

COMPENSACION RACIONAL DE ATENUANTES Y AGRAVANTES EN LA MEDICION JUDICIAL DE LA PENA

Alex van Weezel de la Cruz

Facultad de Derecho
Universidad de los Andes.

SUMARIO

§ 1 *La medición judicial de la pena* (1): I. Determinación legal e individualización en las codificaciones revolucionarias. Aparición de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal (2). II. La medición judicial de la pena en sus principios y en el derecho comparado (5): A. Principios fundamentales (6): A.1. Principio de juridicidad (6). A.2. Principio de igualdad ante la ley (6). A.3. Principio de apertura a los fines (7). A.4. Prohibición de doble valoración (7). B. El derecho comparado (10): B.1. La ley española (10). B.2. La ley alemana (10). B.3. Legislación iberoamericana (11). III. El ámbito de la individualización en el sistema chileno (11). IV. Proporcionalidad entre el delito y la pena (15). V. Concepto material de delito y teoría de la individualización (17). § 2 *Compensación racional de atenuantes y agravantes* (20): I. El estado de la cuestión (21). II. Criterios de compensación racional (24): A. Las atenuantes pesan más que las agravantes (24). B. Efectos de las circunstancias vinculadas al elemento subjetivo del delito (25): B.1. Las circunstancias modificatorias como expresión de la gradualidad del delito y de la pena (26). B.2. División de las circunstancias en función de los elementos constitutivos del concepto material de delito (28). B.3. Preeminencia de las circunstancias subjetivas. La función individualizadora del juez (29). B.4. Las circunstancias subjetivas en el Código Penal chileno (33): 1. Circunstancias atenuantes (33). 2. Circunstancias agravantes (34). § 3 *Cuestiones especiales* (35): I. Juridización del arbitrio y control judicial de la individualización (35). II. Circunstancias modificatorias susceptibles de compensación racional (39).

§ 1 LA MEDICION JUDICIAL DE LA PENA

Determinar la pena significa *establecer en un caso concreto la clase y medida de la reacción penal frente a quien ha intervenido en un hecho punible como autor, instigador, cómplice o encubridor*¹. Esta concreción de la sanción aplicable se verifica en dos niveles, el legislativo y el judicial. Aunque el derecho de cuantificación de la pena se extiende a ambos, sólo nos ocuparemos directamente de la determinación judicial, también denominada a partir de la obra de Saleilles con el galicismo "individualización"².

¹ En un sentido más restringido y acorde con el término, CURY, *Derecho Penal, Parte General*, Santiago, 1992, p. 381: "precisar, en el caso concreto, la sanción que se impondrá a quien ha intervenido en la realización de un hecho punible como autor, instigador, cómplice o encubridor".

² SALEILLES, *L'individualisation de la peine*. París, 1898. En el derecho anglosajón, esta misma institución se designa mediante el término *sentencing*.

Esta cuestión, aunque tradicionalmente descuidada³, es una verdadera “pie-dra de toque” para descubrir hasta qué punto los grandes principios y postulados teóricos de las ciencias penales se hacen efectivos en el decisivo momento de fijar el castigo⁴. Como ha señalado Armin Kaufmann, “la tarea fundamental del juez penal no se agota en la subsunción del hecho bajo una ley determinada, sino que requiere la cuantificación y materialización del juicio de valor expresado en la ley”⁵. En esta operación se sintetiza la dinámica del derecho penal porque es el momento en que se hace una realidad existencial⁶. Aún más, puede decirse que la exposición sistemática del delito y de la pena desemboca precisamente en un gran catálogo de fundamentos de graduación de la pena, en cuanto que “delito” y “pena” son conceptos que corresponden a realidades intensivas y, por tanto, “graduables”⁷. La graduación de la pena es por eso, en cierto sentido, el coronamiento de la tarea dogmática.

Sauer afirma sin problemas que en este lugar encuentra también su sitio toda la moderna investigación criminológica: “no es excesivo decir que en la medición de la pena se unen todas las voces de la ciencia del Derecho Penal en un tema sinfónico”⁸.

I. *Determinación legal e individualización en las codificaciones revolucionarias. Aparición de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal*

Como ya anticipábamos, el problema de la determinación de la pena presenta dos facetas diferentes entre sí, aunque funcionalmente concurrentes: una faceta política y de técnica legislativa, referida a la determinación legal, y una faceta predominantemente dogmática, referida al ámbito de lo judicial⁹. Sin embargo, no siempre se entendió así. Antes de que Emilio Wahlberg pusiera de relieve la necesidad de individualizar la pena, las tendencias prevalecientes habían transcurrido por cauces completamente diversos. En el Antiguo Régimen pertenecía al arbitrio de los jueces el aumentar o disminuir las penas que la ley señalaba a cada delito, e incluso les era permitido variar la naturaleza de las mismas. Así, las Partidas expresaban: *Que cosas deuen catar los Jueces ante que manden dar las penas*, y a continuación se enumeraban fatigosamente los factores de medición judicial. Pero este catálogo de factores no era vinculante para los magistrados: *después que los judgadores ouiren catado acuciosamente todas estas cosas sobredichas pueden crescer, o menguar, o toller la pena*,

³ MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962, p. 539: “La determinación de la pena fue, durante largo tiempo, la hijastra del derecho penal”.

⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1981, p. 267.

⁵ KAUFMANN, Arm., *Teoría de las Normas*, Buenos Aires, 1977, p. 306. Antes, en el mismo sentido, ENGISCH, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, 1968, pp. 182 y 183.

⁶ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal, I*, Madrid, 1963, p. 485. Sorprende, por tanto, que el estudio de la medición judicial de la pena no tenga un lugar asegurado en la enseñanza tradicional del derecho a nivel de pregrado.

⁷ En este sentido, MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1949, p. 406.

⁸ SAUER, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1956, p. 377.

⁹ Vid. ETCHEBERRY, *Derecho Penal, II*, Santiago, 1964, p. 176.

*segund entendieren que es guisado*¹⁰. Tales facultades sirvieron tanto para incrementar las penas con fines preventivos, como para disminuirlas por razones humanitarias.

La reacción no tardó en venir. Ya en los siglos XVI y XVII se dejaron sentir las protestas enérgicas contra la arbitrariedad en el proceso de individualización. Esta convicción, que se encontraba latente en el ambiente de la época, cristalizó con visos de extremismo en las codificaciones revolucionarias de los siglos XVIII y XIX. El "igualitarismo penal", que se convirtió en uno de los postulados básicos, constituía la negación de la individualización. La división de poderes y la avasalladora supremacía de la ley exigían del juez la sumisión más completa. El legislador debía preverlo todo para evitar que el juez, por oscuros motivos personales, infringiera la igualdad de los ciudadanos. La preocupación por limitar el arbitrio judicial llevó al legislador a no dejar ningún posible aspecto circunstancial sin una valoración concreta y obligatoria. El Código Penal francés de 1791 instaura un sistema de estricta e inalterable legalidad, con el claro objetivo de resguardar las garantías individuales frente al decisionismo de los jueces. Todas las penas venían predeterminadas en la ley y debían aplicarse silogísticamente, en cuanto se verificaban las premisas.

Esta situación permitía a Silvela diagnosticar que "... para llegar el Legislador a convertirse en Juez ha sido necesario que al ocuparse en cada delito lo mire no en su generalidad, sino hasta sus más mínimos detalles y en sus más insignificantes circunstancias para obtener de este modo lo que es realmente imposible: fijar a priori y en cada caso la pena proporcionada al delito. Por ese camino se ha llegado a conseguir lo que según algunos debe suponerse que era el desiderátum de los legisladores del Código, a saber, que pudieran dictarse sentencias medianamente justas con jueces medianamente ignorantes..."¹¹.

Este afán por preverlo todo condujo, en la práctica, a no prever nada, a "generalizar" la decisión medidora impidiendo una auténtica individualización. En efecto, la proporcionalidad entre la gravedad del delito y la de la pena no puede ser absoluta, porque se trata de realidades de índole diversa: una vez que se deja de lado el simple talión, la equivalencia precisa es prácticamente imposible de encontrar. La igualdad bien entendida consiste en tratar desigualmente los casos desiguales, y las fórmulas abstractas de la ley —no por imperfección ocasional, sino por su misma naturaleza—¹², no pueden prever la infinidad de circunstancias particulares que se dan en cada caso.

Con mucha razón afirmaba Saillelles que la ley no puede prever más que especies, pues no conoce los individuos. Es el juez quien, dentro del marco legal de la tipicidad y del principio de reserva, adecua la pena no sólo al caso, sino también al delincuente, a la persona concreta que ha ejecutado el hecho.

La crítica del legalismo condujo a una aberrante radicalización de la postura diametralmente opuesta. Según el positivismo, la misión del derecho penal consiste en actuar sobre los individuos peligrosos impidiendo que vuelvan a delinquir. La pena adquiere así el carácter de un tratamiento. Luego, no puede

¹⁰ Partida VII, tit. XXXI, ley VIII.

¹¹ SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1879.

¹² OLLERO, "Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino", comunicación presentada al Congreso Internacional con motivo del VII centenario de Tomás de Aquino, Actas, Napoli, 1978, pp. 319 a 327.

encontrarse predeterminada en la ley y ni siquiera en la sentencia: la duración de un tratamiento sólo puede establecerse a posteriori, cuando se conocen los efectos de su aplicación al individuo. Sin embargo, el modelo positivista no estuvo exento de reparos. No hay motivos suficientes para pensar que las penas puedan dejar de ser "males" que se infligen al sujeto, ni que los jueces desempeñen siempre su función con el más pleno respeto de la persona y sus garantías. Y la experiencia ha demostrado que no basta —para resguardar la seguridad jurídica— con establecer una delicada independencia y capacitación de los jueces pues, como sostiene Anton Oneca, "el riesgo no está tanto en el poder como en el querer; no en que el magistrado no sepa manejar bien su arbitrio, sino en que no quiera hacerlo"¹³. Así lo atestigua la desafortunada experiencia de los *parole boards* (comisiones de expertos penológicos) en los Estados Unidos. Por otra parte, no es efectivo que la tendencia contemporánea se dirija en este sentido. Lo que más bien ha ocurrido es que la concepción descrita ha arraigado en los países escandinavos y en los Estados Unidos de Norteamérica, donde precisamente han adquirido más fuerza las corrientes abolicionistas del derecho penal¹⁴.

La evolución apenas esbozada más arriba culmina en una solución de compromiso, que aparece hoy día como generalmente dominante: un máximo en la penalidad señalado por la ley a cada delito, como garantía contra la arbitrariedad, y un mínimo que sirva en alguna medida al principio de la retribución. De manera que no hay razón alguna para desvincular la individualización judicial de la determinación legal. Ambas son y deben hacerse compatibles en la práctica, configurando el entramado de la determinación del derecho en el caso concreto. En esto consiste el sistema de la fijación legal de un "marco punitivo". El legislador es el que determina la clase de pena y su cantidad, pero no de una manera fija y absoluta, sino señalando alternativas o límites máximos y mínimos entre los que puede moverse el juez, quien elige según su arbitrio de acuerdo a las circunstancias del caso, del delincuente y los principios contenidos en el texto legal.

Podemos decir, en síntesis, que cualquier sistema que unilateralice el problema, es decir, que prescindiera de uno de los dos términos que lo constituyen —la determinación (ley) o la individualización (caso y delincuente concretos)— está destinado al fracaso: hace imposible arribar a una solución justa. Individualización y determinación no se excluyen una a otra, sino que se complementan y, por ello, no puede absolutizarse una en perjuicio de la otra.

No podemos pasar por alto que la evolución histórica de la determinación de la pena es la evolución histórica de las circunstancias modificatorias de responsabilidad. Casi puede afirmarse que la individualización se debe precisamente a ellas. En efecto, no obstante que el derecho canónico ya reconocía una serie de atenuantes de responsabilidad, puede decirse que, en líneas generales, no existían en el derecho penal anterior a la Revolución Francesa las llamadas circunstancias modificatorias¹⁵. Esto se debía a que el sistema del Antiguo Ré-

¹³ Anton ONECA, *Derecho Penal*, Madrid, 1986, pp. 582 y 583.

¹⁴ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 29 y ss.

¹⁵ PUIG PEÑA sostiene que el embrión de la individualización en el sentido moderno de la palabra puede encontrarse en el Derecho Canónico, en *Derecho Penal, Parte General*, II, Madrid, 1969, p. 405.

gimen estaba inspirado en la más amplia discrecionalidad judicial, donde la individualización de la pena se consideraba un ejercicio "gracioso y arbitrario". Los jueces podían, a discreción, atenuar o agravar las penas, admitiendo las circunstancias que libremente desearan.

Este sistema, que muy pronto ofreció resultados insatisfactorios, fue corregido por el Código Penal francés de 1791, cuya férrea regulación cayó también pronto en descrédito. Así surgió el Código de 1810. La ley sólo establecía los máximos y los mínimos, pudiendo el juez graduar la pena en razón de las circunstancias. Poco a poco se fue imponiendo la individualización, en perjuicio del igualitarismo, pero en beneficio de la verdadera igualdad, en que consiste la justicia.

Las circunstancias modificatorias ofrecieron al juez la posibilidad de adaptar el esquema abstracto del precepto al caso concreto y al delincuente en particular. Se manifiesta así una vez más que la evolución hacia lo subjetivo es una característica del progreso en derecho penal¹⁶.

II. *La medición judicial de la pena en sus principios y en el derecho comparado*

La determinación judicial o individualización puede entenderse en dos sentidos. En sentido estricto, como fijación del *quantum* de la pena aplicable, dentro del marco legal. En sentido amplio, como decisión sobre la procedencia de la remisión condicional o de las demás medidas alternativas a las penas privativas de libertad contempladas, en el sistema chileno, en la Ley N° 18.216. Ya antes hemos indicado que sólo nos ocuparemos de la individualización de la pena. Ahora añadiremos una nueva restricción: únicamente nos interesará en su sentido estricto, es decir, en cuanto supone una decisión sobre la "cantidad" de las penas, en la terminología de Carrara.

Aunque resultan interesantes las cuestiones en torno a las repercusiones recíprocas de ambas clases de individualización, no nos haremos cargo aquí de esa problemática. En general, se puede afirmar que esas interferencias no conducen a resultados satisfactorios, por lo que debe abogarse por una separación de ambas esferas. Así, no es adecuado determinar una pena mayor para impedir la remisión condicional de la misma de acuerdo a la Ley N° 18.216 ni, por otra parte, corresponde determinar una pena más alta justificando esa decisión en el hecho de que luego será remitida. Tras un razonamiento de esta especie subyace, en efecto, la idea errónea de que las medidas alternativas a las penas privativas de libertad constituyen un *beneficio* para el condenado.

La determinación de la pena dentro de los límites del marco penal tiene un componente importante de discrecionalidad, tanto si se considera esta función como acto propiamente discrecional como si se la considera un acto de aplicación del derecho. Este componente es más o menos amplio en los diferentes sistemas positivos. Con todo, la discrecionalidad del juez en la medición de la pena debe estar "jurídicamente vinculada"¹⁷. Y esta vinculación viene dada por las normas positivas y los principios de determinación de la pena, en parte no escritos, pero no por ello menos jurídicos.

¹⁶ COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, o. c., p. 673 y QUINTANA, *Derecho Penal, Parte General*, II, Buenos Aires, 1959, pp. 181 y 182.

¹⁷ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1981, pp. 1191 y ss.

Antes de abordar directamente la situación del derecho positivo chileno, haremos referencia a algunos principios fundamentales sobre medición judicial de la pena y observaremos brevemente el modo en que otros ordenamientos admiten y regulan la valoración judicial de los factores que inciden en la cantidad de las penas.

A. Principios fundamentales

A.1. Principio de juridicidad

Nunca se puede perder de vista que la individualización tiene inevitablemente un aspecto singular, no susceptible de control racional estricto. Se trata de traducir a magnitudes penales una realidad de índole muy diversa, la del delito y su autor, lo que impide establecer una tabla de corte aritmético.

Se puede considerar vigente la discusión entre quienes hablan de una "discrecionalidad jurídicamente vinculada"¹⁸ de los jueces de instancia y quienes sostienen que la medición judicial de la pena es una aplicación del derecho basada en reglas en parte escritas y en parte no escritas¹⁹. Sin embargo, en el último tiempo no sólo se ha producido un acercamiento entre las dos posiciones –convirtiéndose en definitiva la discusión en un asunto de énfasis–, sino que ella viene condicionada en gran medida por la evolución de la dogmática y de la jurisprudencia con respecto a los principios que gobiernan la individualización. Así, a mayor desarrollo doctrinal, mayor es el carácter hermenéutico que se reconoce a la tarea del juez. En definitiva, el problema adquiere importancia práctica respecto a la posibilidad de impugnar la decisión individualizadora por la vía del recurso de casación, aspecto que trataremos en la parte final de este trabajo²⁰.

A.2. Principio de igualdad ante la ley

No obstante el carácter individualizador de la medición judicial, el juez jamás puede vulnerar el principio de igualdad ante la ley, que la Constitución Política consagra en su artículo 19 N° 3. En la determinación judicial no puede discriminarse arbitrariamente en orden a la nacionalidad del autor, su posición social, etc., cuando estos elementos no son relevantes para medir el disvalor de la conducta que se juzga²¹.

