidad disminuida (art. 11 N° 1 en relación con art. 10 N° 1), por lo que ordena la rebaja en dos grados por el art. 73. Para ello, entiende que la rebaja debe realizarse luego de determinado el marco penal por las CMR de efectos ordinarios y de la compensación entre la agravante del art. 12 N° 3 y la atenuante del art. 11 N° 9.

Aparentemente, este criterio parece presentar una cierta regularidad en esta Corte. Así, en sentencia del 23 de agosto del 2010⁷⁸, confirma la sentencia apelada, en cuanto afirma la facultad del juez *a quo* en cuanto a la cantidad de grados a rebajar por el art. 73. Para ello, y haciendo referencia a lo razonado por el tribunal de primera instancia, señala que primero se deben compensar las atenuantes y agravantes ordinarias (en el caso, la del art. 11 N° 9 con la del art. 12 N° 15), para luego realizar la rebaja correspondiente por la eximente incompleta.

Sin embargo, esta aparente uniformidad en el orden de aplicación desaparece al analizar fallos de otras cortes. La CA de Puerto Montt, pronunciándose sobre un recurso de nulidad que cuestionaba la rebaja en un solo grado por la legítima defensa incompleta, confirma tal decisión por el tribunal de instancia⁷⁹. En este tribunal, estiman “se debe hacer aplicación, en primer lugar, de la regla especial que se contiene en el artículo 73 del Código Penal, en relación con lo que disponen sus artículos 10 N° 4 y 11 N° 1, debiendo en consecuencia rebajarse la pena del mínimo señalado por la ley al delito”⁸⁰, para luego considerar lo previsto en el art. 67.

⁷⁷ Corte de Apelaciones de San Miguel, 25.03.2004, rol N° 3734-2003.

⁷⁸ Corte de Apelaciones de San Miguel, 23.08.2010, rol N° 1008-2010.

⁷⁹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 23.05.2011, rol N° 69-2011.

⁸⁰ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, 4.04.2011, Rit N° 11-2011, considerandos quincuagésimo octavo y quincuagésimo noveno.

La CA de Antofagasta ha aplicado el mismo orden. Así, en sentencia del 26 de julio del 2017⁸¹, rechaza recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia del TOP de Calama, que cuestionaba la falta de fundamentación del tribunal respecto a haber bajado solo en un grado la pena por el art. 73. Sin pronunciarse directamente sobre el orden de aplicación, afirma que el cálculo de la pena se encuentra correctamente realizado y fundamentado. Al respecto, el TOP de Calama, en sentencia del 13 de junio de 2017⁸², consideró esta rebaja en grado en forma previa a la aplicación de las reglas generales sobre las CMR ordinarias, por lo que, en definitiva, aplica la segunda tesis.

El mismo criterio ha seguido la CA de Concepción, que, pronunciándose sobre dos recursos de nulidad⁸³, confirma la sentencia del TOP de Cañete que opta por este segundo orden de aplicación. Así, el tribunal reconoce, en el contexto de delitos tributarios, la eximente incompleta del art. 11 N° 1 en relación con el art. 110 del Código Tributario⁸⁴. Concurriendo, además, la atenuante del art. 11 N° 9, el tribunal estima “aplicar la atenuante privilegiada prevista en el artículo 73 del Código Penal y en uso de su facultad privativa rebajar la pena en dos grados para los efectos de establecer el marco penal a partir del cual analizar la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes ordinarias”⁸⁵.

Por último, y aunque nuevamente no sea objeto directo de discusión, la CS recientemente se ha pronunciado a propósito de un recurso de nulidad en contra de sentencia del TOP de Valparaíso. Así, la CS rechaza la existencia de un vicio de nulidad en el cálculo de la pena, toda vez que “constituye una facultad del tribunal la eventual rebaja de la pena [por lo que] cualquier reproche al respecto carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo”⁸⁶, validando así la segunda tesis del orden de aplicación de la eximente incompleta. En efecto, en el TOP de Valparaíso, se tuvo por configurada la legítima defensa incompleta, siendo entonces atingente la rebaja en un grado por el art. 73. Para ello estiman

⁸¹ Corte de Apelaciones de San Miguel, 26.07.2017, rol N° 195-2017.

⁸² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, 13.06.2017, Rit N° 29-2017.

⁸³ Corte de Apelaciones de Concepción, 9.06.2017, rol N° 380-2017.

⁸⁴ Disposición que establece una eximente de responsabilidad, o una eximente incompleta en su caso, en el supuesto de que “el infractor de escasos recursos pecuniarios, por su insuficiente ilustración o por alguna otra causa justificada, haga presumir que ha tenido un conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas”.

⁸⁵ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, 19.04.2017, Rit N° 9-17. Considerando vigésimo segundo.

⁸⁶ Corte Suprema, 18.02.2021, rol N° 144137-2020.

“procedente solo rebajar a la pena inferior en un grado a la mínima señalada por la Ley al delito”⁸⁷, para luego aplicar los arts. 67 y 69.

IV. UNA RECONSTRUCCIÓN DE LAS DIVERSAS PROPUESTAS A PARTIR DE LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN

El término *interpretación* sufre una múltiple ambigüedad⁸⁸, pero, dentro del ámbito jurídico, siempre se mantiene la noción de atribuir un cierto significado a un texto jurídico. Dentro de esta actividad, desde antiguo, se han distinguido cuatro grandes técnicas que el intérprete tiene a su disposición: el elemento gramatical o literal; el elemento lógico; el elemento histórico; y el elemento sistemático⁸⁹. Por las razones que más abajo se abordarán, sostengo que respecto del art. 73, la rebaja en grados que estime concurrente el sentenciador debe ser considerada luego de determinado el marco penal por las reglas sobre participación y ejecución del delito, pero en forma previa a las reglas sobre CMR de eficacia ordinaria.

