

## **Anteproyecto de Código Penal: hacia una racionalización de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El caso de las agravantes.\***

María Cecilia Ramírez Guzmán.

Magíster Derecho Penal y Ciencias Penales Universidad de Barcelona

[mcramirez.guzman@gmail.com](mailto:mcramirez.guzman@gmail.com)

### **Resumen**

El presente artículo analiza la propuesta del anteproyecto del Código Penal, elaborado por el Foro Penal, comisión convocada por el Ministerio de Justicia, en materia de circunstancias agravantes genéricas de responsabilidad penal. En primer lugar, presenta las características generales de las circunstancias modificatorias en el Código actual y su regulación en el anteproyecto, para luego centrarse en el análisis de la alevosía, el precio o recompensa o promesa y el ensañamiento, que representan el catálogo de agravantes de la propuesta. Finalmente, examina el destino de las circunstancias agravantes que no fueron incluidas en el anteproyecto.

### **Palabras Claves**

Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, agravantes, alevosía, precio, ensañamiento.

### **Abstract**

The present article analyzes the proposal of the draft of the Penal Code, elaborated by the Penal Forum, commission created by the Ministry of Justice, in matter of generic aggravating circumstances. It presents the general characteristics of the the circumstances modifying of liability in the actual Code and its regulation in the draft. Then de article analyzes the treachery, the payment, recompense or promise and the “ensañamiento”, that represent the catalogue of aggravating of the proposal. Finally, it examines the destiny of the aggravating circumstances that were not included in the draft.

### **Key Words**

Circumstances modifying- liability -aggravating-payment

### **Generalidades: el sistema del C.P. Aspectos críticos. Principales innovaciones**

---

\* Artículo recibido el 19 de junio de 2007 y aprobado para publicación el 16 de julio de 2007

En materia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal el actual Código del rubro, en adelante el Código, contiene un catálogo taxativo de circunstancias, denominadas genéricas en los arts 11, 12, y la mixta del art 13<sup>1</sup>. Además de éstas, el texto señala en el articulado de la parte especial, circunstancias particulares que se aplican a un delito o clase de delitos determinados. Son las denominadas circunstancias específicas, cuya particularidad es que inciden en la determinación de la pena de la misma manera que las circunstancias genéricas. Están sujetas a la regulación de los arts. 62 y siguientes, cobrando especial relevancia la regla de la inherencia contenida en el art. 63 siendo, además, posible compensarlas. Ejemplo de esta categoría serían las contenidas en el artículo 456 bis del código.

Pero existen otra clase de circunstancias, que se denominan especiales<sup>2</sup>, cuyo efecto incide en el marco legal aplicable, ya sea por la vía de modificar la pena directamente o el grado que se ha determinado judicialmente. En materia de atentados contra la propiedad, tal sería el caso del art. 456 del Código Penal.

El presente trabajo se centrará en el análisis de las circunstancias genéricas, haciendo mención de las especiales o específicas sólo a modo referencial.

El anteproyecto del nuevo Código Penal, en adelante el anteproyecto, mantiene básicamente una estructura similar a la expuesta<sup>3</sup>, pero con un cambio fundamental. Tratándose de circunstancias atenuantes, deja atrás el sistema de *numerus clausus* dando cabida a la atenuante por analogía, cuestión que venía siendo reclamada por la doctrina nacional<sup>4</sup>. De esta manera, se morigera la tan criticada rigidez del código en el proceso de determinación de la pena.

---

<sup>1</sup> Las circunstancias agravantes del C.P. chileno tuvieron como base el art 10 del C.P. español de 1850, con algunas innovaciones y excepciones en su fuente como la del art. 12 n° 6, que fue tomada del C.P. brasileño, según indicación del Sr. Abalos a la Comisión Redactora. Sesión 9ª, 21.05.1870 en RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel: *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*, Valparaíso: Edeval, 1974, p.259 y 260. Sobre la discusión de qué versión del texto punitivo español tomaron en consideración los comisionados chilenos para trabajar ver RIVACOBA, “Estudio preliminar”, en *Código Penal de, p. XIX*.