¹⁸ Así en JESCHECK, *ibid.*

¹⁹ Especialmente ZIPF, en MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, *Derecho Penal. Parte General*, II, Buenos Aires, 1995, p. 795.

²⁰ *Vid. infra* § 3, I.

²¹ La jurisprudencia alemana ha sido especialmente reticente a apreciar violaciones del principio de igualdad, lo que en principio parece acertado. JESCHECK, o.c., p. 1193 proporciona interesantes ejemplos de esta posición: se ha exigido la *evidencia* de consideraciones extrañas al asunto, el acusado sólo tiene derecho a que la decisión se mantenga dentro del marco legal, no se ha considerado como lesión del principio de igualdad el hecho de que exista una praxis distinta en diversos tribunales, o el cambio de la praxis en un mismo tribunal.

A.3. Principio de apertura a los fines

La consideración de los fines de la pena no concierne exclusivamente a la fase política de la determinación. También en su fase judicial —de carácter predominantemente dogmático— es necesaria una ponderación de estos fines, y especialmente de su proyección en el caso concreto, pues tras ellos se encuentra la misma legitimidad del instrumento penal²². ¿Cuál es el fin que ha de privilegiarse? Mir Puig aboga por una “prevención general proporcionada”, modelo que en teoría parece adecuado: la gravedad del hecho debe ser considerada como límite máximo, pero no mínimo, de los fines preventivos generales²³. Es importante tener en cuenta que esta posición abre por completo el marco penal a la ponderación de los fines preventivos, con lo que se diferencia radicalmente de la “teoría del margen de libertad”, donde los fines preventivos operan sólo dentro del marco más restringido que resulta de la valoración de la culpabilidad. Como veremos, sin embargo, nuestro sistema se adecua mucho más al modelo del margen de libertad —desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia alemanas— que al de la prevención general proporcionada.

Con todo, resulta imprescindible consignar que esta ponderación del fin preventivo es deseable para nuestro sistema e, incluso, es posible que la jurisprudencia realice en el futuro a través de ella sus aportes al derecho de cuantificación²⁴, pero —excepción hecha de la determinación en sentido amplio, donde la Ley Nº 18.216 introduce la valoración de los fines respecto del caso concreto— no cuenta con un refrendo positivo explícito, como ocurre en otros ordenamientos²⁵. Precisamente porque nuestra ley no vincula para nada los fines de la pena con su individualización, si bien es de justicia que dichos fines sean tomados en cuenta, la jerarquía en que esto debe hacerse pertenece a la prudencia del caso concreto

A.4. Prohibición de doble valoración

No puede valorarse en dos momentos distintos un mismo elemento que incide en la determinación de la pena. La prohibición de doble valoración implica en su forma más simple que no es posible utilizar en la medición judicial de la pena —para aumentarla o para disminuirla— elementos que ya ha tenido en cuenta el legislador al tipificar una conducta, ni aquellos que afectan a todos los

²² En efecto, sería incoherente que esos fines fueran tomados en cuenta al momento de incriminar determinadas conductas y, en cambio, resultaran preteridos en la decisiva instancia de la fijación del castigo.

²³ MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1985, pp. 674 y ss.

²⁴ La introducción de los fines de la pena a través de la jurisprudencia como factores de individualización debe hacerse, no obstante su necesidad, con especial cuidado. Esto se debe básicamente a que lo usual es que tales fines se presenten como factores ambivalentes de determinación, cuya problemática no sólo se da con respecto a la determinación legal (prohibición de doble valoración), sino también al interior del mismo proceso de determinación judicial.

²⁵ En Alemania, la ponderación judicial de los factores desde el punto de vista de la prevención se justifica —viene exigida— no sólo por las normas sustantivas, sino también por el sistema procesal. En efecto, es en la audiencia principal donde el tribunal está llamado a ponderar la eficacia preventiva de la pena que puede imponer. Así ocurre con las circunstancias personales y económicas y con la conducta del procesado posterior al hecho (con excepción de su conducta procesal, respecto de la cual hay que atender a la totalidad del proceso).

delitos de la misma naturaleza: en ambos casos se trata de situaciones ya valoradas por el legislador y esa valoración se ha traducido en un cierto marco punitivo concreto. Sin embargo, en estas hipótesis no deben extremarse las cosas. Es evidente que el legislador determina el marco punitivo en función de la magnitud del injusto y de una culpabilidad presunta, pero esa primera valoración no impide siempre una segunda a nivel de individualización, porque ambas responden en ciertos casos a criterios diferentes: el legislador considera la dañosidad social abstracta de la conducta y se rige por parámetros político-criminales; el juez mira a la singularidad del caso y a la persona del delincuente. En concreto, tanto la antijuridicidad como la culpabilidad se traducen, según se verá más abajo, en magnitudes graduales, de acuerdo a la intensidad con que se presentan sus presupuestos fácticos en el caso concreto. En ocasiones, esa gradualidad se expresa en circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, pero no siempre es así, y el establecimiento de marcos punitivos relativamente amplios es un reconocimiento implícito de esta realidad. La prohibición de doble valoración con respecto a este primer grupo de casos se contiene básicamente en el artículo 63 del Código Penal. La aplicación de esta norma presenta alguna dificultad cuando es necesario distinguir las figuras calificadas y privilegiadas, así como los llamados delitos circunstanciados, de aquellos casos en los que el legislador simplemente ha previsto especiales circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. En el primer conjunto de hipótesis opera la prohibición de doble valoración: en la individualización el juez no puede valorar nuevamente un elemento ya considerado por el legislador para establecer un cierto marco punitivo. En el segundo, en cambio, las circunstancias especiales concurren a la individualización de acuerdo con las reglas previstas en los artículos 65 a 69 del Código Penal. Por tanto, el principio carece de aplicación en esta vertiente.

Pero la prohibición de doble valoración opera también al interior de la determinación judicial. Así, no sería posible para el juez compensar racionalmente dos atenuantes con una agravante por considerar que ésta manifiesta un grado excepcional de reprochabilidad, y luego imponer el máximo de pena dentro del grado así establecido, precisamente en base a esta misma consideración. Sin embargo, la prohibición de la doble valoración no se opone a que el juez considere en dos oportunidades un mismo factor de determinación si esa consideración se hace desde puntos de vista diferentes. Ya en el apartado anterior sosteníamos que la ponderación de los fines preventivos pertenece a la misma naturaleza de la individualización, en cuanto exige una valoración de los fines preventivos que persigue la sanción penal y sus proyecciones en el caso concreto. Pues bien, una vez que el tribunal ha fijado el grado de pena aplicable, el artículo 69 del Código Penal le ordena considerar nuevamente las circunstancias modificatorias, pero desde una perspectiva global, característica del juicio de prevención²⁶. Precisamente porque existen factores ambivalentes —pueden tener significaciones distintas según se les mire desde la perspectiva de la culpa-

²⁶ La situación a que se refiere esta norma es diferente de la que —con expresión sin embargo equivalente— prevén los artículos 66 inciso 3°, 67 inciso 4° y 68 inciso 3° del Código Penal. En estos casos se trata de establecer el grado de pena dentro del cual el juez aplicará el artículo 69. En este último, en consecuencia, la consideración del número y entidad de las circunstancias debe realizarse por segunda vez, pero para determinar la pena exacta dentro de los límites de cada grado.

bilidad o desde la prevención— es necesaria una doble consideración de los mismos, correspondiente a esos dos criterios de enjuiciamiento. En este sentido, cabe afirmar que la determinación del grado de pena aplicable debe hacerse en base a la medida de la culpabilidad (lo cual es coherente con los criterios sustantivos que luego se darán para la compensación racional) y que, en cambio, la determinación de la medida exacta de pena se hace —o debiera hacerse, conforme al artículo 69 del Código Penal— en base a criterios preventivos. Esta interpretación del artículo 69 implica acoger en cierta medida para nuestro sistema la tesis germana del margen de libertad, en perjuicio de la prevención general proporcionada, que sostiene Mir Puig²⁷.

A nuestra interpretación del juego entre los artículos 65 a 68 bis y 69 del Código Penal, cabe objetar que no existen en la ley chilena alusiones directas a los fines de la pena en el proceso de determinación. En efecto, la ley sólo excepcionalmente alude a ellos y, cuando lo hace, se refiere a cuestiones puntuales (determinación de la multa, procedimiento en casos de enajenación mental, determinación de la pena en sentido amplio) de manera que la referencia se agota en sí misma. Por lo tanto, la consideración de los fines preventivos sería algo que el legislador ha reservado a su propia esfera de competencia. Tal argumentación nos parece, no obstante, errónea. Por una parte, implicaría el reconocimiento de que el artículo 69 del Código Penal viola la prohibición de doble valoración, lo cual resulta inaceptable en cuanto significa desconocer el *non bis in idem*. Por otra, se apoya en una base dogmática sumamente inestable y una muestra de ello es la regulación legal de los casos de imputabilidad disminuida. En efecto, en tales situaciones se ordena aplicar la pena correspondiente al delito, pero atenuada en razón de la menor capacidad de autodeterminación del autor (artículo 10 N° 1 en relación con el 11 N° 1 del Código Penal). Ocurre que el juez, que por razones preventivas debería determinar una pena mayor, está obligado a atenuar la pena precisamente en virtud de aquello por lo que correspondería una internación más prolongada del condenado. Sin embargo, no existe correlativamente una asunción del problema por parte del legislador: la ley no establece ninguna medida especial en estos casos, que el juez esté obligado a aplicar, en consideración a fines preventivos. El legislador ha negado al juez la apreciación de estos fines sin afirmar su propia competencia respecto de ellos. De este modo, la prevención en los casos de imputabilidad disminuida se encuentra en una “tierra de nadie”. Es por ello que resulta sumamente precario construir una teoría de la prevención legislativa a partir de las deficiencias del sistema chileno. Y como, por otra parte, la prescindencia de la prevención conduce a resultados del todo insatisfactorios, es forzoso reconocer que ella se encuentra radicada a nivel de individualización y que es el juez quien, en el marco del artículo 69 del Código Penal, debe hacerla operativa.

A modo de síntesis, es posible afirmar, con Cobo del Rosal y Vives Anton, que “aunque la aplicación judicial del derecho es individualización, no es solamente individualización. También el juez, al aplicar la pena, ha de tener en cuenta una serie de circunstancias no explícitamente previstas en la ley, que afectan a la mayor o menor gravedad del hecho, y que son susceptibles de

²⁷ CURY, o. c., p. 395, ve, en cambio, en el artículo 69 del Código Penal, una intuición de las valoraciones propias de las teorías normativas de la culpabilidad; es decir, prefiere considerar la valoración exigida por el artículo 69 como un afinamiento del juicio de reproche.

generalización”²⁸. Tal es el caso del principio de igualdad o de la jerarquía fundamental de los fines de la pena. Así, por ejemplo, en el sistema chileno el juez no podría situar en el primer lugar de su valoración los efectos preventivos especiales de la pena que va a imponer, porque éstos tienen un rol bastante secundario en los fundamentos de nuestro ordenamiento penal²⁹.

B. El derecho comparado

B.1. La ley española

En *España*, reviste especial interés a este respecto la regla primera del artículo 66 del Código Penal. Dispone esta norma que cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurrieren unas y otras, los jueces o tribunales, racionalmente individualizarán la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión que sea adecuada “*a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia*”. De manera que, en el Código Penal español de 1995, la situación se conserva como antes en cuanto a los criterios sustantivos (prevención especial y retribución de la culpabilidad), pero se confiere un margen más amplio de apreciación a los juzgadores donde antiguamente se fijaban de un modo vinculante los márgenes dentro de los cuales el juez podía aumentar o disminuir la cantidad de la pena en función de las circunstancias. Cabe destacar, asimismo, la exigencia explícita a nivel de derecho penal sustantivo en orden a la fundamentación de la sentencia.

B.2. La ley alemana

En *Alemania*, los criterios de individualización se encuentran en el párrafo 46 del StGB, que consagra la llamada *fórmula de la base*. La fórmula, a juicio de una parte de la doctrina, es ambigua e insuficiente. Maurach, Gössel y Zipf estiman, sin embargo, que tiene el mérito de dar cabida a la teoría del margen de libertad, que en general se estima correcta³⁰. Establece esta disposición que la culpabilidad del autor es la “base fundamental” de la individualización: dentro del marco punitivo legal, se determina un *margen de libertad*, con un mínimo dado por la pena ya adecuada a la culpabilidad y un máximo dado por la pena *todavía* adecuada a la culpabilidad. Dentro de estos límites, el tribunal determina la pena exacta en base a criterios preventivos. Además, deben tenerse en cuenta los efectos que se pueden esperar de esa pena para la vida futura del autor en sociedad. Luego se hace una referencia genérica a las circunstancias que puedan modificar la responsabilidad del sujeto, y se mencionan,

²⁸ COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, o. c., pp. 722 y 723.

²⁹ Las únicas alusiones positivas a los fines preventivos en nuestro sistema de determinación de la pena se hallan en la Ley N° 18.216, sobre medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad; en el artículo 70 del Código Penal, sobre determinación de la pena de multa; y en los artículos 682 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, que se refieren al procedimiento en los casos de enajenación mental de acuerdo al artículo 10 N° 1 del Código Penal.

³⁰ O. c., I, p. 117.

de modo especial, algunas, como los móviles, la intención, el modo de ejecución, el comportamiento anterior y posterior, etc. Se señala también expresamente la prohibición de valorar doblemente los elementos que inciden en la medición.

B.3. Legislación iberoamericana

Hasta hace poco tiempo, en los códigos penales iberoamericanos podían descubrirse dos tendencias relativamente definidas: a) Las legislaciones que pretendían individualizar legalmente la pena, donde se enumeraban los factores de determinación y luego se regulaba en forma casuística la función que cumplían en cada supuesto particular. Así, en Bolivia, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Paraguay, Perú, Venezuela, Guatemala, Ecuador y Costa Rica. b) Las legislaciones en que el arbitrio judicial era más amplio: la "aritmética penal" era sustituida por una serie de reglas encaminadas a facilitar la tarea individualizadora del juez. Así, en los códigos penales de Argentina, Panamá, México, Uruguay, Cuba, Colombia y Brasil. Hoy, sin embargo, la situación ha cambiado radicalmente. Los nuevos códigos penales de Perú (1983), Colombia (1985), Bolivia (1987), Cuba (1992), Paraguay (1993) y Argentina (1994) revelan una clara tendencia hacia la ampliación del arbitrio judicial, o hacia una ampliación todavía mayor en los países en que ya se reconocía con latitud. Incluso en los ordenamientos donde se conservan catálogos de circunstancias modificatorias, como ocurre en Colombia o en Cuba, se consagra al mismo tiempo un vasto margen de arbitrio judicial a través de cláusulas analógicas o marcos penales amplios. No corresponde hacer aquí un análisis pormenorizado de la legislación iberoamericana vigente. Sin embargo, no podemos dejar de advertir la notoria influencia que el Código Penal Tipo para Latinoamérica, de 1973, ha tenido en esta materia³¹.

III. *El ámbito de la individualización en el sistema chileno*

En Chile, ¿cuál es el ámbito de la determinación judicial? La pregunta se refiere a cuál es el lugar que en nuestro sistema ocupa la individualización judicial, la prudencia del juez en cuanto que determina la cantidad de la pena aplicable en el caso concreto. Nos parece justa la observación de Eduardo Novoa referida al sistema en su conjunto: "concluida la operación de cálculo, siempre la ley reconoce al juez un margen de apreciación personal que le permite obrar con algún arbitrio, o en la elección de la pena, o en el señalamiento de

³¹ Señala el artículo 73 de la normativa tipo: "El Juez fijará la pena, dentro de los límites señalados para cada delito, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, en cuanto la ley no las considere específicamente como constitutivas de delito o modificadoras de la responsabilidad: 1° Los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible. 2° La importancia de la lesión o del peligro. 3° Las circunstancias de modo, tiempo y lugar. 4° La calidad de los motivos determinantes. 5° Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito. 6° La conducta del agente posterior al delito". Como se puede apreciar, se trata de criterios amplios y comprensivos, donde la función judicial adquiere un perfil importante.

su duración precisa³². El sistema chileno establece una serie de factores y reglas de determinación, pero queda siempre a salvo un margen de discrecionalidad que permite una cierta individualización³³. Este margen, en lo que se refiere a medición de la pena en sentido estricto, se encuentra fundamentalmente radicado en los siguientes preceptos:

1. Cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, los artículos 66, 67 y 68 del Código Penal establecen que el juez puede recorrer toda la extensión del marco penal establecido en la ley. Además, estas mismas normas establecen márgenes relativamente amplios dentro de los cuales el tribunal determina la pena exacta, estableciendo ciertos límites a los cuales sólo cabe objetar su aplicación vinculante a todos los casos posibles. En efecto, se trata de prescripciones de indiscutible validez general y cuya aplicación resultaría poco menos que forzosa aunque la ley nada dispusiera al respecto. Así, por ejemplo, si concurre una circunstancia agravante y ninguna atenuante, el tribunal está impedido de imponer la pena en su grado mínimo; en la situación inversa, el tribunal no puede imponer el máximo grado de penalidad; si concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante, el tribunal puede imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de los señalados por la ley; etc. Una regulación similar contiene el artículo 65 del Código Penal.