Pero antes de abordar aquello, es necesario tratar brevemente algunos puntos relativos a ciertas particularidades de la interpretación en el derecho penal. En primer lugar, es necesario resaltar la importancia del *tenor literal* dentro de la interpretación penal. Normalmente suele aducirse como un límite dirigido al intérprete (y particularmente al juez), al operar como una reducción de las alternativas posibles de significado de una determinada disposición, al sentido literal posible⁹⁰. Ello se desprende, indudablemente, del principio de legalidad y, específicamente, de la garantía expresada en el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, que opera como una forma de asegurar el sometimiento del intérprete a este principio⁹¹.

⁸⁷ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, 25.11.2020, Rit N° 17-2020.

⁸⁸ GUASTINI, Ricardo. *Interpretar y argumentar*, (trad. por ÁLVAREZ, Silvina). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (2014), p. 31.

⁸⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema de derecho romano actual* (trad. por MESÍA, Jacinto y POLEY, Manuel), Federico Carlos Savigny. Madrid: Analecta, (2004), p. 187. Visto en: BARRÍA, Manuel. “El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional”, en *Revista de Derecho Ars Boni et Aequi*, vol. VII, N° 2, (2011), p. 259.

⁹⁰ Por todos, véase: MATUS, Jean Pierre. *La ley penal y su interpretación*, 2ª ed. Santiago: Editorial Metropolitana, (2012), pp. 177-203.

⁹¹ BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de derecho penal chileno*. Volumen I (adaptadas por FERNÁNDEZ, José). Santiago: Librotecnia, (2012), p. 132.

En segundo lugar, respecto del elemento histórico⁹² no se hará referencia en este trabajo. Esto, principalmente porque la tendencia mayoritaria es atender a criterios objetivos de interpretación, que atiende la voluntad o sentido objetivo de la propia ley, con independencia de quien la emana⁹³, y que, como ya señalamos, siempre se encuentra limitado por el tenor literal posible. Por el contrario, el criterio subjetivo busca analizar la voluntad del legislador y los motivos para la dictación de la normativa al momento de su creación. Aquí, el principal problema que presenta es la efectiva posibilidad de establecer una intención identificable respecto de órganos colectivos.

1. El tenor literal admite ambos órdenes de aplicación de la eximente incompleta del art. 73

El art. 73 no establece claramente el orden en el que debe ser considerada la rebaja en grados. Solo se limita a señalar que la rebaja deberá realizarse “al mínimo de los señalados por la ley”. Bien podría entenderse que esta rebaja ha de realizarse desde el marco penal del delito en que concurre esta eximente. Sin embargo, la misma expresión también puede llevar a concluir que el término “ley” incluye no solo la pena asignada al delito, sino también el marco acotado por las reglas sobre CMR ordinarias. Por lo tanto, y en lo pertinente, la disposición solo regula la forma en la que se deben hacer las rebajas en grado⁹⁴.

En consecuencia, respecto de la eximente privilegiada, no puede predicarse, necesariamente, el mismo orden de aplicación que la circunstancia de prevalerse de un menor de edad del art. 72, pues, a diferencia de aquella disposición, no se establece claramente uno u otro orden. En efecto, la mayoría de la doctrina entiende respecto del art. 72 que, del tenor literal, debe aplicarse después de considerar las CMR ordinarias. Efectivamente, tal orden se desprende con meridiana claridad, cuando señala que “se aplicará a los mayores la pena que

⁹² Entendiendo como tal, aquella técnica que estudia “los antecedentes y génesis histórica de la norma actual, a la regulación anterior (a veces a varias consecutivas), si la había, y su comparación con la vigente, a la situación de la sociedad que pretendió regular la norma, a los anteproyectos, proyectos, enmiendas y trabajos legislativos, así como a la exposición de motivos o memorias de la propia ley”. LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 91.

⁹³ LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 88.

⁹⁴ Lo que solo viene a confirmar, especialmente en los delitos con penas compuestas de dos o más grados, que debe realizarse desde el mínimo. Sobre la problemática de las subidas y bajadas en grado, véase: OLIVER, 2016. “Algunos problemas...”, ob. cit., pp. 766-793.

les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado”. Esto supone la instrucción al juez de, primero, determinar la pena del partícipe de acuerdo con las reglas generales y, segundo, con base en este marco penal acotado, realizar el aumento en grado. Por tanto, debe aquí utilizarse la tercera forma de aplicación de estas CMR extraordinarias.

En definitiva, aquí importa destacar que, de la redacción dada por el legislador, no se desprende necesariamente ningún orden de aplicación. Resaltar este punto es relevante, porque permite afirmar que la disposición admite, interpretativamente, cualquiera de las dos tesis respecto al orden de aplicación, sin infringir el sentido literal de la norma. Y como más arriba se afirmó, es importante determinar el sentido literal, en la medida que opera como un límite a las diversas interpretaciones, derivado del principio de legalidad. Por lo tanto, para optar por una u otra tesis, no será un factor relevante su conformidad con el principio de legalidad, en la medida que ambas se encuentran dentro de los productos interpretativos posibles a la luz del tenor literal.

2. Una interpretación sistemática podría fundamentar su aplicación en forma posterior a las reglas sobre CMR ordinarias

Según las reglas generales de interpretación previstas en el Código Civil, el elemento sistemático se presenta en al menos cuatro directivas o técnicas de interpretación distintas: como una directiva de armonía sistemática o *sedes materiae*; directiva de consistencia lógica (dirigida a evitar antinomias); directiva de congruencia axiológica; y directiva de consistencia terminológica. Aquí, entiendo que un criterio que podría ser relevante para determinar el orden de aplicación es el referido al contexto en el que se encuentra la disposición, también conocido como *sedes materiae*, el cual impone atribuir un cierto significado en virtud de su ubicación dada por el legislador⁹⁵.