<sup>2</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 504 y 505.

<sup>3</sup> Art. 7 y 8 del anteproyecto contiene las circunstancias genéricas. Circunstancia específica, a propósito de los delitos de homicidio y lesiones, la constituye el empleo de cartas o encomiendas explosivas o armas de fuego del art. 91 n° 1 y 2 del anteproyecto. Como circunstancia especial se puede señalar la del art. 117 del texto para el caso de la devolución voluntaria y libre de daño de la persona secuestrada o menor sustraído.

<sup>4</sup> Por todos: MATUS, Jean Pierre. “Comentario al Artículo 11 del Código Penal”. En: POLITOFF, Sergio; ORTÍZ, Luis (directores). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. Coordinador: MATUS, Jean Pierre Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002. t. I, p. 168. En materia de agravantes, los miembros de la Comisión Redactora del C. P. se apartaron del modelo español que tuvieron a la vista, en que se permitía al tribunal aplicar por analogía otras agravantes, cuestión que se ha valorado positivamente por la doctrina nacional y que el anteproyecto mantiene, ver NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte*

Por otra parte, se abandona “la fatigosa” y asistemática enumeración de supuestos minorantes o agravantes<sup>5</sup>, optando por su simplificación y notoria reducción de los mismos<sup>6</sup>. En lugar de 10 atenuantes que el código actual contiene, el anteproyecto contempla seis, en materia de agravantes se limitaron a tres. En cuanto a la circunstancia mixta de parentesco, fue suprimida de la propuesta.

De una primera lectura, podría pensarse que el anteproyecto ha provocado un desbalance entre circunstancias atenuantes y agravantes, invirtiendo la relación numérica del CP (10 / 20), y que a favor del texto punitivo se podría señalar que eso no ocurre. Sin embargo, esta es una afirmación apresurada. Por una parte, el Código decimonónico, fiel a su inspiración liberal, otorga mayor relevancia en sus efectos a las atenuantes que a las agravantes<sup>7</sup>. Si bien las últimas figuran en un frondoso catálogo, éste no es aplicado en su totalidad<sup>8</sup>. Muchas de las agravantes se excluyen por la regla del artículo 63, como el art. 12 n°5 con respecto al homicidio calificado<sup>9</sup>, existen

---

*General*. 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. t. II, p. 42; CURY, Enrique: *Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición ampliada. Santiago: Editorial Universidad Católica de Chile, 2005, p. 497.

<sup>5</sup> KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Comentarios al Artículo 12 del Código Penal” En: POLITOFF, Sergio; ORTÍZ, Luis (directores). *Texto*, p. 187; NOVOA. *Curso*, t. II, p. 41; ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*, reimpresión de la 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004. t. II, p. 28; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Reimpresión de la 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. t. I, p. 199; CURY. *Derecho Penal*, p. 497.

<sup>6</sup> Esta tendencia a la simplificación del catálogo de circunstancias agravantes se observa en el Código penal español de 1995, sea porque se optó por suprimir algunos supuestos o por refundir en un solo caso, aquellas que se basan en el mismo fundamento. Ver VAELLO ESQUERO, Esperanza: “Aspectos problemáticos de la reincidencia. En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*. ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (directores). Cuenca: ediciones Universidad Castilla La Mancha-Salamanca. 2001, v.1, p. 1359. DÍAZ MORA, Rafael. *Derecho Penal General. Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre*. Madrid: Tecnos. 1996, p. 210-211.

<sup>7</sup> CURY. *Derecho Penal* p. 765.