2. El artículo 68 bis dispone que cuando sólo concorra una atenuante muy calificada el tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito. La estimación de si una circunstancia es "muy calificada" pertenece a la prudencia del juez, ya que la ley sólo vincula su decisión en un caso particular, el del artículo 103. De acuerdo a esta norma, cuando el reo se presentare o fuere habido habiendo transcurrido ya la mitad del tiempo que la ley exige para la prescripción, el tribunal debe considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante.

3. El artículo 69 del Código Penal prescribe, asimismo, que dentro de los límites de cada grado, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias y a la extensión del mal producido por el delito.

4. También pertenece al arbitrio judicial la compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes, cuando concurren en un mismo hecho, según disponen los artículos 66, 67 y 68 del Código Penal.

5. El artículo 70 inciso 1º, relativo a la determinación de la pena de multa, establece una ponderación global de las circunstancias modificatorias desde el ángulo de la prevención, a semejanza del artículo 69 del Código Penal.

³² NOVOA MONREAL. *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, II, Santiago, 1966, p. 397.

³³ Desde la Ley N° 17.266, de 6 de enero de 1970, no existen en el Código Penal chileno normas que conminen una pena única o que realicen una determinación legal exhaustiva, excluyente de la individualización. *La modificación de 14 de febrero de 1991 a la Ley de Seguridad del Estado terminó con el último vestigio de determinación legal exhaustiva en la ley chilena (Vid. artículo 5º letra c) de la antigua regulación).*

6. Cuando la ley establece circunstancias modificatorias de eficacia excepcional, suele reservar al tribunal la regulación de sus efectos en el caso concreto, dentro de ciertos parámetros. Así ocurre, por ejemplo, en los artículos 72 (menor edad), 73 (eximentes incompletas) y 103 (*media* prescripción) del Código Penal.

No existen en la ley chilena otras muestras palmarias de reconocimiento a la tarea individualizadora del juez en lo relativo a la cantidad de las penas, pero nos parece que en estas seis herramientas hay un campo interesantísimo de acción, en su mayor parte no explorado. En este trabajo nos limitaremos al análisis de la compensación racional de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Si no son más las facultades discrecionales de los jueces, ello no se debe tanto, a nuestro juicio, al hecho de que el legislador desconfe sistemáticamente de ellos. De ser esta la razón, el sistema hubiera sido modificado en cuanto las ideas revolucionarias cayeron en descrédito. El motivo de fondo parece ser la misma índole de las cosas. Lo propio del jurista es ser experto en el arte de dar a cada cual lo suyo. Pero una cosa es de alguien, *ius suum*, en la medida en que previamente le ha sido atribuida. La atribución puede obedecer a un título natural o positivo pero, cual sea, está más allá del jurista, cuya función se limita a reconocer el derecho, no a conferirlo³⁴. En cuanto pretende tener injerencia sobre el modo en que las cosas están atribuidas, abandona su ámbito propio y pasa a convertirse en político. Por eso no es tan extraño que el juez carezca de enormes facultades discrecionales. Ello, insistimos, no se debe a una supuesta desconfianza en su misión, ni a la absurda pretensión de establecer un sistema totalitario, en el cual todo lo que no esté prohibido sea obligatorio³⁵.

No obstante, dentro de nuestro sistema, minuciosamente reglado en muchas materias (aplicación de las penas, ausencia de cláusula analógica en las atenuantes, distinción entre el robo con fuerza y el robo con violencia, taxatividad —al menos aparente— de las causas de justificación, etc.), la compensación racional de atenuantes y agravantes introduce un elemento aparentemente nuevo, que da pie a cierta subjetividad en la apreciación. Pero, como hemos visto, no puede ser de otra manera si se trata de individualizar la sanción. Por otra parte, son muchos los casos en que el juez no puede limitarse a una constatación empírica y cuantitativa³⁶. Así, por ejemplo, en los tipos penales que contienen elementos normativos (difusión de material pornográfico, valor artístico del objeto mate-

³⁴ Cf. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1994, pp. 345 y 346, quien recoge la tradición desarrollada por VIEHWEG, ENGISCH y, en cierto modo, también por los autores de la hermenéutica. Vid. también OLLERO, o.c., *passim*. En análogo sentido, HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, 1981, p. 18.

³⁵ En contra de esta posición, QUINTERO OLIVARES, o. c., pp. 270 y ss. Sin embargo, su alegato resulta algo anacrónico. Precisamente en los países donde existe un ámbito mayor reservado al arbitrio judicial, la jurisprudencia ha reclamado de la doctrina, y ha llevado luego a la práctica, un buen número de criterios "restrictivos". Además, hoy se entiende que la medición de la pena es tarea compartida entre el legislador y el juez. Por eso, la traslación de la responsabilidad hacia los jueces mediante la fijación de marcos punitivos excesivamente amplios ha traído consecuencias negativas para la igualdad en la determinación de la pena o, como ha ocurrido en Alemania, ha llevado a la imposición infundada de las penas mínimas. Sobre esto, *vid.* MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, o.c., II, p. 705.

³⁶ *Vid.* ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1967, pp. 21 a 59.

rial de los daños, etc.), las normas que aluden de alguna forma a la "entidad" de las circunstancias modificatorias, la cláusula analógica del artículo 468, la voz "sodomía" o el genuino sentido del "yacer" en la violación, etc. Basta pensar en que el mismo lenguaje utilizado por el legislador no puede ser despojado de su carácter analógico³⁷.

Al considerar los aspectos en que nuestra ley confiere facultades más amplias a los juzgadores —y, de modo particular, en lo relativo a la compensación racional de las circunstancias— surge naturalmente la pregunta sobre los criterios que ofrece la misma ley cuando se trata de realizar valoraciones en esta materia. Si la discrecionalidad judicial debe estar "jurídicamente vinculada" —mucho más, si se considera la individualización como un proceso de aplicación del derecho—, ¿de qué modo se materializa esta vinculación en la ley positiva? Enfrentado el juez, por el artículo 68 del Código Penal, a aplicar una pena que va desde tres años y un día a diez años (artículo 396 inciso 1° en relación con el artículo 68), ¿por qué magnitud debe optar? El Código Penal chileno parece no ofrecer ningún criterio orientador con valor general. Sólo encontramos las escuetas prescripciones de los artículos 50 y 69. Dispone la primera de estas normas que "a los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley". Y el artículo 69: "Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito". Esta segunda norma se refiere sólo a uno de los casos de arbitrio judicial (determinación dentro de los límites de cada grado) y supone una ponderación "global"³⁸ de las circunstancias, que desde un punto de vista lógico es imposible aplicar a la ponderación de cada una en particular, como exige la compensación racional. La compensación racional de circunstancias tiene lugar cuando se trata de determinar el grado de pena aplicable dentro del marco legal. Se encuentra, por tanto, en una etapa previa de la individualización. En efecto, todas las normas comprendidas entre los artículos 65 y 68 bis del Código Penal tienen virtualidad individualizadora en un estadio anterior del proceso de determinación. Se refieren a la determinación del grado de penalidad, tanto cuando se conminan varias penas o una sola divisible (cada pena es un grado y cada grado es una pena), como cuando se trata de establecer los *maxima* y *minima*, según prescribe el artículo 67.

Esta ausencia de criterios legales generalmente aplicables a la individualización de la pena por el juez, cuando éste goza de facultades discrecionales, no debe llevar a pensar que esta discrecionalidad se ejerce en el vacío³⁹, sin más sujeción que las intuiciones momentáneas del juzgador. Según veremos, cualquier decisión en esta materia debe ser debidamente fundada y respecto de ella proceden los recursos que las leyes franquean a las partes.

³⁷ Cf. KAUFMANN, Art., *Analogía y naturaleza de la cosa*, Santiago, 1976, pp. 33 a 56; y VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1964, pp. 111 a 143.

³⁸ CURY, o. c., p. 395: "Esto significa que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal concurrentes en el hecho deben ser consideradas por segunda vez; pero en esta ocasión mediante una apreciación global que las evalúa haciéndose cargo de sus relaciones recíprocas en el contexto de la situación enjuiciada unitariamente".

³⁹ Con todo, MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, o. c., p. 778, renuncian a establecer criterios abstractos para realizar una compensación de los factores de medición judicial, abdicando en la prudencia del caso concreto.

IV. *Proporcionalidad entre el delito y la pena*

Al ejercitar su facultad discrecional, el juez ha de tener en cuenta un principio fundamental: debe existir una adecuada proporción entre la magnitud del delito y la magnitud de la pena que se impone por él. En este sentido, la inmensa mayoría de los autores, con independencia de sus concepciones acerca de la naturaleza y fin de la sanción penal. Así, por ejemplo, Bustos, que considera la pena como un "ofrecer alternativas" para superar el conflicto y ampliar la capacidad de libertad del sujeto, atiende igualmente a esta proporcionalidad, que —en su sistema— viene dada por la magnitud del injusto y las características del sujeto responsable⁴⁰.

Estas afirmaciones no suponen un desconocimiento de la prevención en la tarea individualizadora. Este aspecto es insoslayable, por cuanto deviene del carácter estatal del castigo y, por lo mismo, se encuentra en la base de su legitimidad. Lo que ocurre es que, en un Estado de derecho, la prevención siempre debe hallarse limitada por el principio de culpabilidad por el hecho. Por otra parte, no se debe olvidar que, si bien los fines preventivos están presentes en la individualización, su consideración compete sobre todo a la faz legislativa del proceso de determinación, mientras que la función delimitadora del principio de culpabilidad pertenece más propiamente a su faz judicial o individualizadora.

En la base de la determinación de la pena se encuentra, por tanto, una cierta proporcionalidad con la significación del delito para el orden jurídico que ha sido violado. Esta significación depende tanto de la gravedad del hecho en sí mismo considerado, como de la intensidad del reproche que puede dirigirse a su autor.

Esta misma idea está presente en Maurach, aunque desde su ángulo retribucionista, cuando señala que el objeto valorado en la determinación de las penas está constituido por el acto y la culpabilidad del autor⁴¹. Welzel se mantiene en la misma línea, al distinguir entre los factores objetivos y subjetivos de determinación. Los primeros se refieren a la importancia de la norma ético-social lesionada, incluido el bien jurídico tutelado por ella. Los segundos, al grado de culpabilidad individual y al efecto de la pena sobre el condenado. Esto último porque constituye una exigencia específica de la ley alemana⁴². También Mezger formula un modelo semejante, pues plantea que la graduación de la pena es medida del injusto y de la culpabilidad. Es medida del injusto, porque la base fundamental del delito es la lesión objetiva del derecho, y esta lesión es graduable, incluso dentro de cada tipo. Es medida de la culpabilidad en dos sentidos: a) porque la medida del injusto es fundamento de la graduación de la pena sólo en tanto que haya sido culpablemente provocada por el autor, y b) porque el mismo concepto de culpabilidad es gradual, "y constituye una de las más altas misiones de la graduación judicial de la pena adaptar ésta, en altura y medida, a la culpabilidad del autor"⁴³. A este aspecto se refiere la "ley del valor límite de los preceptos", según la cual las causas que en sus grados más altos excluyen la culpabilidad, en sus grados inferiores la disminuyen o

⁴⁰ BUSTOS, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1989, pp. 34 a 37 y 397.

⁴¹ MAURACH, o. c., pp. 539 y ss.

⁴² WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, Santiago, 1987, pp. 353 y ss.

⁴³ MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, o. c., pp. 407 y 408.

limitan. Sauer sostiene que los fundamentos de medición de la pena son “tipos concretizados” de injusto y culpabilidad y que, por tanto, no cabe medirla en virtud de otras consideraciones, distintas a las ya contenidas en el delito mismo. “Si aparecen al contrario en el ejercicio de la medición de la pena nuevos puntos de vista frente al injusto, la culpabilidad y sus derivaciones, esto es en cualquier caso un defecto, un trabajo realizado sin limpieza lógica que en el aspecto sistemático y por tanto científico es defectuoso. La mayor parte, con mucho, de los sistemas de Derecho Penal en cuanto se ocupa de este importante problema caen en el mismo defecto”⁴⁴.

El planteamiento de los autores alemanes viene dado por los criterios establecidos jurisprudencialmente en BGH, 7, 48, que a su vez sintetiza la doctrina de BGH, 20, 266: “fundamentos de la medición de la pena son la gravedad del hecho en su significado para el ordenamiento jurídico lesionado y el grado de la culpabilidad personal del autor”. A partir de esta fórmula, los tribunales alemanes determinan, dentro del marco penal, un marco más reducido de acuerdo a la valoración de la culpabilidad por el hecho, y luego individualizan la pena exacta conforme a la concreta noción de prevención frente al autor.

En nuestro medio iberoamericano, Rodríguez Devesa ha señalado, por ejemplo, que la pena trata de guardar una proporción con la gravedad del delito al que se impone: “la justicia exige esa relación que impone también la sensibilidad de la población”⁴⁵. Y agrega una idea interesante: esta proporción se justifica también por consideraciones puramente utilitarias. Las penas desproporcionadamente severas tienen un efecto criminógeno, porque fomentan la comisión de los delitos más graves⁴⁶.

Sin embargo, la proporcionalidad no significa identidad matemática, pues delito y pena son realidades heterogéneas. En cierto modo exagera Carnelutti cuando señala que “delito y pena deben ser, exactamente, el anverso y reverso de una misma medalla”⁴⁷. No se puede demostrar con total exactitud por qué a un delito se le imponen tantos años y no unos pocos más o menos, pero todo el mundo entiende que el homicidio debe ser castigado más severamente que el robo con violencia. Como acertadamente ha escrito Anton Oneca, “el derecho penal no es una disciplina matemática que aspire a soluciones exactas”⁴⁸, ni si- quiera tratándose de las penas que se han de aplicar.

En el mismo sentido de las consideraciones anteriores se mueven muchos otros autores. Así, por ejemplo, los italianos Manzini⁴⁹ y Maggiore⁵⁰. Ambos,

⁴⁴ SAUER, W., o. c., pp. 370 y 371.

⁴⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, 1992, pp. 934 y 935.

⁴⁶ En este punto, RODRÍGUEZ DEVESA cita a FELIÚ DE LA PEÑA, en unas afirmaciones llenas de fino sentido común: “Castíguese a un ladrón de caminos con la pena capital, y para libertarse de las denuncias, de testigos, o por cualquiera otro motivo asesinará, puesto que ya más pena no puede sufrir que la impuesta por el primer delito...” (Proyecto de Código Militar. Barcelona, 1851).

⁴⁷ CARNELUTTI, *El problema de la pena*, Buenos Aires, 1947, pp. 29 y 32. Incluso llega a formular una ecuación matemática: $d - p = 0$. Luego, $d = p$. Y aclara que “aun cuando los bienes, en el goce de los cuales el ofensor y el ofendido son lesionados, sean diversos, alguna cosa debe haber de igual entre los dos hechos si el segundo ha de tener con respecto al primero el carácter de pena”.

⁴⁸ ANTON ONECA, o. c., p. 582.

⁴⁹ MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, IV, Buenos Aires, 1949, pp. 22 y ss.

⁵⁰ MAGGIORE, *Derecho Penal*, II, Bogotá, 1954, pp. 312 y ss.

de acuerdo a la antigua ley italiana, señalan que la pena se determina de acuerdo a: a) la gravedad del delito, que viene dada por elementos materiales (naturaleza de la acción, gravedad del daño causado, medios, tiempo, lugar, etc.) y síquicos (intensidad del dolo o grado de la culpa), y b) la capacidad para delinquir del condenado, es decir, la mayor o menor aptitud de la persona para cometer delitos, que se deduce de elementos referidos al hecho cometido o a la personalidad del culpable independientemente de tal hecho.

Con variaciones, a veces discutibles, suscriben la proporcionalidad Cobo del Rosal y Vives Anton, Quintano Ripollés, Puig Peña, Zaffaroni y muchos otros⁵¹.

V. *Concepto material de delito y teoría de la individualización*

Si para graduar la pena es preciso conocer la magnitud del delito, ¿cómo conoceremos esta última? ¿De qué factores depende en el sistema chileno? No existen normas que expresamente se dirijan a regular esta materia, pero parece de toda evidencia sostener que un delito es más o menos grave atendiendo a dos consideraciones:

a) La magnitud del injusto, es decir, el grado de contrariedad al derecho, que viene dado por el disvalor de la acción y el disvalor del resultado.

b) La intensidad del reproche que puede dirigirse al autor, es decir, el grado de su culpabilidad.

De una u otra forma, todos los autores arriba mencionados y las legislaciones someramente referidas atienden a estos dos elementos a la hora de establecer la proporción que buscamos. Y esto no es así por mera casualidad. En todas las situaciones con relevancia jurídica está presente un "núcleo natural"⁵², que presta a cada caso su contenido específico y característico, además de orientar la búsqueda de su solución. Son elementos con carácter definitorio, frente a los que todo lo demás aparece como secundario. A esta especie de elementos pertenecen las nociones de que venimos tratando.