Desde luego, este argumento no debiera justificar un cierto orden por la exclusiva ubicación de la eximente incompleta, dentro del conjunto de artículos previstos en el párrafo IV “De la aplicación de las penas”, del título tercero “De las penas”. Es decir, del solo hecho de que la eximente incompleta del art. 73 se encuentre regulada después de las reglas previstas en los arts. 62 y siguientes no se desprende que, entonces, deban considerarse primero éstas y después aquella. Por inusual que parezca esta posición, resulta necesario hacer referencia a este criterio (para descartarlo), toda vez que, por razones idénticas,

⁹⁵ GUASTINI, ob. cit., p. 291.

aunque referido a una materia totalmente distinta (colisión de derechos fundamentales), ha sido sostenido (aisladamente) por los tribunales⁹⁶. Por lo demás, parte de la doctrina también ha advertido la insuficiencia de este criterio para fundamentar un cierto orden de aplicación⁹⁷.

Por el contrario, parece más razonable utilizar el argumento *sedes materiae* en un sentido diverso. Así, bien podría fundamentar la aplicación de la eximente incompleta del art. 73 según la tercera forma de aplicación, pero ahora basándose en lo regulado por el art. 72. Esto, en la medida que tal CMR extraordinaria prevé, con relativa claridad, este orden de aplicación. Las razones para sostener este orden, de forma analógica a la agravante referida, podrían ser las siguientes: primero, ambas disposiciones se encuentran en el mismo párrafo del mismo título; segundo, ambas disposiciones se encuentran reguladas de forma inmediatamente sucesiva; tercero, ambas disposiciones establecen un particular efecto agravatorio o atenuatorio de acuerdo a la concurrencia de cierta circunstancia, que se aleja de las reglas generales (es decir, ambas son CMR de efectos extraordinarios); cuarto, y por último, ambos preceptos establecen CMR comunes o genéricas, en la medida que pueden ser aplicados a cualquier delito en que concurren.

Así considerado, parece sensato aplicar el mismo orden de aplicación a la eximente incompleta, que, siendo prevista por el legislador para otra CMR extraordinaria, reúne características similares y se regula en un mismo contexto de forma sucesiva. Aquí, no solo se podría fundamentar este orden basado en el ideal de coherencia sistémica del ordenamiento jurídico, sino también en razón de una aplicación igualitaria del derecho penal. Esto, pues aun cuando una suponga un efecto agravatorio y otra un efecto atenuatorio, ambas reúnen, como ya señalé, un conjunto de características que podría hacer justificable que las dos circunstancias deban ser consideradas de la misma forma, dentro de la determinación de la pena.

No obstante, estimo que estos argumentos, aun cuando aisladamente considerados podrían fundar una aplicación de la eximente incompleta en el orden ya dicho, no tienen la fuerza necesaria para asegurar un resultado tal. En este

⁹⁶ Me refiero al caso “Luksic Craig y otros con Martorell Cammarella y otros”, en el cual, discutiéndose mediante Acción de Protección el conflicto entre el derecho a la honra y a la libertad de información, se afirma la existencia de una jerarquía de derechos constitucionales que, a su vez, viene determinada por su “sucesión descendente de importancia” de acuerdo con el orden que el constituyente los reguló en los numerales del art. 19 de la Constitución Política de la República. CA de Santiago, 31.05.1993, rol N° 983-93.

⁹⁷ ETCHEBERRY. *El derecho penal en la jurisprudencia...*, ob. cit., p. 193.

sentido, no pasa por alto el hecho de que la propuesta interpretativa recién mencionada se basa en un criterio puramente formal, sin un sustrato material que permita sustentar tal conclusión. Al respecto, se suele afirmar que la solidez del argumento topográfico requiere de su unión con otros argumentos que le doten de mayor fuerza persuasiva⁹⁸.

En este punto, se podría acudir al principio *pro reo*, tal como lo indicara ETCHEBERRY, como un complemento a esta tesis, y que, según el autor, también derivaría en aplicar la eximente después de las CMR ordinarias. No obstante, una parte de la doctrina discute la aplicación del principio *pro reo* en materia sustantiva, reservándolo exclusivamente a las materias procesales, respecto de la determinación de los hechos⁹⁹. Para su rechazo, se acude al art. 23 del Código Civil que, en lo pertinente, señala que “[l]o favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”¹⁰⁰. No obstante, es innecesario rechazar la aplicación del principio *pro reo* en materias sustantivas para, así, descartar el orden de aplicación aquí analizado. Esto, pues, como ya señalamos, lo cierto es que, aun utilizándolo, lleva a afirmar el segundo orden de aplicación, y no el derivado del argumento *sedes materiae*.

Por tanto, no resulta un criterio suficientemente justificado, aplicar el mismo orden previsto para el art. 72, aun cuando efectivamente presente características similares con la eximente incompleta del art. 73. Este criterio formal no logra explicar el sentido de la atenuación prevista por el legislador, elemento que debiera ser relevante, precisamente, al momento de determinar la sanción respecto del hecho punible. Por lo mismo, es necesario incorporar un criterio material en la determinación del orden a aplicar de esta eximente incompleta pero que, en todo caso, puede servir, al menos como punto de partida, para la determinación de tal orden respecto de otras CMR de efectos extraordinarios. Esto, ciertamente, si del tenor literal no se desprende claramente el orden en que deban ser considerados¹⁰¹.

⁹⁸ EZQUIAGA, Francisco. “El uso de los argumentos *sedes materiae* y *a rubrica* en la justificación de las decisiones interpretativas electorales”, en Revista *Quid Iuris* (UNAM), vol. XVII, (2012), pp. 40-45.

⁹⁹ Así, GARRIDO, ob. cit., p. 103.

¹⁰⁰ En todo caso, el punto es discutido, tal como más adelante se verá. Y, en todo caso, creo que el principio perfectamente podría tener aplicación en materia sustantiva, como una directiva de interpretación, en la medida que el mismo Código Civil establece la posibilidad de acudir al “espíritu general de la legislación y la equidad natural” (art. 24).