<sup>8</sup> Fuensalida, entre otros, ya hacía presente esta situación en dos niveles. Por una parte, distinguía la agravación legal de la judicial, en el que para la existencia de la primera era preciso que hubiera “culpa especial” mientras que la segunda podía o no existir, según la naturaleza y circunstancia del delito, lo que los jueces sólo pueden considerar en cada caso concreto”. De otro lado, al analizar las circunstancias agravantes en particular, hace presente que la regla del art. 63 impide apreciar su configuración como sucede en el caso del abuso de fuerza, sexo o armas en relación al delito de violación, abandono de niños y personas desvalidas o bien porque corresponden a las agravantes judiciales. FUENSALIDA, Alejandro. *Concordancias y Comentarios al Código Penal Chileno*. Lima: Imprenta Comercial. 1883, p. 96, 102 y 107

<sup>9</sup> Otros casos de exclusión por la aplicación de la misma regla: la ignominia en los delitos que se atenta contra el honor, CURY. *Derecho Penal* p. 534, ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, t. II, p. 37; el abuso de confianza y el delito de apropiación indebida, CURY. *Derecho Penal*, p. 502; Art 12 n°6 en materia de delitos de violación, estupro y abuso sexual en RODRIGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Reimpresión de la primera edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 285; en este mismo sentido C.S 17.01.01 rol 2146-2000, excluye tal agravante de un delito de violación; C. de Ap. de Stgo. en s. de 2.01.2001, rol 79.310-2000, no aplica el art. 12 n° 12 en el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado por estimar que es inherente a la comisión de tal ilícito; C.S. 18.05. 1990, rol 27.918, no se acoge agravante del art. 12 n°6 tratándose de una víctima de avanzada edad por el mismo motivo. Cuello Calón hace presente que la agravante de astucia y fraude, serían inherentes a los delitos de estafa, falsificación y estupro por lo que en

problemas de interpretación sobre su alcance, por ejemplo el art. 12 n.º14<sup>10</sup>, o simplemente con la evolución del tiempo han caído en desuso o descrédito como ha sucedido con el art. 12 n.º 18<sup>11</sup>. Asimismo, algunas de las circunstancias agravantes contienen limitaciones injustificadas, que impiden o dificultan su apreciación<sup>12</sup>. Ante este panorama es dable señalar, que aun cuando se presentan en una significativa cantidad no acontece lo mismo en el momento de operar<sup>13</sup>.

Tal como lo anunciáramos en el título de esta presentación, de las circunstancias genéricas tomaremos como punto de partida para efectuar la comparación entre el articulado del anteproyecto con el Código, el caso de las agravantes, pues un estudio integrado excederá el propósito de esta presentación.

Sólo diremos algunas palabras con respecto a las atenuantes. Se observa nuevamente al igual que con las agravantes la mencionada racionalización del sistema, se incorpora como se señaló la atenuante de análoga significación, se intenta consignar en un solo numeral los supuestos que según Etcheberry corresponden a atenuantes fundadas en los móviles del agente<sup>14</sup>. Por otra parte, se superan -mediante referencia expresa- algunos problemas de interpretación en materia de eximente incompleta, irreprochable conducta anterior, ponerse a disposición de la justicia -ampliándose el ámbito de aplicación de ésta-, entre otras observaciones.

## 1. Las circunstancias que agravan la responsabilidad en particular

De acuerdo con el artículo 8 del anteproyecto son circunstancias agravantes:

---

éstos no se podría apreciar. CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal. Parte General*. 12<sup>a</sup> edición. Barcelona: BOSCH. 1956, t. I, p. 552

<sup>10</sup> Por todos KÜNSEMÜLLER. *Texto*, p. 208-211.

<sup>11</sup> Sobre la dificultad de conciliar el sentido de esta agravante con las garantías constitucionales, ver POLITOFF/MATUS/RAMIREZ. *Lecciones. P.G.* p. 519. En España el debate sobre la inconstitucionalidad de la cláusula agravatoria basada en el desprecio del sexo llevó a que ésta se suprimiera en la reforma al Código Español, Ley orgánica de 25 de junio de 1983 CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Teoría Jurídica del Delito/2. Segunda Reimpresión de la 1<sup>a</sup> edición. Madrid: Tecnos, 1994, t. II p. 150 -151. No justifica la existencia de la agravante del art. 12 n.º 6 ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, t. II p. 37 y GARRIDO MONTT. *Derecho Penal*, T.I, p. 223. En España, no obstante la ostensible reducción de circunstancias agravantes, se critica el haber mantenido aún algunas de ellas como la de abuso de confianza. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General* .2<sup>a</sup> edición. Navarra: Aranzadi. 2000,p. 738.