La magnitud del injusto comprende el binomio disvalor del resultado y disvalor de la acción. En el primero consideramos la entidad del daño producido (consecuencias materiales y espirituales del delito) aun fuera del ámbito del tipo, o el grado de puesta en peligro, en su caso. También consideramos aquí el modo de ejecución del hecho: particular brutalidad del autor, ignominia que acompaña al delito, etc. En el segundo, en cambio, atendemos a la persistencia o debilidad de la voluntad empleada, el hecho de haber querido positivamente el resultado o sólo haberlo aceptado para el caso de que ocurriera, o bien, la confianza imprudente en la evitación del resultado lesivo, etc. Es decir, también se tienen en cuenta elementos típicos y extratípicos de carácter subjetivo.

⁵¹ COBO DEL ROSAL, por ejemplo, precisa que el marco penal abstracto viene dado por la gravedad del hecho, teniendo en cuenta consideraciones de prevención general. El marco penal concreto, en cambio, está dado por el grado del reproche culpabilístico que se puede dirigir al autor (o. c., pp. 721 y 722). PUIG PEÑA afirma la proporcionalidad, pero señala que la gravedad del delito proviene de tres causas: la gravedad de la lesión jurídica, la del daño social, y la de la culpa. Esta última depende de la intención y voluntad que ponga el agente en el acto. QUINTANO RIPOLLÉS confiere al principio de proporcionalidad el carácter de postulado fundamental del derecho penal, y ZAFFARONI se limita a decir que en el Código argentino la proporcionalidad es el criterio general, sin perjuicio de admitir el correctivo de la peligrosidad.

⁵² OLLERO, o.c., pp. 47 y 48.

El grado de la culpabilidad remite a los motivos del agente, su actitud interna en cuanto se manifiesta en el hecho, el grado de su libertad, los estímulos internos y externos, las circunstancias concomitantes al hecho, la medida de la infracción al deber, etc. En todo caso se trata de un análisis referido al hecho concreto, tanto en la formación de la voluntad como en la ejecución del delito, y no se extiende al carácter o personalidad del autor, sino en cuanto se refiere a este delito en particular. Esta limitación del contenido de la culpabilidad para los efectos de la individualización es coherente con la tendencia a situar el componente de personalidad del autor en el ámbito de la prevención. Sólo se le considera a nivel de culpabilidad en cuanto la personalidad del autor se manifieste en el hecho "en su concreta imagen de ilícito"⁵³. Esta restricción permite construir un modelo de individualización tal que, sin pasar por alto la peculiaridad del hecho y su autor, permita comparar el contenido de culpabilidad de un hecho con el de otros. De esta manera resulta posible el control judicial de la decisión individualizadora.

Sin embargo, esta separación entre el grado de libertad del agente (perteneciente a la culpabilidad) y la "voluntad" empleada por éste en la comisión del delito (propia del disvalor de la acción y perteneciente, por tanto, a la magnitud del injusto), o es artificial⁵⁴—cuestión de la que no nos ocuparemos aquí— o no es operativa a efectos de determinar la pena. Cuando el tribunal es llamado a valorar unitariamente el hecho y la responsabilidad de su autor para individualizar la pena, la separación de los componentes de acción y los componentes de culpabilidad—propia de la teoría del delito— se transforma en un obstáculo o, al menos, carece de relevancia práctica⁵⁵. De ahí que sea preciso recurrir a otra pareja de conceptos que permita realizar—de modo más preciso y veraz—una cuantificación de la magnitud del delito que pueda traducirse a su vez en magnitudes penales. Pues bien, la magnitud del delito depende de dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo.

El aspecto *objetivo* comprende el disvalor del resultado, en el sentido expresado más arriba⁵⁶. El aspecto *subjetivo*, en cambio, comprende tanto el disvalor de la acción, en sentido tradicional, como el "grado de libertad", nociones

⁵³ Cfr. MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, o. c., p. 718 a 721.

⁵⁴ El origen de la separación se halla en WELZEL, o. c., p. 204, quien no sólo distingue, sino que separa estructuralmente la voluntad en sentido amplio, propia de la acción final, y la voluntad en sentido estricto, propia de la culpabilidad.

⁵⁵ En este sentido, JESCHECK, o. c., p. 1207. "Pero estos dos factores, fundamentales en la determinación de la pena, no están totalmente desvinculados entre sí, la culpabilidad jurídico-penal viene referida al injusto: su extensión se determina por el contenido culpable del injusto del hecho". También MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, o. c., pp. 725 y 726, quienes hablan expresamente de un componente de acción de la culpabilidad para los efectos de la determinación de la pena. Antes, en el mismo sentido MEZGER, o. c., p. 408.

También CERESO parece rechazar la separación, por lo menos para los efectos de determinar la pena, cuando dice: "Toda circunstancia que determina una mayor o menor gravedad de lo injusto influye mediatamente en la medida de la culpabilidad, desde el momento en que la culpabilidad es la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". En *Curso de Derecho Penal Español*, II, Madrid, 1985, p. 105, nota 13.

⁵⁶ Pero su liberación del ámbito del ilícito en sentido estricto permite dar cabida en su interior, a nivel de individualización, a otros elementos relevantes. Tal es el caso de las características de la víctima y su conducta en relación al hecho. En efecto, cabe atender a la culpabilidad del ofendido, a su personalidad, a su consentimiento no relevante para la exclusión de la anti-juridicidad, al transcurso de un tiempo prolongado desde la comisión del hecho, etc.

que en el sistema que intentamos proponer no pueden disociarse, al menos para los efectos de determinar la pena aplicable. Es importante recordar aquí que el análisis de lo subjetivo presenta, según hemos visto, dos vertientes diversas a nivel de individualización. Por una parte, interesa al momento de establecer la medida de la culpabilidad del autor, que en lo relativo a las circunstancias modificatorias se encuentra regulado por los artículos 65 a 68 bis del Código Penal. Por otra, tiene eficacia individualizadora desde el punto de vista de la prevención, conforme al artículo 69. Esta distinción evita que el concepto de culpabilidad por el hecho, ampliamente difundido, se convierta en "un oscuro conglomerado"⁵⁷ de circunstancias relativas al hecho y a la personalidad del autor, derivado de una reconstrucción de ese concepto a la luz de los fines de la pena.

Luego, aquí entendemos "lo subjetivo" como aquello que pertenece o se refiere al grado de libertad del agente en el caso concreto, y no sólo como aquello que simplemente pertenece o se refiere al sujeto, que podríamos denominar "personal", en el sentido del artículo 64 del Código Penal. Así, el hecho de ser el autor pariente de la víctima, por ejemplo, no corresponde sin más a lo subjetivo en el sentido que aquí damos a la expresión. Sería necesario demostrar, además, que tal circunstancia tiene una repercusión demostrable en la subjetividad del autor.

Así, es posible formular un concepto sustantivo de delito, que resulte operativo a la hora de determinar la pena de acuerdo a las circunstancias. Diremos, pues, que es delito un "acto humano socialmente inadecuado". Con esto no se pretende, como es obvio, sostener que el concepto formal de delito sea superfluo o que deba modificarse en su estructura. Tan sólo se quiere afirmar un concepto material que sirva para cuantificar la pena en cada caso concreto. El concepto material de delito es, como sabemos, de geometría variable, precisamente porque en él siempre hay algo de decisión contingente y temporal. La decisión de incriminar o no tal conducta contraria a la ley moral es una decisión política, referida al bien común temporal de una comunidad determinada por el espacio y el tiempo. Luego no es ilegítima la pretensión de formular un concepto sustantivo para los efectos de aplicar con justicia las penas conminadas por la ley en forma abstracta. Si se adopta un concepto sustantivo para conminar la pena, nada impide que se adopte otro para imponerla, con tal de que ambos conceptos sean, en lo esencial, uno solo.

En efecto, la construcción de un concepto sustantivo de delito para los efectos de la individualización no consiste tomar los elementos fundantes de la responsabilidad penal y transformarlos hasta el punto de crear una nueva noción de delito. De lo que se trata es de agrupar esos elementos en una ordenación jerárquica, que permita traducir a magnitudes penales relativas y concretas su índole naturalmente abstracta y generalizadora. Este procedimiento es especialmente necesario desde el momento en que muchos de los elementos fundantes de la responsabilidad tienen una significación polivalente en la determinación de la pena, lo que en parte se debe a la introducción de criterios preventivos a nivel de individualización. Esta dimensión del problema aparece de un modo especialmente patente en la compensación racional de circunstancias. Los facto-

⁵⁷ MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, o.c., II, p. 719.

res de determinación de la pena no tienen, por consiguiente, autonomía con respecto a los elementos que fundan la responsabilidad penal, no gozan de una especificidad propia: el desarrollo de la teoría del delito desemboca en un catálogo de factores de medición de la pena, y el concepto sustantivo que aquí se propone únicamente persigue insertar esos factores en una estructura jerárquica operativa para los efectos de la individualización. Es lo que podríamos llamar un concepto funcional.

Si prescindimos de su efectiva incriminación por la ley penal, el delito es un acto humano (libre) inadecuado desde un punto de vista social. Dicho de otro modo, la ley penal sólo puede incriminar actos humanos y, a la vez, socialmente inadecuados.

a) *Acto humano*. Es decir, el acto que el hombre realiza con conocimiento del fin y voluntad de alcanzarlo. Es el acto libre en cuanto que es libre. Este es el “grado de libertad” como elemento subjetivo del delito.

b) *Socialmente inadecuado*. Es decir, un acto que reviste tales características o produce tales consecuencias, que lesiona o pone en peligro los bienes jurídicos o, al menos, que implica la exteriorización de una voluntad hostil al derecho. Esto es lo que denominamos “elemento objetivo” del delito o disvalor del resultado.

§ 2 COMPENSACION RACIONAL DE ATENUANTES Y AGRAVANTES

Nos ocuparemos ahora directamente de la compensación racional de circunstancias que nuestro Código Penal ordena efectuar en sus artículos 66, 67 y 68. Cuando en un mismo hecho concurren a la vez circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal, la ley ordena *compensarlas racionalmente graduando el valor de unas y otras*. Efectuada la compensación, el tribunal procede a fijar el grado de penalidad conforme a las demás normas contenidas en esos artículos. Es éste uno de los casos en que nuestro sistema da cabida al arbitrio judicial en la determinación de la pena.

I. *El estado de la cuestión*

Fernández despacha rápidamente esta institución en su “Comentario”, diciendo sencillamente en el lugar en que correspondía comentar la compensación racional: “Los otros incisos de este artículo 67, son claros i de una evidente justicia”⁵⁸. Algo similar señala Fuensalida, en sus *Concordancias y Comentarios*⁵⁹. Esta actitud del comentarista no es extraña a los demás autores nacionales. Es llamativo comprobar cómo apenas se le dedican unas líneas en los tratados del ramo, muchas veces sólo para dejar constancia de la existencia de la norma. El derecho es una disciplina práctica y por eso resulta llamativo que esta materia, de la mayor relevancia en la praxis judicial, apenas haya sido abordada por la doctrina.

⁵⁸ FERNÁNDEZ, *Código Penal de la República de Chile*. Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona. 2ª edición notablemente aumentada i corregida; Santiago, 1899.

⁵⁹ FUENSALIDA, A. *Concordancias i comentarios al Código penal chileno*, I, p. 303. Imprenta Comercial calle del Huallaga N° 139; Lima, 1883.

El descuido se remonta a las mismas Actas de la Comisión Redactora. En ellas no encontramos ninguna alusión expresa a la compensación racional, que se tomó directamente y sin mayor debate del Código Penal español de 1870. En la sesión 19 de 20 de julio de 1870 se discutieron los artículos relativos a nuestro objeto. El artículo 66, el primero que se refiere a esta materia, fue aprobado tras un ligero debate. El artículo 67 fue aprobado de inmediato y por unanimidad. Sólo a raíz de otros asuntos vinculados surgen discusiones interesantes, y es don Alejandro Reyes quien las zanja defendiendo el margen prudencial que debe quedar a la apreciación de los jueces. "Finalmente, i a indicación del señor Reyes i apoyado por el señor Altamirano, se convino en que en el presente caso era necesario dejar algo de latitud a este respecto a la apreciación prudencial de los jueces..."⁶⁰. Y más adelante: "Tanto a indicación del señor Reyes como del señor Altamirano, se acordó aprobarlo tal como se presentaba, por la razón de que era más conveniente dejar en materia criminal mucho a la prudencia de los tribunales, *por los casos nuevos que se presentan en la aplicación de las penas i que no es posible preveerlos para penarlos en un Código*"⁶¹.

La doctrina ha señalado que en la compensación de circunstancias debe enfatizarse el carácter racional que la ley exige para esta operación. Esto significa que no estamos ante una pura sustracción aritmética. "Las circunstancias concurrentes deben apreciarse y compararse tanto en su fundamento axiológico abstracto como en el concreto extraído de una evaluación de los hechos sobre los cuales descansan"⁶².

Así lo entienden también nuestros tribunales, como atestigua, por ejemplo, una sentencia de la Corte Suprema dictada el 24 de agosto de 1939 y publicada en la Gaceta del mismo año. La doctrina del fallo es la siguiente: "El tribunal no está obligado a hacer una compensación aritmética de una circunstancia con otra o de dos con dos de especies opuestas, sino que puede aun compensar una atenuante con dos agravantes y agregar y no compensar, por repugnar esta operación, en fuerza de una gran disparidad entre las favorables y las contrarias al reo"⁶³.

Novoa reafirma el mismo criterio de la jurisprudencia⁶⁴, sin agregar nada, y Etcheberry, por su parte, conserva el criterio de una compensación valorativa y no sólo numérica, pero agrega algunas consideraciones acerca de la necesidad de fundamentar el arbitrio, que veremos más adelante.

Como se puede apreciar, el panorama doctrinal en esta materia parece ser bastante desolador. Sin embargo, hay algunos autores españoles que se han hecho cargo de la cuestión y vale la pena apuntar brevemente sus observaciones.

Córdoba Roda ayuda a sentar de entrada un par de precisiones importantes⁶⁵:

⁶⁰ Código Penal de la República de Chile y Actas de la Comisión Redactora, Valparaíso, 1974.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² CURY, o. c., pp. 394 y 395.

⁶³ Gaceta, 1939, 2º semestre, Nº 87, p. 364.

⁶⁴ NOVOA, o. c., p. 490.

⁶⁵ CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL, CASABO RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, II, Barcelona, 1976, pp. 268 a 273.

1.— Cuando concurre más de una circunstancia de signo opuesto, el juez debe considerarlas “todas”, y no puede dejar de lado alguna de ellas en la compensación. De lo contrario, la sentencia incurriría en un vicio de casación en la forma. En nuestro país, se haría aplicable el artículo 541 N° 9 en relación con el artículo 500 N° 5 del Código de Procedimiento Penal.

2.— La referencia a la “razón” que contiene la norma no implica una sumisión al arbitrio personalísimo del juez. Compensación racional es compensación conforme a la razón. Y no hay fundamento, dice Córdoba, para “personalizar” esta última, para interpretarla como razón de “ese” juez.

Precisamente la ausencia de criterios generales en esta materia conduce a este resultado personalizador. Si la doctrina no se esfuerza por proporcionar a los magistrados algunos criterios de apreciación que se funden, sea en la naturaleza misma del caso, sea en el contexto de la ley penal, todo el crucial problema de la individualización queda relegado a un lugar oscuro y desconocido, a cuyo amparo pueden cobijarse las más grandes injusticias.

Rodríguez Devesa sólo señala que allí donde la ley se limita a hablar de una compensación racional de circunstancias —así como en otros casos en que se da pie al arbitrio del juez— es preciso tener siempre en cuenta las circunstancias del delito y del delincuente, “pues, de lo contrario, no se podría hablar de arbitrio, sino de arbitrariedad”⁶⁶.

Mir Puig nada agrega a lo que ya hemos dicho. Sin embargo, utiliza analógicamente la norma sobre compensación de circunstancias para los efectos de regular el juego de los fines antinómicos de la pena en el proceso de su determinación. Las antinomias deberían, así, “compensarse racionalmente” para llegar a un resultado equitativo. Es curioso que, pese a conferirle tal importancia en su sistema, Mir Puig no ahonde en las bases de la compensación racional⁶⁷.

Este silencio acerca del proceso de compensación es, hasta cierto punto, comprensible. En efecto, la ponderación dependerá siempre del caso concreto y singular. Será la prudencia del juez la llamada a decidir el asunto, un asunto siempre nuevo en sus peculiaridades fácticas. Por eso dice Maurach que “lo decisivo de la averiguación, por el juez, de la gravedad de la infracción, es siempre el caso particular”⁶⁸. Pero la virtud de la prudencia implica la aplicación de una norma general al caso concreto. Es decir, en el núcleo del acto prudencial está la singularidad del caso, pero también la norma que regula —aun en términos muy generales— esa determinada gama de situaciones. Como ha dicho Tomás de Aquino, “el prudente precisa conocer tanto los primeros principios universales de la razón, cuanto las realidades concretas sobre las que versa la acción”⁶⁹. De manera que, si bien la ponderación de las circunstancias modificatorias debe realizarse en función de cada caso, es necesario indagar acerca de unos principios orientadores, en cuya ausencia el arbitrio pasa a ser simple arbitrariedad. Como enseña Córdoba Roda, “compensación racional” significa compensación conforme a la razón, y esto no es sinónimo de capricho o simpatía, sino de equidad.