¹⁰¹ Por ejemplo, el ya citado art. 22 de la Ley N° 20.000.

3. La ratio legis lleva a afirmar su aplicación en forma previa a las reglas sobre las CMR de efectos ordinarios

En este punto, estimo que la vía más adecuada para determinar el orden de aplicación de las CMR de eficacia extraordinaria, en general, y de la eximente incompleta, en particular, es acudir a la *ratio legis* de la disposición. Así, habrá que atender, como señala COUSO¹⁰², a las razones que subyacen al precepto, que explican o fundamentan el porqué de una determinada atenuación o agravación producida por la concurrencia de cierta circunstancia. Ante la ausencia de un criterio otorgado expresamente por el legislador, estimo que no basta con apelar a la pura coherencia sistemática. Si bien este es un ideal regulativo respecto del cual el intérprete tiene particular injerencia, no se debe obviar el fundamento del que deriva cierta atenuación o agravación.

Evidentemente, constatada la concurrencia de alguna de las eximentes previstas en el art. 10, hará que el partícipe no sea merecedor de ninguna pena (sin perjuicio de una eventual medida de seguridad en los casos que proceda). Sin embargo, la concurrencia de, al menos, el requisito esencial para cada eximente, desde ya hace aplicable una determinada atenuación que, según la doctrina mayoritaria, se regirá por las reglas comunes de las demás CMR ordinarias, o por el art. 73 si, además, concurren la mayoría de los requisitos que se requieren para eximir de la pena. Aquí, considero que este último elemento debiera tener implicancias en el modo en que se debe considerar en la determinación de la pena.

Que el legislador haya previsto, para esta circunstancia atenuatoria, la posibilidad de disminuir en hasta tres grados la pena, refleja el objetivo de la disposición. Este no es otro que simplemente establecer una importante atenuación, debido a la cercanía que tal circunstancia ha tenido para alcanzar a eximir completamente una determinada pena, por la realización de un hecho típico. Si se exige que se hayan reunido la mayoría de los requisitos que requiere la eximente correspondiente, refleja claramente que el hecho ha estado, en término simples, “a punto” de eximir de responsabilidad, pero ha faltado uno o más elementos para que finalmente se concrete tal eximente.

Si esta es la razón por la cual se establece un particular efecto atenuatorio, ello debiera verse reflejado también en la forma en la que se considera esta disminución en grados. Si bien, en algunos casos, seguir uno u otro orden no

¹⁰² COUSO, ob. cit., p. 538.

supondrá ninguna diferencia en la determinación de la pena¹⁰³, existen, como ya señalé, otros casos en los que seguir uno u otro orden presenta diferencias prácticas importantes. En estos casos, seguir la propuesta de ETCHEBERRY, de aplicar la eximente después de las reglas de los arts. 65 y siguientes, provoca, en algunos de estos casos, el efecto de ignorar esta particular atenuación prevista por el legislador. Ello, en la medida que, dentro del cálculo de la pena, se llega a una penalidad significativamente más elevada si se sigue esta forma de aplicación.

Si un delito conlleva la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo, concurriendo una agravante ordinaria y la eximente incompleta (con reducción de dos grados), siguiendo la propuesta defendida por ETCHEBERRY, el marco penal queda fijado en presidio mayor en su grado mínimo. En cambio, si se aplica primero la eximente incompleta y después la agravante de eficacia ordinaria, se llega a un marco de presidio menor en su grado máximo (en el *máximum*). Como se observa, si se sigue la tesis postulada por ETCHEBERRY, el efecto atenuatorio de la eximente incompleta no se logra expresar con toda la eficacia que el legislador previó en abstracto, y que el sentenciador estableció en concreto (rebaja en dos grados).

En cambio, al aplicar la CMR extraordinaria antes de las CMR ordinarias, no se desdibuja el efecto atenuatorio o agravatorio previsto por la disposición pertinente. En especial, respecto de la eximente incompleta, despliega su máxima eficacia (basándose en lo fijado prudencialmente por el juez), sin verse diluida por la concurrencia de otras CMR ordinarias agravantes las que, por cierto, igualmente serán consideradas, pero luego de aplicada la eximente incompleta del art. 73. Por lo demás, tampoco resulta necesario acudir al principio *pro reo* como criterio interpretativo. Si se afirma el orden propuesto, ello reside exclusivamente en la *ratio legis* de la eximente incompleta, que establece tal reducción por su cercanía con una situación que habría estado exenta de pena. Si bien esto coincide con unas consecuencias que efectivamente resultan más beneficiosas al reo, se da solamente porque aquí se analiza el caso de una CMR extraordinaria con efectos atenuatorios. Si se tratara de una agravación, estimo que, por las mismas razones, igualmente debiera aplicarse en forma previa a las demás CMR de efectos ordinarios.

¹⁰³ Por ejemplo, un delito con una pena de presidio menor en su grado medio a máximo, en que concurren dos atenuantes comunes (a los que se les da la eficacia de reducción en un grado) y la eximente incompleta (también con una rebaja de dos grados). Si primero se considera el art. 73 y luego el art. 67, entonces el marco penal resultante queda en prisión en su grado medio. Si primero se considera el art. 68 y luego el art. 73, también se llega al marco penal de prisión en grado medio.

V. *EXCURSO*: COMPENSACIÓN RACIONAL DE LAS CMR
DE EFICACIA EXTRAORDINARIA

Los arts. 66, 67 y 68 del Código Penal hacen referencia en sus incisos finales que, en el caso de concurrir circunstancias atenuantes y agravantes, se deberán “compensar racionalmente” por el tribunal, “graduando el valor de unas y otras”. Unánimemente, se entiende que esta operación debe hacerse antes de aplicar las reglas que concretan el marco penal por las CMR de efectos ordinarios, las cuales solo se aplican a las CMR que restan de esta operación. Pues bien, aquí se presenta otro de los problemas a los que están sujetas, dentro de la determinación de la pena, las CMR de eficacia extraordinaria, y que dice relación con la posibilidad de compensarlas racionalmente. Esto, ya sea junto con otras CMR de eficacia extraordinaria, ya sea junto con otras CMR de efectos ordinarios.

En este punto, la doctrina ampliamente mayoritaria entiende que estas CMR no admiten ser compensadas racionalmente, ni con las CMR de eficacia ordinaria, ni entre CMR de efectos extraordinarios, debiendo entonces dárseles el efecto atenuatorio o agravatorio correspondiente de forma separada a las reglas ya citadas¹⁰⁴. Sin embargo, una posición minoritaria, y sobre la base de consideraciones de carácter sistemático, han hecho ver la incorrección de sostener, al menos como una regla absoluta, la imposibilidad de considerar unas y otras CMR conjuntamente dentro de la compensación racional. Así, admiten, en ciertos supuestos, una consideración conjunta de circunstancias ordinarias y extraordinarias.

En lo referido a la compensación racional, RUDNICK identifica aquella situación en que concurre una determinada CMR de efecto ordinario con una CMR de eficacia extraordinaria, de signo contrario, en el que la atenuación o agravación queda al arbitrio judicial y, justamente, no se ejerce tal atenuación o agravación¹⁰⁵. En este caso, COUSO ha señalado que, tanto por la *ratio legis* como por consideraciones sistemáticas, deberían ser compensadas racionalmente. Por lo primero, en la medida que estas CMR inciden en la gravedad del injusto penal con mayor incidencia que las otras CMR ordinarias¹⁰⁶. Por

¹⁰⁴ En este sentido, y entre otros: VAN WEEZEL, ob. cit., p. 500 (quien sí reconoce la compensación meramente aritmética que se dará entre las CMR de efectos extraordinarios); ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, ob. cit., p. 190; MATUS y VAN WEEZEL, ob. cit., p. 382; MATUS y RAMÍREZ. *Manual. Parte General*, ob. cit., p. 623 (respecto de eximente incompleta) y p. 642 (respecto de la agravante de prevalimiento de menores).

¹⁰⁵ RUDNICK, ob. cit., p. 450.

¹⁰⁶ COUSO, ob. cit., p. 597.

lo segundo, porque la facultad del tribunal de fijar la pena “queda limitada en el centro”¹⁰⁷. Así, por ejemplo, si no se ejerce la facultad de aumentar en un grado la pena según el art. 447 N° 2, y concurre una atenuante, respecto de un delito con pena compuesta de un solo grado de una divisible, el juez deberá imponer la pena en el *mínimum*. Efectivamente, el argumento sistemático lleva a darle algún efecto a la CMR extraordinaria, aun cuando el juez estime no ejercer la facultad atenuatoria o agravatoria, en la etapa de la compensación racional. En caso contrario, un hecho típico en el cual concurre una circunstancia que aumenta o disminuye la gravedad del injusto se vería completamente ignorado.

Además, se han identificado otros casos en que debieran ser consideradas conjuntamente las CMR de efectos ordinarios y extraordinarios, aunque ya no para su compensación racional. Así, COUSO aborda aquel caso en que concurre una agravante de efecto extraordinario facultativa, junto con una agravante de efecto ordinario, en el supuesto de un delito compuesto de una pena divisible de un grado. Aquí, si no se ejerce la facultad discrecional, entonces la pena deberá imponerse en su *máximum* del grado original. Por el contrario, si se ejerce la facultad de subir en grado, entonces además este marco penal deberá acotarse en su *máximum*, lo que consistiría en “una restricción absurda de las facultades de individualización judicial de la pena”, lo que debería evitarse aplicando conjuntamente ambas agravantes según el efecto ordinario del art. 67 inc. 5°¹⁰⁸. Otro supuesto consiste en aquel caso en que, concurriendo tanto una atenuante ordinaria como extraordinaria, aun de carácter obligatorio, ellas deban ser consideradas conjuntamente, para reflejar claramente el carácter atenuatorio, a riesgo de que, en caso contrario, dos atenuantes comunes tengan efectos más favorables que la concurrencia de una atenuante ordinaria y otra extraordinaria¹⁰⁹.

¹⁰⁷ COUSO, ob. cit., p. 597.

¹⁰⁸ COUSO, ob. cit., p. 570.

¹⁰⁹ COUSO, ob. cit., p. 571. Por ejemplo, supóngase que, respecto del delito de secuestro del art. 141 inc. 3°, concurre tanto una atenuante ordinaria con la atenuación extraordinaria (facultativa) del 142 bis *in fine*. Si se considera aisladamente la CMR extraordinaria, entonces solo se disminuirá en un grado, aplicando el *mínimum*. En cambio, si concurrieran dos atenuantes ordinarias, y al ser un delito con una pena divisible de dos o más grados divisibles, el tribunal podría disminuir incluso en hasta tres grados. Por lo mismo, resultaría en una posición más favorable aquel reo en el que concurren dos atenuantes ordinarias, que en aquel reo en que concurren una atenuante ordinaria y otra extraordinaria, lo que naturalmente debiera significar una mayor atenuación de la pena que en el primer supuesto, al concurrir una circunstancia de tal entidad que, por sí misma, ya puede disminuir en un grado la pena.