⁶⁶ RODRÍGUEZ DE VESA, SERRANO GÓMEZ, o. c., p. 953.

⁶⁷ MIR PUIG, o. c., p. 680.

⁶⁸ MAURACH, o. c., p. 540.

⁶⁹ S. Th. II-II, q. 47, a. 3.

Esta tarea de conjugar los principios con los supuestos del caso exige del juez un exquisito rigor, que haga equidistar la opción tomada tanto del ideal individualizador como de la seguridad jurídica. Se trata de un campo de actividad en que la experiencia psicológica y práctica juegan un rol decisivo y, como señala Mezger, "en el que se pone de relieve, como apenas en ningún otro, la capacidad o incapacidad de una persona para el cumplimiento de la alta misión propia del juez penal"⁷⁰. Y agrega Soler que estamos frente a una tarea tan delicada, que el juez debe poseer, además de la competencia jurídica teórica, "una fina intuición de la realidad histórica y una sensibilidad aguzada"⁷¹. Es por ello que Puig Peña reclama para los jueces una verdadera preparación especial en materia de psicología y sociología criminal y en los demás aspectos que inciden en la comisión de delitos. Así estarán en condiciones de percatarse de la necesidad para el proceso de informes psiquiátricos, sociales, etc., y luego poder apreciarlos e interpretarlos en su verdadero sentido⁷².

Precisamente por eso es indispensable contar con una serie de criterios que –extraídos de la ley o de la naturaleza misma de las cosas– acoten la misión del juez y permitan, dentro de ciertos límites, ejercer algún control sobre esta importante facultad⁷³.

II. *Criterios de compensación racional*

A continuación formulamos dos principios que nos parece tienen aplicación a nuestro sistema. El primero de ellos viene dado por una opción legislativa; el segundo, por la naturaleza de las cosas inevitablemente presentes en la regulación legal:

a) En principio, las circunstancias atenuantes de responsabilidad surten un efecto más intenso que las agravantes, situación que el juez debe tener en cuenta al efectuar la compensación.

b) Aquellas circunstancias –atenuantes o agravantes– que dicen relación con el elemento "subjetivo" del delito, con el grado de libertad del autor, deben tener un peso mayor que las referidas al aspecto objetivo.

A. Las atenuantes pesan más que las agravantes

Quintano Ripollés formuló este principio para el sistema español⁷⁴, y Enrique Cury lo descubrió también en la ley chilena y lo vinculó a la compensación racional de circunstancias⁷⁵.

⁷⁰ MEZGER, o. c., p. 408.

⁷¹ SOLER, *Derecho Penal Argentino*, II, Buenos Aires, 1978, p. 419.

⁷² PUIG PEÑA, o. c., pp. 406 y 407.

⁷³ Aunque nada se diga en las Actas, el sistema de compensación racional se adopta como una alternativa de solución razonable frente al problema que plantea CARRARA, citando a MORÍN: "Cuando el juez encuentra en un acusado combinación de excusantes y agravantes ¿debe calcular primero las agravantes y después las minorantes o viceversa?" (*Programa del Curso de Derecho Criminal*, II, Bogotá, 1956, pp. 201 a 203). Y el mismo CARRARA establece una serie de complejas distinciones encaminadas a aclarar el asunto. Por fortuna, los redactores de nuestro Código Penal tuvieron la precaución de confiarlo a la prudencia judicial, simplificando las cosas en beneficio de la justicia.

⁷⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, o. c., p. 493.

⁷⁵ CURY, o. c., pp. 389, 390 y 395. "Aunque la ley no lo dice expresamente, de su contexto se desprende que, en general, las circunstancias atenuantes producen efectos más intensos que las

En el sistema chileno, y cara a la compensación racional de atenuantes y agravantes que el juez está obligado a efectuar, parece ser que las atenuantes “pesan” más que las agravantes, tienen mayor eficacia modificatoria conforme a la ley. Las razones pueden ser muy variadas pero, cuales sean, se encontraron en la mente del legislador y así permanecen en la letra de la ley. Algunas muestras de esta mayor eficacia son las siguientes:

1. El artículo 65 del Código Penal, para la hipótesis de que la ley señale una sola pena indivisible. Dice esta norma que el juez aplicará tal pena, sin consideración a las circunstancias agravantes que concurran en el hecho. Debe, pues, prescindir de ellas, por muchas y graves que sean. En cambio, si hay dos o más atenuantes, cualquiera sea su entidad, y no concurre ninguna agravante, podrá aplicar la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados. Es de notar, incluso, que antes de la reforma de 1972 la ley sólo exigía, para que operara la rebaja, la concurrencia de dos o más atenuantes, o de una sola atenuante muy calificada, siempre suponiendo que no concurriera ninguna agravante. El espíritu del legislador original, intacto en los demás artículos no modificados era, pues, dar una eficacia modificatoria mayor a las atenuantes.

2. El artículo 67, para la hipótesis en que la pena señalada al delito es un grado de una pena divisible, dispone que si concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la pena inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Si, en cambio, concurren dos o más agravantes y ninguna atenuante, puede aplicar sólo la pena superior en un grado, cualquiera sea el número y entidad de las agravantes.

3. El artículo 68, para el caso de que la pena señalada por la ley conste de dos o más grados, dispone que si son dos o más las atenuantes y no hay ninguna agravante, el juez podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según el número y entidad de dichas circunstancias. En cambio, cuando no concurren atenuantes, son dos o más las agravantes, podrá imponer la pena inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley.

4. El artículo 68 bis establece, sencillamente, que cuando sólo concorra una atenuante muy calificada el tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley. Esta situación, claramente desigual en beneficio de la atenuación, permite al juez salir de la escala de penas establecida por la ley, por el mérito de una sola circunstancia modificatoria de responsabilidad. Nada parecido existe respecto de las agravantes.

5. El artículo 73 del Código Penal, que prescribe una extraordinaria eficacia atenuante a las eximentes incompletas, bajo ciertas condiciones. Esta norma permite al tribunal rebajar hasta en tres grados desde el mínimo las penas previstas en la ley.

agravantes. Efectivamente, mientras aquéllas pueden llegar a determinar atenuaciones de hasta tres grados (art. 73 C.P.) éstas sólo en casos muy especiales provocan agravaciones de uno”. Y al tratar de nuestro tema: “...el juzgador debe recordar, además, que para la ley las atenuantes tienen, por lo general, mayor poder modificatorio de la responsabilidad que las agravantes”.

6. El artículo 1° del Código Penal, en su inciso tercero, señala que el que cometiére delito será responsable de él aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso –agrega– no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad, pero sí aquellas que la atenúen. Esta muestra de benignidad legislativa no es más que una confirmación del criterio antes enunciado: que las atenuantes tienen, para el legislador, mayor eficacia modificatoria de responsabilidad que las agravantes.

En principio, pues, a las atenuantes debe asignárseles un mayor valor al momento de efectuar la compensación. El solo hecho de constituir causas de atenuación las pone –conforme a la ley chilena– en un sitial de privilegio, por encima de cualquier agravante, sin importar su naturaleza y entidad.

B. Efectos de las circunstancias vinculadas al elemento subjetivo del delito

Entre las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal e independientemente de su efecto atenuante o agravante, ¿es posible encontrar algún criterio de jerarquización de índole general? La respuesta parece ser afirmativa, si recurrimos al concepto sustantivo de delito del que antes se ha hablado. Sólo si discernimos los elementos constitutivos de la noción material de delito, y luego agrupamos las circunstancias de acuerdo con estos elementos, es posible establecer alguna jerarquía. Obviamente, esto supone no sólo distinguir los elementos del delito, sino establecer entre ellos cierta relación que permita dar preeminencia a alguno de ellos. Nos preguntamos ahora si es posible realizar semejantes distinciones, cuyo valor práctico resulta por otra parte indiscutible.

B.1. Las circunstancias modificatorias como expresión de la gradualidad del delito y de la pena

En el concepto sustantivo de delito que hemos formulado para los efectos de individualizar las penas, distinguíamos claramente dos elementos: uno objetivo, referido al disvalor del resultado; y otro subjetivo, que conjuga elementos fundantes del reproche culpabilístico con el llamado disvalor de la acción. Así, el delito era un “acto humano (libre) inadecuado socialmente”.

Ambos elementos –libertad del acto e inadecuación social– son *graduables*, como bien reconoce Jescheck⁷⁶, aunque en un sentido algo diverso. Porque tanto la entidad del daño, la forma de ejecución del hecho, la conmoción de la paz jurídica, etc., que determinan la inadecuación social –el disvalor del resultado–, como la intensidad de la voluntad, la desconsideración, la premeditación, la situación de necesidad, la tentación, el arrebato pasional, etc., que se refieren al grado de libertad, son situaciones naturalmente graduables, dependiendo de la intensidad de sus presupuestos, las disposiciones de quien ejecuta o padece la acción o de otras consideraciones semejantes.

⁷⁶ JESCHECK, o. c., p. 1207.

Mezger llega a la misma conclusión, cuando dice que “esta lesión de intereses (sobre la que versa cada delito) es graduable, incluso dentro del tipo aislado”⁷⁷: hay graduación según la gravedad de los malos tratos y del perjuicio para la salud, según la gravedad de la injuria, según la duración de la privación de libertad, el valor de la cosa hurtada o el daño patrimonial, la extensión del mal causado, la magnitud del perjuicio a los intereses públicos, etc. Por otra parte, se relacionan con el elemento subjetivo, graduándolo, las perturbaciones de la conciencia o alteraciones del espíritu, el conocimiento –más o menos preciso– de los presupuestos de hecho y de la significación jurídica de la acción, la situación de necesidad que no llega a eximir, etc., fuera de todo lo relativo a las gradaciones del dolo y de la culpa.

Si el elemento subjetivo y el objetivo admiten graduación, ello se debe a realidades de carácter circunstancial, que modifican accidentalmente estos presupuestos centrales del delito. Y estas realidades circunstanciales, que inhieren en los fundamentos de la responsabilidad penal, graduándolos, surten el efecto lógico y coherente de graduar las consecuencias jurídicas del delito, aumentando o disminuyendo la cantidad de las penas. Muchas de estas realidades constituyen, en el sistema chileno, circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Luego, entre los elementos objetivo y subjetivo, que fundan la responsabilidad penal, y las circunstancias modificatorias de dicha responsabilidad, existe una estrecha correlación. Algunas circunstancias se referirán primordialmente al elemento objetivo, y otras, fundamentalmente, al subjetivo.

Cobo del Rosal y Vives Anton, sin embargo, niegan tal correlación⁷⁸. Las circunstancias modifican el *quantum* de la pena o su calidad –señalan estos autores– pero no se refieren para nada al delito mismo, que existe o no existe⁷⁹. Es la pena un concepto graduable y medible por excelencia, aunque, en menor medida, lo sea también el delito. Es erróneo, sostienen, reconducir sistemáticamente las circunstancias a la estructura fundamental del delito. Esto podría ser deseable, pero no es verdadero de *lege lata*. De allí que el sólo recurso a la culpabilidad y la antijuridicidad resulte insuficiente para explicar la totalidad de las causas de agravación y atenuación que contiene la ley.

En síntesis, para Cobo del Rosal y Vives Anton la razón última de las circunstancias “ha de verse en principios de naturaleza político-criminal, de muy variado carácter (entre los que operan, desde luego, en ocasiones, la disminución del daño y la del reproche culpabilístico) constituidos en reglas sustantivas que desempeñan la función de medir la pena prevista para el delito, adecuándola e individualizándola al supuesto concreto”⁸⁰.

Esta posición contradice abiertamente lo que la inmensa mayoría de los autores, incluidos Cobo del Rosal y Vives Anton, han sostenido acerca de la relación entre el delito y la pena, que antes hemos examinado. Es prácticamente universal el acuerdo respecto de que a una mayor gravedad del delito correspon-

⁷⁷ MEZGER, o. c., p. 407.

⁷⁸ Otros autores ni siquiera advierten el problema, como PUIG PEÑA, o. c., p. 402. WELZEL, en cambio, considera que sólo las agravantes, por regla general, guardan relación con el delito, mientras que las atenuantes pueden obedecer también a otras consideraciones, en o. c., p. 351.

⁷⁹ COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, o. c., pp. 671 y ss.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 675.

de una pena mayor, y a la inversa. Esto no significa que las penas no puedan, *además*, variar en función de otros factores, ajenos al delito mismo, como los fines de la pena o las expectativas de comportamiento futuro del delincuente⁸¹. Sólo significa que si las circunstancias agravan o atenúan la pena es, en principio, porque aumentan o disminuyen alguno de los elementos del delito.

Esta misma idea está presente en Cerezo Mir, quien da por supuesta la relación estrecha entre las circunstancias y los elementos del delito⁸². Expresamente señala que es incorrecto afirmar que la mayor parte de las circunstancias no guardan relación con los elementos esenciales del delito, sino con la mayor o menor necesidad de tutela, a la que correspondería una mayor o menor necesidad de pena. En efecto, aunque la tutela jurídica sirva en su sistema de fundamento al *ius puniendi*, la necesidad de tutela nunca debe superar la medida del injusto culpable.

La Corte Suprema, en sentencia de 22 de julio de 1987, ha expresado también claramente la relación que existe entre los elementos del delito y los factores que inciden en la medición judicial de la pena. En concreto, y con respecto a la valoración de la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior (artículo 11 N° 6 del Código Penal), declaró la necesidad de regular "una pena que se adecua a las disposiciones legales pertinentes, frente a la realidad que se plantea con relación al delito y a las condiciones del reo"⁸³.

B.2. División de las circunstancias en función de los elementos constitutivos del concepto material de delito

Comprobada suficientemente esta relación, queda aún una cuestión por resolver: ¿es posible *—de hecho—* dividir las circunstancias entre aquellas que dicen relación con el elemento subjetivo, y aquellas que se refieren al disvalor del resultado?

Cobol del Rosal y Vives Anton, consecuentes con su planteamiento inicial, niegan esta posibilidad. Señalan que no cabe afirmar que unas son, sin más, subjetivas, otras objetivas y otras mixtas, pues se incurre al hacerlo en un grave simplismo. En todas las circunstancias deben valorarse la dimensión objetiva y la subjetiva que comportan⁸⁴. Sin embargo, tras semejantes argumentos se esconde una confusión de los planos. Una cosa es que en el tipo de las circunstancias haya elementos objetivos y subjetivos que no se pueden separar al momento de establecer la concurrencia de la agravante o atenuante, pero otro asunto es el de saber si tal o cual circunstancia se refiere o no en lo sustancial a una disminución del grado de libertad, lo que llevará a afirmar su índole prevalentemente subjetiva u objetiva.

Con todo, y como ha puesto de relieve Diez Ripollés, en ocasiones se hace difícil relacionar una circunstancia concreta con uno de los elementos esenciales

⁸¹ Así, MIR PUIG, o. c., p. 553. En contra, SAUER, o. c., p. 371, para quien toda variación en la cantidad de la pena debe fundarse en alguno de los elementos constitutivos del delito mismo. Con todo, nos parece que SAUER sólo pretende, en este caso, reafirmar la vigencia del principio de culpabilidad.

⁸² CEREZO MIR, o. c., p. 106.

⁸³ Fallos del Mes, N° 344, p. 411.

⁸⁴ COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, o. c., p. 679.

del delito, con total exclusión del otro⁸⁵. Pero, como hemos dicho, es una cuestión de grados. En cualquier caso, debemos recordar que no es correcto asociar sin más las circunstancias llamadas objetivas a la antijuridicidad y las llamadas subjetivas a la culpabilidad. Por las razones que ya hemos expuesto, el ámbito de lo subjetivo es más amplio que el de la culpabilidad, pues incluye lo que tradicionalmente se ha denominado como disvalor de la acción al interior del injusto (además, se refiere a los elementos que fundan el reproche, en cuanto inciden en el acto, y no al reproche mismo, según se ha explicado). En fin, nuestro "elemento subjetivo" del delito –y las circunstancias que a él se reflejan– no puede ser entendido desde el concepto puramente formal, que sirve a otros efectos que la medición de la pena⁸⁶.