Así, volviendo sobre la posibilidad de compensar racionalmente estas CMR, considero que primeramente se debe distinguir, tal como lo hace una parte de la doctrina¹¹⁰, entre la compensación de CMR ordinarias y extraordinarias, por un lado, de la compensación entre CMR extraordinarias, por otro lado. Partiendo por estas últimas, y si la compensación racional supone una operación que no es meramente aritmética, estimo que por regla general ello no sería procedente. Esto, porque si lo racional en la operación consiste en determinar aquellas características y fundamentos que hacen darle mayor peso a unas respecto de otras, resultará extremadamente complejo determinar cuál de las diversas atenuaciones y agravaciones tendrán una mayor o menor preponderancia, a efectos de determinar si ambas poseen igual valor, haciendo desaparecer ambas, o si una perdura respecto de la otra, luego de la operación¹¹¹.

Ahora, esto no implica que sea una regla absoluta. En la medida que las circunstancias del caso concreto lo permitan, efectivamente podrían encontrarse razones que permitan compensar estas circunstancias. Así, por ejemplo, si en el delito del art. 366 quáter, concurre la agravante extraordinaria prevista en el inciso final de la misma disposición y, además, concurre una eximente incompleta referida a la imputabilidad mental, podría ser coherente darle un mayor valor a esta última, haciendo desaparecer la primera. Esto, en la medida que la atenuación responde a las características personales del sujeto que le hacen merecedor de un menor reproche. Por el contrario, la agravación parece responder más bien a una práctica completamente accesoria al hecho típico (el anonimato) y dirigida principalmente a evitar lagunas de punibilidad, especialmente referido a los delitos de usurpación de identidad que, según MATUS y RAMÍREZ, los tribunales son reticentes a aplicar¹¹².

Así, en este punto, y aunque sea un criterio puramente formal, la entidad de la atenuación o agravación también podría ser un criterio, a lo menos inicial, en la determinación del valor que se les dará a una y otra dentro de la operación. En los demás casos en que no pueda establecerse claramente la forma en la que se pudieran compensar racionalmente, se deberá dar paso simplemente a la compensación aritmética que mecánicamente se producirá al momento de incorporarlas al cálculo judicial de la pena.

Ahora, respecto de la compensación racional entre CMR de eficacia ordinaria y extraordinaria, el punto presenta mayores complejidades. Primero, porque

¹¹⁰ VAN WEEZEL, ob. cit., p. 499.

¹¹¹ Una observación que ya se ha realizado, pero respecto de la compensación de las circunstancias ordinarias, en: MATUS y RAMÍREZ. *Manual. Parte General*, ob. cit., p. 646.

¹¹² MATUS y RAMÍREZ. *Manual. Parte Especial*, ob. cit., p. 220.

las CMR ordinarias se regulan por un grupo variado de reglas que determinan, del conjunto de estas circunstancias que concurran al hecho delictivo, un determinado efecto en el marco penal. En cambio, las CMR extraordinarias, por definición, se apartan de este conjunto de reglas. Y justamente, en estas reglas previstas para las CMR ordinarias, es donde se encuentra la operación de la compensación racional. Segundo, porque normalmente las CMR extraordinarias inciden con mayor incidencia que las CMR ordinarias, ya sea en la gravedad del injusto o en la intensidad del reproche personal. Tercero, porque el principio de legalidad podría, en algún caso, verse afectado, como más abajo se abordará. Por último, por la posible afectación a la separación de poderes, que requiere, para bien o mal, un necesario respeto (con los diversos límites tradicionalmente identificados) al principio democrático en la determinación de los hechos punibles y la regulación de la sanción penal.

Estimo que, en primer lugar, se debe analizar si la CMR extraordinaria establece un determinado aumento o rebaja en grados de forma facultativa u obligatoria. En el primer supuesto, perfectamente podrían compensarse racionalmente, en aquellos casos identificados por RUDNICK, a los que ya se ha hecho referencia. Sin embargo, creo que es necesario establecer una prevención: si la compensación se produce entre una agravante extraordinaria facultativa en la cual no se ha ejercido la facultad de aumentar en grado(s) con una atenuante ordinaria, estimo una posible afectación al principio de legalidad. En efecto, si a una determinada agravante extraordinaria en la que el aumento en grado es facultativo, se le utiliza para eliminar el efecto atenuatorio de una CMR ordinaria, se está entonces afectando los derechos del individuo (en cuanto a la extensión temporal de la pena) con base en un precepto que no admite esa específica forma de afectación. Si se quiere considerar la gravedad del injusto o el mayor reproche personal, sin realizar el aumento en grado, perfectamente puede acudir al arbitrio judicial del art. 69, evitándose así problemas con el principio de legalidad. Evidentemente, si la situación es a la inversa (es decir, una atenuante extraordinaria en la que la disminución en grados es facultativa) no existen mayores problemas para compensar y hacer desaparecer alguna circunstancia agravante ordinaria. El principio de legalidad busca, ante todo, proscribir la arbitrariedad o abuso sobre la persona en el ejercicio del *ius puniendi*¹¹³, cuestión que, en este supuesto, no se produce, toda vez que aumenta el espacio de libertad de la persona.

Respecto de aquellos casos en que concurra una CMR extraordinaria cuyos efectos son obligatorios (como el art. 73), estimo que podrían igualmente ser

¹¹³ BUSTOS y HORMAZÁBAL. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, ob. cit., p. 184.

compensadas racionalmente con otras CMR ordinarias, pero solo en la medida que tal operación no implique hacer desaparecer el particular efecto que predisponga la CMR extraordinaria. Pero, además, estimo que solo podría ser procedente en aquellos casos en que concurra una CMR extraordinaria que atenúe la pena (como el art. 73). Respecto de lo primero, porque en caso de hacer desaparecer la atenuación o agravación extraordinaria, podría caerse en el mismo efecto que, respecto del orden de aplicación de estas circunstancias, se hacía notar: se diluye, dentro del cálculo de la pena, la atenuación o agravación que ha previsto el legislador por un hecho o elemento particularmente relevante. Respecto de lo segundo, creo que solo pueden compensarse entre CMR extraordinarias que establezcan una atenuación, con CMR ordinarias que sean agravantes, pudiendo eventualmente hacer desaparecer estas últimas (especialmente si solo concurre una de ellas) y manteniendo además la rebaja por la CMR extraordinaria. Ello, porque, como ya se ha dicho, normalmente las CMR ordinarias presentan una menor incidencia al injusto penal, lo que permitiría su compensación, manteniendo, a la vez, la CMR extraordinaria atenuante.

Para sostener lo previamente dicho (compensación de CMR extraordinaria atenuante, con CMR ordinaria agravante), bien puede recurrirse al principio *pro reo*. Ya se ha señalado que su aplicación en materias sustantivas es discutida, especialmente por la regla del art. 23 del Código Civil, que excluiría su aplicación como directiva de interpretación. Sin embargo, creo que puede ser utilizado como un criterio válido de interpretación, acudiendo al art. 24 del Código Civil y entendiendo que este criterio en favor del reo se concretiza como un principio general de la legislación. Evidentemente, tal principio no se encuentra expresamente previsto en norma alguna, pero se ha visto reflejado en un conjunto de instituciones en materia penal, como la mayor eficacia que tienen las atenuantes respecto de las agravantes, la retroactividad de la ley favorable al reo, el régimen concursal, entre otras¹¹⁴. Así, efectivamente puede acudirse a este criterio para fundamentar la posición antes sostenida, que justamente resulta más favorable al reo en la medida que podría permitir tanto mantener el efecto atenuatorio extraordinario como eliminar el efecto agravatorio de cierta CMR ordinaria.

Llegados a este punto, nos podemos preguntar, ¿por qué no compensar también las atenuantes ordinarias con una agravante extraordinaria obligatoria? Al respecto, estimo que la compensación racional en este caso resulta improcedente, ya sea para hacer desaparecer las primeras, o para eliminar la

¹¹⁴ MATUS, ob. cit., pp. 218-219.

eficacia agravatoria de la segunda, o para que ambas se compensen. En primer lugar, por la eventual afectación al principio de legalidad, dado que no podría aplicarse, para hacer desaparecer una o más CMR atenuantes ordinarias, una CMR extraordinaria respecto de la cual el legislador le ha dado la exclusiva finalidad de agravar en un determinado sentido (y no en otro) la pena. En segundo lugar, porque si se hiciera desaparecer la CMR extraordinaria agravante, se estaría obviando el hecho de que, en la generalidad de los casos, ella reflejará un desvalor que resulta mayor a la atenuación que provocan las atenuantes ordinarias. En tercer lugar, porque el principio *pro reo* no debe llevar a desfigurar el conjunto de reglas que el legislador ha previsto para uno u otro caso. Si efectivamente ha considerado como merecedor de una agravación ante la concurrencia de determinada circunstancia fáctica, entonces no es labor del intérprete obviar esta situación de forma excesivamente forzada. Más aun, no debemos olvidar que, en el supuesto aquí abordado, el aumento de pena resulta obligatorio y no facultativo, lo que solo evidencia la imposibilidad de hacer desaparecer este efecto, al menos, en esta etapa de compensación racional.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se han abordado distintos puntos relevantes para tratar el tantas veces mencionado problema del orden de aplicación de las CMR de efectos extraordinarios. Si bien en diversos casos el optar por uno u otro orden no implicará diferencias prácticas, existen otro conjunto de casos en los que sí resulta relevante, particularmente para quien sufrirá una mayor o menor pena. Ello impone, desde luego, la necesidad de encontrar razones que puedan justificar uno u otro orden, en coherencia con la proscripción del ejercicio arbitrario del *ius puniendi* estatal.

Aun a pesar de lo anterior, la generalidad de la doctrina no suele tratar esta problemática con la debida detención, en particular, ni el orden de aplicación de otras reglas que alteran la pena, en general. Lo mismo puede afirmarse de la jurisprudencia, lo que por cierto debiera alertar aún más, toda vez que el deber de fundamentación de las decisiones judiciales requiere también extenderse a este punto, más aún por las notorias consecuencias prácticas en aquellos casos en los que se presenta la problemática con mayor fuerza.

Por tanto, en primer lugar, es necesario destacar que, del tenor literal del art. 73, no se desprende ningún orden de aplicación previsto por el legislador, como si lo ha establecido, con mayor o menor claridad, para otras CMR de efectos extraordinarios reguladas en el mismo Código Penal. Esto resulta importante de destacar, porque, como se abordó, ambas formas de considerarlas

respetan a cabalidad el tenor literal de la disposición, y, por tanto, se respeta el principio de legalidad penal.

En segundo lugar, acudir al argumento *sedes materiae* y a la analogía con el art. 72, no resultan suficientes para fundar la aplicación de la eximente incompleta del art. 73 en forma posterior a las CMR de efectos ordinarios. En la generalidad de los casos, para mantener la conclusión que una directiva de interpretación sistemática conlleva, se requiere acudir a otros criterios que coadyuven en tal resultado interpretativo. Así, y en concreto, el argumento sistemático de *sedes materiae* resulta insuficiente, toda vez que lleva a concluir un cierto orden que diluye el sentido atenuatorio exacerbado que establece la eximente incompleta.

Por esto, y en tercer lugar, se debe atender a la *ratio legis* de la eximente incompleta, lo que lleva necesariamente a estimar que el orden correcto de aplicación debe darse después de las reglas sobre *iter criminis* y formas de participación, pero en forma previa a las reglas sobre las CMR de eficacia ordinaria. Solo así se logra asegurar el completo despliegue de los efectos atenuatorios que el legislador ha previsto en abstracto (por su cercanía con una realidad que ha estado al borde de la eximente completa), y que el juez ha fijado en concreto.