Finalmente, al tratar de esta relación entre las circunstancias y el delito, no podemos dejar de hacer una precisión importante. El elemento subjetivo del delito exige que el acto se adecue a la personalidad del autor, vale decir, que sea libre. Pero también exige una cierta adecuación social de la personalidad del autor, esto es, una personalidad que se mantenga en los límites de lo normal. En los casos de *imputabilidad disminuida*, existe el riesgo de aplicar esquemáticamente la ley del valor límite de los preceptos legales, diciendo: como en este caso la imputabilidad no se excluye del todo, sino sólo en parte, corresponde aplicar de todas formas una pena, pero una pena atenuada. Con lo cual, se debilitaría en forma prácticamente insostenible la protección que representa la sanción penal. A los sicópatas, ebrios, drogados, etc., debería aplicárseles según este criterio una pena criminal, pero atenuada, no obstante se trata de personas especialmente peligrosas para la convivencia pacífica, precisamente a causa de aquello en virtud de lo cual se les impone una pena menor. Estas consideraciones de Mezger⁸⁷ podrían llevar a sostener que las atenuantes vinculadas al elemento subjetivo nunca pueden guardar relación con el elemento "imputabilidad". Sin embargo, es verdad que en los casos de imputabilidad disminuida el autor ha obrado con menos libertad en la situación concreta. En rigor, la imputabilidad disminuida produce una severa disminución de la capacidad del autor para inhibir su acción antijurídica y, por lo tanto, la medida de su culpabilidad exige la individualización de una pena menor. Otro problema es si, desde el punto de vista de la prevención, esos factores que fundan la menor imputabilidad son indiciarios de una mayor necesidad de resocialización y aseguramiento. Aunque, como hemos señalado, la determinación legal no prevé una solución para la ambivalencia de los factores de imputabilidad, el juez está impedido de apreciar una culpabilidad igual o mayor que la del sujeto imputable al momento de la individualización. Sólo dentro de los límites del artículo 69 del Código Penal podría el tribunal determinar una pena mayor en razón de fines preventivos.

⁸⁵ DIEZ RIPOLLÉS, "Circunstancias Modificativas y el artículo 60 del Código Penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1977, fasc. 3º, pp. 641 y ss.

⁸⁶ Sin embargo, aun desde un punto de vista formal, es desacertado vincular las circunstancias subjetivas con la culpabilidad y las objetivas con el injusto. Es admitido prácticamente en forma unánime que en el injusto están presentes elementos subjetivos. Así, en la concepción personal de lo ilícito, hoy mayoritaria. Al respecto, *vid.* DIEZ RIPOLLÉS, o. c., pp. 642 y 643. Carlos CREUS, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 1988, p. 409, a la luz de la ley argentina, llega a distinguir entre las circunstancias personales y las circunstanciales. En realidad, la distinción es poco convincente y merece reparos desde un punto de vista material.

⁸⁷ MEZGER, o. c., pp. 410 y 411.

B.3. Preeminencia de las circunstancias subjetivas.

La función individualizadora del juez

Una vez establecida esta relación entre las circunstancias y los elementos del delito, cabe preguntar a qué circunstancias se debe dar más importancia o, dicho de otro modo, qué elemento del delito —objetivo o subjetivo— debe tener preeminencia en la individualización.

Para responder es preciso, ante todo, recordar que estamos hablando aquí de la determinación judicial de las penas o “individualización”. Ya ha quedado atrás la determinación legal, que señala el marco penal abstracto de acuerdo a criterios básicamente objetivos. Porque incluso cuando el legislador establece las circunstancias modificatorias lo hace, como no podría ser de otra manera, desde un ángulo general y abstracto, con un sentido hasta cierto punto objetivo en todas ellas, pues se refieren al “supuesto de hecho” que se juzga, tomado en su conjunto, más que al caso o al sujeto⁸⁸. Se proponen más adecuar la pena al supuesto que individualizarla respecto a la persona. Por eso, la labor determinante del legislador encuentra su complemento natural en la tarea del juez. Se trata de dos estadios diferentes en la determinación del derecho cuya adecuada combinación concluye en la “pena justa”. Pero, aunque funcional y finalmente concurrentes, ambas determinaciones no son idénticas, sino análogas. En efecto, si en la determinación legal debe primar el elemento objetivo, propio de la generalidad y abstracción de la ley, en la individualización debe primar el elemento subjetivo, que pertenece propiamente a la singularidad, concreción y “proximidad” de la tarea judicial. Sólo el juez está en condiciones de percatarse de la singularidad subjetiva del caso. De manera que si el juez abdicara de esta función individualizadora, restando importancia a los elementos de carácter subjetivo para abandonarse sin más en las valoraciones abstractas del legislador, nadie más podría realizar dicha tarea y la compensación racional de circunstancias se tornaría un concepto vacío, una tarea de verificación meramente objetiva, en perjuicio de la adecuada individualización, que precisamente requiere de la división del trabajo entre legislador y juez. Si se quiere llegar a determinar la “pena justa”, no es posible renunciar a uno de los estadios de la determinación, aunque resulte más difícil, demande más trabajo o se mueva en un ámbito de valoraciones menos desarrollado por la dogmática.

Por lo demás, y como ha destacado Anton Oneca, uno de los progresos más claros y firmes del derecho penal ha sido la creciente importancia atribuida al elemento subjetivo en la determinación de la pena⁸⁹.

⁸⁸ Cfr. SOLER, o. c., p. 419.

⁸⁹ ANTON ONECA, o. c., pp. 580 y 581. Y precisamente “el instrumento por medio del cual entró en la práctica este perfeccionamiento —agrega el autor español— fueron las circunstancias atenuantes”.

No deben, sin embargo, extremarse las cosas hasta hacer una sobrevaloración de lo subjetivo, de manera que incluso lo objetivo sólo deba ser tomado en cuenta en la medida en que refleja la personalidad del autor, como hace VON LISZT en su *Tratado de Derecho Penal*, II, Madrid, 1929, p. 339. En un modelo de esta especie, las circunstancias agravantes o atenuantes sólo podrían “consistir en la mayor o menor intensidad del carácter asocial; en la existencia o en la falta de la adaptabilidad social”; el acto externo y el resultado causado por el autor sólo debieran estimarse en su significación sintomática de su naturaleza psíquica peculiar.

Una vez esclarecido que la ponderación de lo subjetivo es la tarea propia del juez y que, por tanto, a este elemento es al que debe dar preponderancia, es posible pasar a otros argumentos que abundan al respecto.

1. Que los aspectos subjetivos tienen, en el sistema, una relevancia mayor, queda de manifiesto al comprobar la relación asimétrica que existe entre los elementos del concepto sustantivo de delito que hemos formulado más arriba. En efecto, aparece claramente que uno de ellos se encuentra en función del otro, lo que revela una cierta dependencia causal. Así, mientras más voluntaria, más libre, es una conducta, más inadecuado socialmente es el resultado. No hay sólo un daño material más en la sociedad, sino una "voluntad dañina" dentro de ella, que ciertamente la afecta, quizá más que el daño mismo. Hablar de inadecuación social sólo tiene sentido para el derecho penal en la medida en que se trate de actos voluntarios⁹⁰. En cambio, la relación no opera a la inversa. El daño o la puesta en peligro pueden ser muy significativos, pero ello nada nos dice acerca del grado de libertad del agente.

Extremando un poco las cosas: sin duda puede haber actos humanos que no sean socialmente inadecuados; sin embargo, no puede haber hechos verdaderamente inadecuados desde un punto de vista social (penal), que no sean actos humanos. Tales hechos podrán ser catástrofes, pero no delitos, ni siquiera desde el punto de vista de quienes afirman la prevalencia del disvalor del resultado.

En el concepto sustantivo de delito hay, pues, un elemento fuerte, el subjetivo (en cierto modo, "causa" principal del otro y, con éste, causa de la responsabilidad penal), y no puede ser de otra manera, en un derecho penal de culpabilidad⁹¹.

Desde otro punto de vista, los rasgos del género deben estar presentes, y no pueden faltar, en la especie. En cambio, la diferencia específica no puede estar, por definición, precontenida en el género. Esta prioridad lógica del género sobre la especie no es casual, sino que tiene una base ontológica. Las especies participan limitadamente de la perfección que designamos con el nombre genérico y, en consecuencia, se subordinan a ella. Así ocurre con el género "actos libres" y la diferencia específica "socialmente inadecuados".

2. En los actos voluntarios se encuentra un doble elemento: el acto interior de la voluntad y el acto exterior. Y, mientras el fin es el objeto del acto interior, el acto exterior tiene por objeto la materia sobre la cual versa. Pero el acto interior de la voluntad tiene razón de "forma" (aquello que es determinante) respecto de la materia del acto exterior (radicalmente determinable), ya que la voluntad usa de los miembros como instrumentos para obrar. Los mismos actos

⁹⁰ En este mismo sentido se mueven las consideraciones de ZIPF en MAURACH, GÖSSEL, ZIPF. o.c., pp. 780 y ss., cuando bajo el epígrafe "Los factores de determinación más importantes" apuntan la *ejecución del hecho*, que comprende tanto los *móviles y objetivos del autor* como la acción ejecutiva, en cuanto expresión de esa componente subjetiva. En un lugar secundario, en cambio, permanecen las repercusiones culpables del hecho, tanto típicas como extratípicas.

⁹¹ Así, por ejemplo, no sería razonable interpretar la expresión "mayor o menor extensión del mal producido por el delito", contenida en el artículo 69 *in fine* del Código Penal, en un sentido objetivista. Siempre se habla de las repercusiones *culpables* del hecho, es decir, atribuibles al autor, aunque ellas se encuentren fuera de la descripción típica.

exteriores no tienen valor moral y, por ende, jurídico, sino en cuanto son de algún modo voluntarios. Luego, formalmente la especie del acto humano es la que se deriva del fin⁹².

Como los actos son humanos en la medida en que son voluntarios, el fin del acto interior de la voluntad es lo más importante, y lo son también las circunstancias que a él se refieren⁹³.

3. En estrecha relación con este argumento está el hecho de que la misión del derecho penal consiste —como *ultima ratio*— en contribuir a formar en los ciudadanos una conciencia respetuosa de los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia. Como las normas jurídico-penales son normas de determinación, el fin preventivo general, en su sentido positivo, se encuentra ínsito en cada una de dichas normas. Más allá de la prevención general y de la retribución por la culpabilidad, no existe *ius puniendi*. Luego, el mismo fin de la pena estatal —y, consecuentemente, la legitimidad del instrumento penal— se basa en lo subjetivo. Esta consideración ha de tener, por tanto, incidencia fundamental también a nivel de medición judicial de la pena si se aspira a construir un sistema coherente.

4. En nuestro sistema, el elemento subjetivo parece tener la preferencia a la hora de castigar por un hecho. E, insistimos, debe ser así: “Las circunstancias externas del acto concreto constituyen un punto de partida puramente provisional y no vinculatorio. La externa gravedad del hecho únicamente puede gravar al autor en tanto le sea subjetivamente reprochable”⁹⁴. Así aparece de nuestra ley, cuando establece la exigencia general de dolo para sancionar (artículo 1º del Código Penal) y sólo excepcionalmente se conforma con la existencia de culpa (artículos 2º, 4º y 10 Nº 13), a la vez que son afortunadamente escasas las hipótesis de cualificación por el resultado. El elemento objetivo, sin el subjetivo, no es punible sino en forma excepcionalísima, y con insatisfactorias consecuencias. En cambio, hay casos en que, existiendo el elemento subjetivo pero faltando el disvalor del resultado por completo, la ley decide castigar: en la tentativa no acabada o, todavía más claramente, en la tentativa inidónea⁹⁵.

5. También aparece patente en la ley la preferencia por el elemento subjetivo al analizar el artículo 72 del Código Penal. En esta norma se establece la atenuante privilegiada de menor edad. Aunque el menor obró con discernimiento suficiente para ser imputable, se entiende que su capacidad para conocer la significación de su acto y de autodeterminarse conforme a ese conocimiento aún no han alcanzado el nivel medio. Todo esto, como se ve, depende de elementos enteramente subjetivos y son ellos los que a la larga justifican esta atenuación tan excepcional: un grado bajo el mínimo de los señalados por la ley.

Esta preferencia de la ley por el elemento subjetivo a la hora de castigar por un hecho se debe a que la naturaleza misma del acto humano así lo exige⁹⁶. Lo objetivo tiene relevancia en cuanto respaldado por lo subjetivo, según el princi-

⁹² Cfr. DE FINANCE, *Ensayo sobre el obrar humano*, Madrid, 1966, p. 408.

⁹³ Cfr. S. Th., I-II, q. 18, a. 6.

⁹⁴ MAURACH, o. c., p. 541.

⁹⁵ Así, CEREZO MIR, o. c., I, p. 363.

⁹⁶ Cfr. S.Th., I-II, q. 7, a. 4, r. y ad 2.

pio de culpabilidad. Etcheberry sostiene, sin embargo, una postura diversa. En su opinión, la tradición española está inspirada en una raíz germánica fuertemente objetivista, a la cual no escapa nuestro ordenamiento jurídico⁹⁷. Pero la verdad es que, en la ley chilena, las hipótesis de cualificación por el resultado son excepcionadísimas. La mayoría de las veces, como destaca Novoa⁹⁸, es posible obviar la interpretación objetivista para hacer prevalecer la exigencia general de dolo o culpa contenida en los artículos 1° y 2° del Código Penal. Sólo cuando el legislador ha diferenciado expresamente las penas, atenuándolas en relación con la figura preterintencional (como ocurre en el artículo 474 inciso 3° del Código Penal), podrá sostenerse sin más remedio que se trata de un delito calificado por el resultado. En los demás casos no tiene sentido interpretar las normas en contra del principio de culpabilidad. El juego entre los artículos 10 N° 8 y 71 del Código Penal es especialmente ilustrativo al respecto. El legislador, utilizando la segunda de las disposiciones citadas, sustrae el caso fortuito de las reglas generales en relación con las eximentes incompletas, precisamente para hacer desaparecer de la ley toda vigencia, aun atenuada, del *versari in re illicita*. De no existir el artículo 71, faltando alguno de los requisitos del artículo 10 N° 8 para eximir de responsabilidad —en concreto, la ejecución de un hecho lícito— debiera castigarse a título doloso, con la atenuación prevista en el artículo 11 N° 1 del Código Penal. Esto no ocurre precisamente porque el artículo 71 prescribe que en tales casos “se observará” lo dispuesto en el artículo 490; es decir, se castigará si respecto del resultado causado ha habido al menos culpa del autor. La ley impide que subsista el *versari*, esto es, la responsabilidad objetiva por el resultado.

Con todo, cabe sostener que la anterior argumentación puede ser cierta en general, pero que es imposible desconocer el hecho de que, en cada delito, el legislador ha establecido las penas en relación a la intensidad de los resultados. Y así, por ejemplo, mientras mayores son los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, más intensas son las penas que la ley amenaza. Esto se explica, sin embargo, porque la valoración del legislador es siempre general, abstracta, y en tal grado de abstracción son los parámetros objetivos los únicos capaces de dar orientaciones seguras. Por otro lado, al legislador casi nunca le basta el simple resultado. Como se ha visto, exige habitualmente un correlato subjetivo de, al menos, culpa. Cuando hay lugar a dudas se trata, normalmente, de hipótesis de preterintencionalidad especialmente reguladas.

Por estas razones, pero sobre todo debido a la especificidad de la función judicial en la determinación de las penas, nos parece que, en la compensación racional de circunstancias son las relativas al elemento subjetivo las que deben tener preeminencia sobre el resto.

B.4. Las circunstancias subjetivas en el Código Penal chileno

Surge naturalmente la cuestión de determinar cuáles de las circunstancias que establece la ley tienen relación principalmente con el elemento subjetivo y cuáles no. Esclarecer con precisión este asunto exigiría un estudio minucioso de los fundamentos de cada una de las circunstancias, estudio que se puede consi-

⁹⁷ ETCHEBERRY, o.c., I, p. 299.

⁹⁸ NOVOA, o.c., I, p. 557.

derar pendiente en la doctrina⁹⁹. Aquí sólo se ha pretendido demostrar que ese estudio es útil y necesario, ya no desde un punto de vista teórico, sino por exigencias de la práctica viva.

Sin embargo, si bien la clasificación presenta dudas en algunos casos, hay otros en que ciertamente es muy sencillo definir si una circunstancia tiene o no carácter prevalentemente subjetivo, en el sentido que hemos dado a esta palabra.

Nos parece relativamente claro el siguiente catálogo de circunstancias genéricas prevalentemente subjetivas en el Código Penal:

1. Circunstancias atenuantes

- a) Haber precedido provocación o amenaza del ofendido (artículo 11 N° 3).
- b) Haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave (artículo 11 N° 4).
- c) Obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato u obcecación (artículo 11 N° 5).
- d) Irreprochable conducta anterior (artículo 11 N° 6)¹⁰⁰.
- e) Haber procurado *con celo* reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias (artículo 11 N° 7).

2. Circunstancias agravantes

- a) Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa (artículo 12 N° 2).
- b) En los delitos contra las personas, obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz (artículo 12 N° 5).
- c) Abuso de la superioridad del sexo, las fuerzas o las armas (artículo 12 N° 6), cuando este abuso proviene del propio delincuente.
- d) Ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad (artículo 12 N° 11).
- e) Ejecutar el delito de noche o en despoblado (artículo 12 N° 12). La fundamentación es similar a la del número anterior¹⁰¹.
- f) Ejecutar el delito por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado (artículo 12 N° 19), en cuanto estas circunstancias expresan una especial intensidad de la voluntad que se manifiesta en los hechos.

⁹⁹ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Adiciones de Derecho Español en JESCHECK, o.c., II, p. 1214.

¹⁰⁰ El fundamento de esta circunstancia se hallaría en una presunción de menor exigibilidad. Así, MAURACH, "La fixation de la peine criminelle selon le droit actuel, et le projet de 1962", en *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXV, N° 1, III, p. 30.