Por último, respecto de la posibilidad de compensar racionalmente estas CMR extraordinarias, ya sea con otras de la misma especie, o con otras CMR ordinarias, ha de enfatizarse que la generalidad de la doctrina se muestra contraria a tal posibilidad. Sin embargo, como una parte de la doctrina lo ha advertido, existen ciertos supuestos en los que su no consideración lleva a problemas de coherencia sistemática. Sin perjuicio de lo anterior, debiera siempre considerarse tanto el carácter facultativo u obligatorio del aumento o rebaja en grados por la CMR de efectos extraordinarios. Además, requiere tenerse en cuenta que la necesidad de valorar completamente el hecho típico y antijurídico no debe ir en contra del principio de legalidad. En la resolución de la problemática, el principio *pro reo* puede tener una aplicación en la medida que se le entiende como un principio general de la legislación, pero que requiere ser limitada, en base al principio democrático y de separación de poderes.

BIBLIOGRAFÍA

BARRÍA, Manuel. “El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional”, en *Revista de Derecho Ars Boni et Aequi*, vol. VII, N° 2, (2011), pp. 257-279. Disponi-

- ble en: <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/120/103> [Fecha de consulta: 22.04.2022].
- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen I, Madrid: Editorial Trotta, (1997).
- _____. *Lecciones de derecho penal chileno*. Volumen I (adaptadas por FERNÁNDEZ, José). Santiago: Librotecnia, (2012).
- CEREZO MIR, José. *Derecho penal español. Parte General*. Madrid: Tecnos, (2005).
- COUSO, Jaime. “Artículo 50. Comentario”, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (dir.), *Código Penal Comentado*, Santiago: LegalPublishing Chile, (2011), pp. 524-544.
- CURY, Enrique. *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, (2005).
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho Penal Español Parte General*, 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, (2020).
- ETCHEBERRY, Alfredo. *El derecho penal en la jurisprudencia. Sentencias 1875-1966*, tomo 2, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (1987).
- _____. *Derecho penal. Parte General*, tomo 2, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (1998).
- _____. *Derecho penal. Parte Especial*, tomo 3, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (1998).
- EZQUIAGA, Francisco. “El uso de los argumentos *sedes materiae* y *a rubrica* en la justificación de las decisiones interpretativas electorales”, en *Revista Quid Iuris* (UNAM), vol. XVII, (2012), pp. 21-48. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17417/15625> [Fecha de consulta: 23.04.2022].
- GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Tomo I, Parte General*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2010).
- GUASTINI, Ricardo. *Interpretar y argumentar*, (trad. por ÁLVAREZ, Silvina). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (2014).
- KÜNSEMÜLLER, Carlos. *Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad en el código chileno*, Valencia: Tirant lo Blanch, (2019).
- LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*. Tomo I, 9ª ed., actualizada por ZENTENO, Julio. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2000).
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de derecho penal Parte General*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, (2016).
- MAÑALICH, Juan Pablo. “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabi-

- alidad penal?”. Informe en Derecho, (2009). Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/3767-2.pdf> [Fecha de consulta: 23.04.2022].
- _____. “El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVIII, N° 2, (2015), pp. 227-250. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v28n2/art11.pdf> [Fecha de consulta: 23.04.2022].
- MATUS, Jean Pierre. *La ley penal y su interpretación*, 2ª ed. Santiago: Editorial Metropolitana, 2012.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Mª Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, (2021).
- _____. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, (2021).
- MATUS, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex. “Comentario preliminar al párrafo 4”, en POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (ed.), *Texto y Comentario del Código Penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica, (2002), pp. 323-326.
- MIR PUIG, Santiago, 2006. *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Barcelona: Editorial Reppertor.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, (2019).
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno. Parte General*, tomo II, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2005).
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “¿No puede aplicarse el artículo 68 bis del Código Penal después de una compensación racional entre atenuantes y agravantes?”, en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, año 18, N° 1, (2011), pp. 171-182. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v18n1/art07.pdf> [Fecha de consulta: 23.04.2022].
- _____. “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVI, N° 2, (2013), pp. 167-188. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v26n2/art07.pdf> [Fecha de consulta: 23.04.2022].
- _____. “Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno”, en *Revista Política Criminal*, vol. XI, N° 22, (2016), pp. 766-793. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v11n22/art13.pdf> [Fecha de consulta: 23.04.2022].
- ORTIZ QUIROGA, Luis y ARÉVALO CUNICH, Javier. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2013).

- POLANCO, Daniel. “Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación”, en *Revista Política Criminal*, vol. X, N° 20, (2015), pp. 597-621. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/politerim/v10n20/art06.pdf> [Fecha de consulta: 23.04.2022].
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXVI, (2011) pp. 397-428. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n36/all.pdf> [Fecha de consulta: 23.04.2022].
- RUDNICK VIZCARRA, Carolina. *La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación judicial de la pena*. Santiago: LexisNexis, (2007).
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema de derecho romano actual* (trad. por MESÍA, Jacinto y POLEY, Manuel), Federico Carlos Savigny. Madrid: Analecta, (2004).
- VAN WEEZEL, Alex. “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXIV, N° 3, (1997) pp. 459-502. Disponible en: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14715> [Fecha de consulta: 23.04.2022].

Jurisprudencia

- Corte Suprema, sentencia de fecha 18 de febrero de 2021, rol N° 144137-2020.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de fecha 25 de marzo de 2004, rol N° 3734-2003.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de fecha 23 de agosto de 2010, rol N° 1008-2010.
- Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 31 de mayo de 1993, rol N° 983-93.
- Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de fecha 23 de mayo de 2011, rol N° 69-2011.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 26 de julio de 2017, rol N° 195-2017.
- Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 9 de junio de 2017, rol N° 380-2017.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, sentencia de fecha 13 de junio de 2017, Rit N° 29-2017.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, sentencia de fecha 25 de noviembre de 2020, Rit N° 17-2020.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, sentencia de 19 de abril de 2017, Rit N° 9-17.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, sentencia de 4 de abril de 2011, Rit N° 11-2011.