¹⁰¹ Es interesante observar lo que dispone esta norma en su inciso 2°: "El tribunal tomará o no en consideración esta circunstancia, según la naturaleza y accidentes del delito". Parece ser una aplicación particular del *non bis in idem*, según la expresión que adopta en el artículo 63 del Código Penal.

El artículo 72 del Código Penal contempla en sus dos incisos circunstancias modificatorias prevalentemente subjetivas: la atenuante de menor edad y la agravante configurada por prevalerse de menor de dieciocho años en la comisión del delito. Por otro lado, la circunstancia mixta de parentesco del artículo 13 del Código Penal tiene carácter prevalentemente objetivo, si se atiende al modo formal en que se encuentra regulada.

No pretendemos ahora justificar respecto de cada circunstancia nuestra decisión de incluirla en el catálogo precedente, pero al menos podemos decir que todas ellas parecen tener algo en común: el hecho de decir relación, de un modo más o menos directo, con el grado de libertad del agente en el caso concreto. En cualquier caso, es necesario enfatizar que se trata de una cuestión de *prevalencia* del carácter subjetivo ya que, en rigor, no existen circunstancias absolutamente objetivas o subjetivas¹⁰².

§ 3 CUESTIONES ESPECIALES

Parece oportuno abordar también brevemente otras cuestiones vinculadas al tema principal y que es posible dividir en dos grupos:

1.- Acerca de la necesidad de fundamentar el arbitrio judicial en la compensación racional, y la posibilidad de deducir recursos contra las decisiones emanadas de ese arbitrio.

2.- Acerca de si se compensan racionalmente todas las circunstancias modificatorias o sólo las contenidas en los artículos 11, 12 y 13 del Código Penal.

¹⁰² Existen algunas circunstancias que ofrecen dudas ostensibles desde el punto de vista de su legitimidad (v.gr. la agravante de reincidencia); otras, obedecen a consideraciones de índole político-criminal, como la espontánea confesión del artículo 11 N° 9. Con todo, hay algunas que no hemos sabido clasificar, porque son particularmente complejas en su estructura (alevosía del artículo 12 N° 1, abuso de confianza del artículo 12 N° 7, prevalerse del carácter público que detenta el culpable, en el artículo 12 N° 8 del Código Penal), o porque pueden pertenecer a uno u otro grupo. Este último es el caso de la atenuante de eximente incompleta, cuyo estatuto en la especie depende de la eximente correlativa del artículo 10 del Código Penal. CEREZO MIR, o. c., II, p. 105, nota 12, es quien, al parecer, ha hecho la mejor clasificación de las circunstancias, de acuerdo a las necesidades de la individualización. Por eso, recogemos aquí, sintéticamente, su planteamiento, aplicable naturalmente al sistema español vigente en 1985:

I. Atenuantes.

Distingue según si suponen una menor magnitud del injusto (eximentes incompletas y atenuantes por analogía del artículo 9 N° 10 del Código Penal español) o de la culpabilidad (todas las demás).

II. Agravantes.

1.- Referidas a la magnitud del injusto: a) Al disvalor del resultado: publicidad, ofensa de dignidad o edad, y morada. b) Al disvalor de la acción: alevosía; abuso de superioridad o empleo de medio que debilite la defensa; astucia, fraude o disfraz; estragos; ocasión calamitosa; nocturnidad y des poblado; auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad; cuadrilla; prevalerse del carácter público; abuso de confianza.

2.- Referidas a la culpabilidad: precio, recompensa o promesa; premeditación; reincidencia.

3.- Mixtas: preterintencionalidad, ensañamiento, males innecesarios.

Pero hay que decir que no todos los autores están de acuerdo al respecto. Así, por ejemplo, para MIR PUIG (o.c., p. 570), todas las agravantes implican una mayor gravedad del injusto. CUELLO CALÓN piensa, en cambio, que todas las agravantes implican una mayor gravedad de la culpabilidad, en cuanto revelan una mayor perversidad del agente (*Derecho Penal*, I, Barcelona, 1956, pp. 515 y ss.). La misma opinión sostenía Luis Jiménez de Asúa.

I. *Juridización del arbitrio y control judicial de la individualización*

Sabemos que la sentencia judicial no procede de un razonamiento demostrativo, sino que constituye un juicio práctico, una opción razonada. A partir de la certeza moral que proporciona el aparato probatorio, y considerando que no existe "la mejor de las sentencias posibles", el juez opta razonadamente por una solución justa en el caso concreto. Pues bien, estos razonamientos deben ser consignados en la sentencia porque, en definitiva, son los que la legitiman y le dan autoridad desde un punto de vista material. El procedimiento sería una burla si, al final, el procesado no pudiera saber por qué se le ha condenado en tal o cual forma. Sauer agrega que esta necesidad de fundamentar la decisión –de acuerdo a la experiencia judicial– es todavía mayor tratándose de la determinación de la pena: "al acusado no le interesa por qué es condenado por estafa y no por apropiación indebida, pero sí por qué recibe una determinada pena y no otra cualquiera"¹⁰³.

Precisamente es en los considerandos acerca de la determinación –y, como parte suya, sobre la compensación racional– donde se pone en juego toda la capacidad y maestría de los juzgadores, así como su preclaro sentido de la justicia. Como se ha dejado entrever, los criterios que debe tener en cuenta el arbitrio judicial no siempre son perfectamente nítidos, armónicos e indiscutibles. La tarea del juez radica, en parte, en hacerlos compatibles y concordantes en el caso particular.

La fundamentación de la decisión cuantificadora es una obligación que emana complementariamente de dos fuentes diversas.

Por una parte, existe una obligación de índole procesal, cuyo contenido se reduce a la materialidad de existir considerandos en la sentencia definitiva referidos a la calificación de las circunstancias atenuantes y agravantes del delito. Si tal obligación procesal no se cumple, los artículos 541 N° 9 y 500 N° 5 del Código de Procedimiento Penal autorizan la deducción del recurso de casación en la forma.

Por otro lado, existe una obligación material de fundamentar la individualización realizada. Esta obligación material es la que permite en la práctica el control judicial de las decisiones que inciden en la determinación de la pena. La vía prevista en el sistema chileno para verificar tal control es el recurso de casación en el fondo. Así, y expresamente con respecto a la determinación de la pena, dispone el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal que "la aplicación errónea de la ley penal que autoriza el recurso de casación en el fondo, sólo podrá consistir: 1° En que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al reo en el delito, ya *al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes, o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza o el grado de la pena*".

Es precisamente esta norma la que permite afirmar que, en el sistema chileno, el tribunal no sólo está obligado formalmente a fundamentar su arbitrio, sino sobre todo a que esa fundamentación permita una ulterior instancia de con-

¹⁰³ SAUER, o. c., p. 369.

trol¹⁰⁴. En efecto, para que tal instancia sea posible no basta con que el tribunal superior conozca el resultado final del proceso, sino que es preciso además poder reconstruir el itinerario que condujo a ese resultado¹⁰⁵.

Este control judicial de la decisión cuantificadora por la vía del recurso de casación en el fondo comprende, a nuestro juicio, las siguientes hipótesis: a) Existen considerandos, pero ellos son insuficientes o contradictorios, b) Confusión en los argumentos que impide al tribunal de casación apreciar si existe error de derecho en la calificación de las circunstancias o en la determinación del grado de penalidad, y c) El tribunal de instancia no ha aplicado o ha aplicado mal las normas o los principios jurídicos que inciden en la individualización (prohibición de doble valoración, igualdad, etc.).

No obstante, podría pensarse que la vía de la casación en el fondo sólo se abre frente a burdas e inexplicables violaciones al texto expreso —como si, prohibiendo la ley aplicar la pena en su grado máximo, el juez aplica precisamente éste— y no a la infracción de los principios que inciden en la individualización y que emanan directamente del texto legal o de la naturaleza de las cosas como, por ejemplo, si el juez da mayor valor compensatorio a las agravantes o a las circunstancias netamente objetivas fundadas en el disvalor del resultado. Así, por ejemplo, lo ha sostenido la misma Corte Suprema, en sentencia de 26 de julio de 1969¹⁰⁶. Una interpretación de este tipo nos parece, sin embargo, inaceptable. Si la misma ley ha exigido fundamentar en la sentencia la decisión compensadora, ello se debe a que las razones utilizadas pueden no estar de acuerdo con la racionalidad que el mismo legislador exige cuando ordena compensar. Nada autoriza a pensar que la compensación conforme a la razón de que hablan los artículos 66, 67 y 68 sea una compensación conforme a la razón de un juez determinado. No hay fundamentos para personalizar la compensación. Un juez podría, pues, vulnerar la ley al graduar el valor relativo de las circunstancias, y entonces la sentencia deberá ser revisada por el tribunal de casación¹⁰⁷.

También la Corte Suprema, en virtud de consideraciones estrictamente valorativas, ha modificado por vía del recurso de queja la individualización realizada por los jueces del fondo. La sentencia de 22 de julio de 1987 —en Fallos del Mes, N° 344, pp. 409 y ss.— es en un doble sentido interesante, por cuanto el máximo tribunal resolvió modificar una decisión tradicionalmente considerada privativa de los jueces de instancia, cual es la estimación de si una circunstancia atenuante debe o no considerarse como *muy calificada* para los

¹⁰⁴ No así el recurso de apelación, en cuanto equivale a un replanteamiento de la causa en su totalidad, tanto en los hechos como en el derecho.

¹⁰⁵ MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, o.c., p. 796, realizan una luminosa consideración en este sentido: "En la medición judicial de la pena es imposible enjuiciar su corrección exclusivamente a partir del resultado (la medida definitiva de la pena); al contrario, para ello es fundamentalmente necesario poder reconstruir el camino correcto hacia la medida definitiva de la pena".

¹⁰⁶ R., T. 66, 2° parte, secc. 4°, p. 137.

¹⁰⁷ BUSTOS, o. c., p. 400: "El hecho de que haya arbitrio o discrecionalidad del juez para su estimación no significa arbitrariedad, menos aún en derecho penal y frente al mandato constitucional de legalidad de los delitos y las penas, luego tal resolución debe ser siempre recurrible (...): la compensación racional de las circunstancias atenuantes y agravantes no implica discrecionalidad plena y posibilita por tanto el recurso de casación". En el mismo sentido CORDOBA RODA y otros, o. c., p. 269.

efectos del artículo 68 bis del Código Penal. En la especie, afirmó la cualificación de la irreprochable conducta anterior invocada por el procesado, señalando que la facultad prevista en el citado artículo 68 bis debe realizarse “en mérito a antecedentes de apropiada calificación y con criterio de ecuanimidad”.

Es importante hacer notar que la obligación material de fundamentar la decisión individualizadora tiene sentido tanto para quienes conciben la determinación de la pena como un proceso de aplicación del derecho, como para quienes prefieren hablar de una discrecionalidad jurídicamente vinculada. Así, por ejemplo, Jescheck no vacila en incluir los considerandos de la sentencia dentro de la misma estructura del proceso de determinación. No hay verdadera determinación, desde un punto de vista jurídico, si no hay fundamentos¹⁰⁸.

De todos modos, existe siempre un componente de valoración personal que se da en cada acto de individualización y que sólo difícilmente será revisable en casación. Esto se debe en gran medida a que el juicio preventivo que corresponde al juez de instancia dentro de los límites del artículo 69 del Código Penal no puede ser reproducido por el tribunal de casación, que no conoce al individuo. Sólo cabe un pronunciamiento sobre la determinación de la pena en la etapa inmediatamente anterior, vinculada de modo principal al grado de culpabilidad y no a consideraciones preventivas¹⁰⁹. Pues bien, la compensación racional de circunstancias se verifica precisamente en ese estadio anterior al juicio de prevención (determinación del grado de penalidad, conforme a los artículos 65 a 68 bis del Código Penal) y, por lo mismo, en ella juegan un rol decisivo los elementos vinculados al grado de culpabilidad. Los criterios ofrecidos en el § 2, II, y especialmente la mayor ponderación que debe asignarse a las circunstancias vinculadas con el elemento subjetivo del delito, se refieren al grado de culpabilidad y pertenecen, por tanto, al ámbito en el cual el tribunal de casación puede y debe ejercer un efectivo control¹¹⁰. Así queda, además, de manifiesto en la letra del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, que expresamente se refiere al error de derecho cometido “al fijar la naturaleza o el *grado* de la pena”.

Como se puede apreciar, nos pronunciamos claramente en favor de una mayor juridización del proceso de determinación de la pena, a la cual se accede por la vía del control judicial de las decisiones. Naturalmente, para que esa mayor juridización sea operativa es necesario que la dogmática contribuya a perfilar con exactitud los contornos de los diferentes principios que inciden en la individualización. Con todo, la medición judicial de la pena nunca será completamente predecible, como cabría esperar, por ejemplo, de la determinación de la sanción en el ilícito administrativo. El juez del crimen se enfrenta siempre

¹⁰⁸ JESCHECK, o. c., p. 1196.

¹⁰⁹ Esta posibilidad de revisión en cuanto al grado de penalidad determinado por el tribunal de instancia es posible, en buena parte, gracias a la traslación de los elementos subjetivos ligados a la personalidad del autor hacia el juicio de prevención, de que se trató en el § 1, V.

¹¹⁰ JESCHECK, o. c., p. 1194, da algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia alemana, en que se dio cabida a la casación en el fondo por esta causa. Así, en un caso de homosexualidad entre adultos, se infringió la ley al imponer el tribunal la pena entonces más leve, porque estimaba político-criminalmente incorrecta la norma que incriminaba esa conducta. Esta era una consideración improcedente en la determinación de la pena. En otro caso, se sobrevaloró en demasía el fin preventivo general de la pena, y el tribunal en tiempo de guerra sancionó con la muerte, como derrotismo, la ocasional expresión de desánimo de un soldado.

a una pluralidad de factores que no resisten la reducción a un esquema rígido o unilateral¹¹¹.

Ya se ha aludido a la discusión entre quienes hablan de una discrecionalidad jurídicamente vinculada de los jueces de instancia y quienes sostienen que la medición judicial de la pena es una aplicación del derecho basada en reglas en parte escritas y en parte no escritas. Aunque, como se ha dicho, hoy la discusión se reduce a un problema de énfasis, la presencia en la ley chilena del recurso de casación en el fondo —con referencia expresa a la determinación de la pena (artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal)— lleva a pensar que, en nuestro sistema, la medición judicial es verdadera aplicación del derecho. Lo que ocurre es que, por otra parte, se hace necesario un desarrollo de la dogmática que permita al tribunal de casación contar con un aparato conceptual suficiente para ejercer un efectivo control. Por contraste, la ausencia de desarrollo dogmático explica —a nuestro juicio, en no pequeña parte— la ausencia de control judicial de las decisiones individualizadoras en la práctica forense actual. Esta situación hace que, si bien la ley establece un sistema de medición judicial susceptible de control jurídico, el escaso desarrollo dogmático y jurisprudencial en la materia han llevado a una praxis de discrecionalidad radicada en los jueces de instancia.

II. *Circunstancias modificatorias susceptibles de compensación racional*

Otra cuestión es la de saber si bajo la denominación “circunstancias atenuantes y agravantes” que utilizan los artículos 66, 67 y 68 del Código Penal se comprenden sólo las designadas en los artículos 11 N° 3 y siguientes, 12 y 13, o también otras, las que surten un efecto especialmente intenso o están vinculadas sólo a determinados delitos. Luego, en primer lugar es necesario efectuar algunas distinciones

En relación con la extensión de sus efectos, las circunstancias pueden ser:

a) *Comunes*. Son las que operan respecto de cualquier delito o, por lo menos, respecto de la gran mayoría de ellos. Son de esta clase, por ejemplo, todas las atenuantes previstas en el artículo 11 del Código Penal.

b) *Especiales*. Son las que sólo surten efectos respecto de determinados delitos o un grupo reducido de ellos. Están diseminadas a través del Código Penal. Son agravantes especiales, por ejemplo, las contenidas en el artículo 447 del Código Penal, que establece las figuras especialmente agravadas del hurto¹¹². Asimismo, es atenuante especial la contenida en el artículo 142 bis, segunda parte, del Código Penal, para los delitos de secuestro y sustracción de menores¹¹³.

¹¹¹ Así queda de manifiesto, a nuestro juicio, en la exposición que hace PICA, R. en sus *Reglas para la aplicación de las penas*, Santiago, 1979. No obstante la indiscutible utilidad de ese estudio, la mayoría de los problemas que presenta la individualización pertenecen a la esfera valorativa y no a la aplicación de las reglas de corte aritmético que ofrece el Código Penal.

¹¹² En la misma situación se encuentran las circunstancias previstas en los artículos 120, 296 inciso 5°, 366 y 456 bis del Código Penal.

¹¹³ Algunos autores consideran como atenuante especial —a nuestro juicio, acertadamente— la circunstancia de causarse la mujer el aborto o consentir en que otro se lo cause “por ocultar su deshonra” (artículo 344 inciso 2° del Código Penal).

Las verdaderas circunstancias especiales deben distinguirse, sin embargo, de aquellas circunstancias relativas a las modalidades de la acción o a la calidad personal del autor, o a cualquier otro accidente semejante, y que el legislador usa para construir los tipos calificados o privilegiados. En estos casos se trata ya no de elementos accidentales cara a la ley, sino de rasgos considerados esenciales, en cuanto dan lugar al surgimiento de figuras delictivas que constituyen una *unidad valorativa independiente*¹¹⁴. Estos elementos forman parte integrante del tipo delictivo, y por lo tanto no pueden producir efecto atenuante o agravante en una segunda valoración, conforme al artículo 63 del Código Penal: "No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o *que ésta haya expresado al describirlo y penarlo*". Aunque esta norma sólo se aplica a las agravantes, debe entenderse que tampoco es posible considerar como atenuante una circunstancia que el legislador ya ha tenido en cuenta en el supuesto específico para asignar una pena menor a la conducta básica. No procede —en otras palabras— la atenuación, cuando las características atenuantes ya han determinado la inclusión del acto en un supuesto privilegiado¹¹⁵.

Cuando las circunstancias previstas en la parte especial no llegan a constituir unidades valorativas independientes, estamos frente a un *delito circunstanciado*: un delito en su forma simple, no calificado ni privilegiado, pero respecto del cual ha establecido la ley alguna o algunas circunstancias modificatorias especiales. En el artículo 142 bis del Código Penal, introducido por la Ley N° 19.241 de 28 de agosto de 1993, se puede apreciar claramente la diferencia entre estas dos situaciones. Dispone esta norma que "si los partícipes en los delitos de secuestro de una persona o de sustracción de un menor, antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas por los secuestradores para devolver a la víctima, la devolvieren libre de todo daño, la pena asignada al delito se rebajará en dos grados. Si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones, el juez podrá rebajar la pena en un grado a la señalada en los dos artículos anteriores".

Para facilitar el análisis a los efectos que nos interesan, consideraremos únicamente el delito de sustracción de menores. Así, mientras el artículo 142 N° 2 del Código Penal dispone la figura simple, estableciendo una pena que va desde presidio mayor en su grado medio hasta presidio mayor en su grado máximo, el N° 1 de ese mismo artículo contempla la figura calificada, que incrementa las penas anteriores en un grado, trasladando el marco penal, que

¹¹⁴ En estos casos, es el delito mismo el que se configura de un modo distinto, atendiendo a ciertos elementos que el legislador considera esenciales (independientemente de que lo sean desde una perspectiva ontológica). No es exacto, sin embargo, decir que mientras las privilegiantes y calificantes afectan a la pena asignada al delito, las circunstancias modificatorias sólo inciden en la penalidad que va a corresponder al delincuente. Esta consideración procede de una abstracción errónea e inútil, sobre todo cuando la valoración del legislador no obedece a un criterio de esencialidad o accidentalidad ontológicas.

¹¹⁵ Así, Maurach, o. c., p. 543.

No se han de confundir las privilegiantes (v.gr. artículo 300 del Código Penal) con las circunstancias modificatorias calificadas (Vid. art. 68 bis del Código Penal). Las primeras se encuentran establecidas por la ley y sus efectos se hallan señalados de un modo vinculante para el juez. La existencia de las segundas es, en general, algo que corresponde decidir en cada caso a la prudencia del juez, y la intensidad de sus efectos suele presentar también al tribunal algún margen prudencial.

ahora va desde presidio mayor en su grado máximo hasta presidio perpetuo. Sobre esta base opera el artículo 142 bis, que contempla a su vez dos hipótesis diferentes. Es importante considerar que ambas están construidas sobre la figura calificada del artículo 142 N° 1, es decir, presuponen que la sustracción se ha realizado para obtener un rescate, imponer exigencias o arrancar decisiones. De otra forma no tendría sentido la regulación del artículo 142 bis.

a) La primera de estas hipótesis establece que si los partícipes en la sustracción devuelven a la víctima libre de todo daño antes de que se cumpla cualquiera de las condiciones exigidas, el tribunal *está obligado* a rebajar en dos grados la pena asignada en el artículo 142 N° 1. Es decir, se traslada el marco penal completo¹¹⁶, que ahora comprende desde presidio mayor en su grado mínimo hasta presidio mayor en su grado medio. Como se puede apreciar, la penalidad de esta nueva figura es en un grado menor que la de la figura simple del artículo 142 N° 2 y, en consecuencia, nos encontramos frente a una figura privilegiada en relación con la sustracción simple de menores.

b) La segunda hipótesis, en cambio, *faculta* al tribunal para rebajar la pena en un grado con respecto a la figura del artículo 142 N° 1, si la devolución de la víctima libre de todo daño se produce una vez satisfecha alguna de las condiciones. En este caso estamos frente a una atenuante especial, prevista por la ley para los delitos de secuestro y sustracción de menores, cuyo efecto práctico consiste en hacer inoperante la calificación.

Un criterio útil para saber si se está ante una unidad valorativa independiente o ante un delito circunstanciado consiste en comprobar si las circunstancias incorporadas al tipo determinan una alteración del marco penal atribuido por la ley al hecho básico. De ser así, se tratará normalmente de una calificante o privilegiante. En efecto, por regla general las circunstancias modificatorias sólo suponen aumentos o disminuciones sobre la base del marco original.

Otro criterio, auxiliar del anterior y que resulta útil ante las imprecisiones terminológicas de la ley, consiste en verificar si el incremento de las penas o su disminución tienen para el juez el carácter de facultativos u obligatorios. De ser obligatorios, generalmente estaremos frente a una unidad valorativa independiente, calificada o privilegiada. Si sólo es facultativa, el delito será, en principio, circunstanciado, y no privilegiado o calificado.

Es importante destacar que los criterios mencionados sólo tienen un carácter orientador y, por tanto, no ofrecen una solución instantánea a las dudas sobre si se trata, en el caso concreto, de una calificante o privilegiante o si, en cambio, sólo se está ante una circunstancia modificatoria especial. La decisión última siempre obedece a criterios axiológicos, cuya dirección debe hallarse por la vía hermenéutica¹¹⁷.

¹¹⁶ Cfr. NOVOA MONREAL, o.c., II, p. 402.

¹¹⁷ La situación del aborto *honoris causa* es ilustrativa a este respecto. La rebaja prevista en el artículo 344 inciso 2° no sólo es obligatoria para el tribunal, sino que además implica una traslación del marco penal, que pasa de presidio menor en su grado máximo a presidio menor en su grado medio. A partir de un análisis lógico-formal, el aborto *honoris causa* podría considerarse una figura privilegiada. Sin embargo, un análisis sustantivo a la luz del bien jurídico afectado y de las formas de ataque sancionadas penalmente conduce a la conclusión de que no se trata sino de un accidente del delito –de una circunstancia– a la que el legislador ha querido dar un efecto más intenso en la determinación de la pena.

Cuando, sin embargo, la ley sólo prevé una agravación o atenuación facultativa de la pena, es muy difícil llegar a concluir que se trata de una figura calificada o privilegiada, aunque

Pues bien, la compensación racional sólo puede producirse respecto de las verdaderas circunstancias especiales¹¹⁸ y no respecto de las calificantes o privilegiantes, porque éstas han sido incorporadas por el legislador en el mismo tipo del delito de que se trata. Estas circunstancias han incidido ya en la *determinación legal de la pena y no pueden volver a considerarse en el ámbito propio* de la individualización judicial, por lo que dispone el artículo 63 del Código Penal. Cara a la ley, no se trata de "circunstancias" y, por lo tanto, no se refieren a ellas las normas de los artículos 66, 67 y 68 del Código Penal, que establecen la compensación racional.

Sin embargo, tanto las circunstancias comunes como las especiales admiten una segunda clasificación, según la intensidad de los efectos que producen. Así, las circunstancias pueden ser:

a) *De eficacia ordinaria*. Cuyos efectos se encuentran regulados de un modo general en los artículos 65 a 68 bis del Código Penal.

b) *De eficacia extraordinaria*. Son aquellas cuyos efectos se encuentran intensificados por normas especiales. Por ejemplo: entre las atenuantes comunes, las eximentes incompletas del artículo 11 N° 1 del Código Penal, en relación con el artículo 73, que obligan a aplicar la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley al delito en el cual concurren y la atenuante de menor edad, establecida en el artículo 72 inciso 1° del Código Penal; entre las agravantes comunes se encuentra la del mismo artículo 72, inciso segundo, que por sí misma obliga al tribunal a imponer la pena superior en un grado a la que hubiera correspondido a los responsables si no se hubieran prevalido de menores de dieciocho años en la perpetración del delito; entre las verdaderas circunstancias especiales hay muchas que surten un efecto extraordinario: la ya estudiada atenuante especial del artículo 142 bis, segunda parte; la del artículo 144 inciso segundo (violación de morada ejecutada con violencia o intimidación), que no es una figura calificada, según se aprecia del carácter facultativo que la ley da al incremento de las penas con respecto al inciso primero del mismo artículo; la del artículo 120 del Código Penal; la del artículo 366 del Código Penal; etc.

¿Se aplican a estas circunstancias de eficacia extraordinaria las normas sobre compensación racional?

Esta pregunta comprende a su vez dos problemas concurrentes:

a) Si las circunstancias de eficacia extraordinaria y las de eficacia normal se compensan racionalmente entre sí, y

b) Si la compensación racional opera entre las circunstancias extraordinarias de signo contrario.

Con respecto al primer problema es preciso decir que en todos los casos en que la ley prevé un efecto modificador más intenso para una circunstancia, lo hace con carácter imperativo y, por tanto, sustrayendo ese efecto a la regulación general de los artículos 65 a 68 bis del Código Penal. Lo que en consecuencia

impliquen una verdadera traslación del marco penal. Del carácter facultativo del aumento o disminución se desprende que los accidentes que sobrevienen al delito —y que surten el efecto de agravar o atenuar la pena— no forman con él una unidad valorativa, en la mente del legislador. Tal es el caso, por ejemplo, de la violación de morada ejecutada con violencia o intimidación (artículo 144 inciso 2° del Código Penal).

¹¹⁸ En contra, CERZO, o. c., II, p. 104.

corresponde hacer, es efectuar la compensación racional entre las circunstancias de eficacia normal y, una vez obtenido de esta forma el grado de penalidad, aplicar las rebajas o aumentos que la ley imperativamente atribuye a las circunstancias extraordinarias¹¹⁹. El artículo 449 del Código Penal dispone precisamente este modo de proceder en la agravación especial y extraordinaria –además de facultativa– que contempla: “Cuando la pena conste de dos o más grados el aumento establecido en el inciso primero se hará después de determinarse la pena que habría correspondido al reo con prescindencia de la expresada circunstancia”.

Cabría pensar, sin embargo, en una aplicación de la compensación racional restringida a las circunstancias de efectos extraordinarios. Sin embargo, los efectos de estas circunstancias están explícita y, en general, precisamente, establecidos en la misma ley, lo que cierra las puertas a una individualización ulterior a través de la compensación racional. Así ocurre, por ejemplo, en los dos incisos del artículo 72 del Código Penal. En la atenuante de menor edad prescribe que al menor delincuente “se le impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable”. En la agravante por prevalerse de un menor de dieciocho años, establece que “se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado”. Algo similar ocurre en el artículo 449 del Código Penal, que regula agravantes especiales y extraordinarias para los delitos de hurto y robo; en este caso, la agravación es facultativa para el tribunal, pero si se decide agravar, debe hacerse precisamente en un grado. Incluso cuando la ley otorga al juez cierto margen de apreciación prudencial, como ocurre en el artículo 73 del Código Penal, la entidad de la modificación no se establece en función de las demás circunstancias modificatorias concurrentes, sino en función de criterios inmanentes a la misma circunstancia en cuestión. En el caso del citado artículo 73, al número y entidad de los requisitos que faltan para eximir de responsabilidad penal y de los que concurren para hacer operativa la atenuación. Por lo tanto, cada circunstancia extraordinaria debe surtir su efecto propio, sin perjuicio de que, en la práctica, terminen compensándose. Sin embargo, esta compensación será de índole simplemente aritmética, sin responder a un análisis valorativo del juez, como ocurre en la compensación racional¹²⁰.

Por otra parte, no se puede pretender una solución de compromiso. La regla de los artículos 66, 67 y 68 del Código Penal opera o no opera, pero no es posible afirmar que opera sólo “en parte”. El punto es si la apreciación de estas circunstancias puede quedar librada a la determinación judicial o no. Y debe responderse que no, pues en tales casos, o existe una determinación legal exhaustiva y previa que el juez no puede lícitamente alterar, o bien la misma ley ha dispuesto los criterios específicos que el juez debe tener en consideración y estos criterios no guardan relación con las demás circunstancias concurrentes al hecho¹²¹.

¹¹⁹ En este sentido ETCHEBERRY, o.c., II, p. 199.

¹²⁰ Así, CÓRDOBA RODA y otros, o. c., pp. 270 a 273. En contra, estimando posible la compensación entre circunstancias extraordinarias de signo contrario, QUINTANO RIPOLLÉS, o. c., p. 492.

¹²¹ Finalmente, es oportuno agregar una consideración sistemática, que tiene validez para los dos problemas expuestos anteriormente: las normas sobre compensación racional de circunstancias están dadas para las circunstancias de eficacia ordinaria, según se desprende de su ubicación en los artículos 66 a 68 del Código Penal. Así, implícitamente, CURY, o.c., II, p. 392. Explícitamente, ETCHEBERRY, *ibid.*, loc. cit.

Cabe recordar, por último, que el problema de la compensación no se produce respecto de las atenuantes "muy calificadas", de que habla el artículo 68 bis del Código Penal. La razón estriba en que dicha norma exige la concurrencia de una sola atenuante —la que el juez puede considerar muy calificada— excluyendo la posibilidad de que concurran también agravantes, de modo que los presupuestos para que opere el artículo 68 bis son incompatibles con los necesarios para que entre en juego la compensación racional.

* * *

A lo largo de estas páginas hemos pretendido ofrecer un acercamiento —desde el ángulo de la compensación racional de circunstancias— a una parte de la problemática inherente al derecho de cuantificación de la pena. Pensamos haber puesto sobre todo en evidencia que se trata de un ámbito en el que se requiere de una mayor profundización por parte de la dogmática, cuyos esfuerzos debieran redundar en una efectiva juridización del proceso de medición judicial. Los factores que inciden en la cuantificación de la pena son muchos y usualmente ofrecen direcciones valorativas diversas, cuando no completamente opuestas. De manera que, si no se desea relegar la concreción del castigo a un lugar oscuro y desconocido, es preciso acometer la tarea ardua, pero fundamental, de construir un verdadero sistema de individualización conforme al derecho positivo vigente y a la naturaleza de las cosas.

Este trabajo constituye un esfuerzo parcial en este sentido. Después de considerar la medición judicial de la pena en sus principios fundamentales, hemos pretendido afirmar que entre el delito y la pena que se impone por él debe existir una razón de proporcionalidad. Esta proporcionalidad es la que permite establecer una conexión intrínseca entre los principales factores de individualización y los elementos constitutivos del delito. Sin embargo, de poco serviría tal correlación si no fuera posible, al mismo tiempo, jerarquizar tales elementos y los factores de medición correspondientes, con miras a ponderar la influencia relativa de estos últimos en el proceso de individualización. Por eso, nos hemos visto en la necesidad de formular un concepto material-funcional de delito a los efectos de la determinación judicial de la pena, para luego reconducir a sus elementos —previamente jerarquizados— esos factores de medición que conocemos como circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y que en el sistema chileno están revestidos de singular importancia. Así, después de definir el delito para los efectos de la individualización como "acto humano (libre) socialmente inadecuado", hemos dividido las circunstancias modificatorias entre aquellas que guardan primordial relación con el grado de libertad del sujeto, y aquellas que se refieren prevalentemente al disvalor del resultado. Son las primeras las que —de acuerdo a la especificidad de la función judicial y a la naturaleza de las cosas inevitablemente presente en la regulación legal— gozan de especial preferencia en el proceso de medición judicial de la pena. En lo que se refiere a la ponderación especial de las circunstancias atenuantes, y excepción hecha, quizá de su fundamentación en el derecho positivo, este estudio se ha limitado a recoger un punto de vista ya desarrollado en la doctrina.

Resulta de toda evidencia que la principal tarea que este trabajo deja pendiente, es el estudio pormenorizado de la fundamentación de cada una de las circunstancias atenuantes y agravantes. Pero no es la única. También es necesario ahondar en la significación global del fin preventivo a nivel de individualización y en el contenido y dirección de las demás valoraciones que el juez necesita realizar para determinar no sólo la pena exacta, sino también el grado de penalidad, cuya definición está lejos de obedecer a simples operaciones aritméticas.

Nos pareció conveniente incluir también un breve apartado sobre algunas cuestiones especiales que suscita el análisis de la compensación racional de circunstancias: la fundamentación del arbitrio judicial y la selección de las circunstancias susceptibles de compensación racional. Con todo, es necesario hacer constar que se trata de reflexiones preliminares, cuya maduración exige un estudio más acabado, en especial, de los criterios utilizados por la jurisprudencia en el control de la decisión individualizadora.