<sup>12</sup> Art. 12 n.º 1 y 5 C.P. La Comisión redactora del C.P. acordó limitarlo a los delitos contra las personas estimando que son los únicos en los que puede tener lugar. ETCHEBERRY. *Derecho Penal*. p. 43. Valorando críticamente esta restricción KÜNSEMÜLLER. *Texto*, p. 197; en materia de la agravante de empleo de fraude o disfraz, en sentido crítico, CURY. *Derecho Penal*, p. 531 y GARRIDO MONTT. *Derecho Penal*, T. I p. 222

<sup>13</sup> En este sentido, CURY. *Derecho Penal*. p. 498.

<sup>14</sup> ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, t. II, p. 191; Las atenuantes emocionales (pasionales) en CURY. *Derecho Penal*. p. 480.

RAMÍREZ, María Cecilia. “Anteproyecto de Código Penal: hacia una racionalización de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El caso de las agravantes”. *Polít. Crim.* n°4, 2007. A2. P. 1-22 [http://www.politicacriminal.cl]

“1° Cometerlo con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro.

2° Cometerlo por o mediante precio, recompensa o promesa

3° Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causándole padecimientos innecesarios para la ejecución del hecho, o emplear medios o hacer que concurran circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del delito.

El tribunal tomará o no en consideración estas circunstancias según la naturaleza y accidentes del delito”

### 1.1. Primera circunstancia: La alevosía<sup>15</sup>

#### a) *Concepto de alevosía*

En cuanto al concepto de alevosía, éste incluye al igual que en el código actual, la traición y el obrar sobre seguro, por lo tanto, se mantienen las observaciones que han efectuado sobre éstos la doctrina y jurisprudencia<sup>16</sup>.

Así, en términos jurisprudenciales, se ha sostenido que la traición “importa el ocultamiento de la intención verdadera del agente, presentar ante la víctima una situación con características distintas a las que realmente posee. Importa simulación, doblez en el agente, una actuación mañosa de su parte. Actuar sobre seguro es hacerlo creando o aprovechando oportunidades materiales que eviten todo riesgo a la persona del autor, sea que ese riesgo provenga de la posible reacción del sujeto pasivo o de terceros que lo protegen”.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Tal como en el código actual la alevosía es la primera circunstancia agravante del anteproyecto. Durante la tramitación del C. P., los miembros de la Comisión Redactora tomaron como referencia, como ya se señaló, el art. 10 del Código español, en el que la primera de ellas correspondía a la agravante de parentesco. Nuestro texto no la incorporó, sino que dio lugar a la circunstancia mixta de parentesco que puede operar como agravante o atenuante, según sea el caso, entregando esa decisión al juez. RIVACOBBA. *Código Penal*, p. 259. Sesión 123, 28.05. 1873. República de Chile. Revisación. *Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno*. Santiago: Imprenta de la República. 1873, p. 220.

<sup>16</sup> En atención a la descripción de la circunstancia sólo cabe la comisión activa, descartándose las hipótesis de omisión. SAGRERES DE ARAZENA, Iñigo. Comentario al artículo 22.1. En *Comentarios al Código Penal*. Dirigido por COBO DEL ROSAL, Manuel. Madrid: Edersa. 1999. p. 859. p. 831-910

<sup>17</sup> SCS 28.01.2003, rol 271-2003; C de A de Stgo. 30.09.1994, rol 16196-94, C de Ap de Concepción 13.05.1993, rol 14.755-92; C.S. 13.09.05, rol 5670-2004; C.S. 11.04.05, rol 885-2005; C.S 17.01.2001, rol 2146-2000. En sentencia de 10.08.2004, rol 2109-04, la C.S a propósito de un recurso de nulidad, afirma que la naturaleza objetiva o bien subjetiva de la alevosía, es una cuestión bastante debatida por la doctrina, “siendo una discusión bastante sutil”. En todo caso, al tenor de los hechos, aún cuando el tribunal oral no haya hecho expresa mención al ánimo del sujeto en la sentencia, se estima por la Corte suficiente la concurrencia del ánimo expreso de aprovecharse de esa indefensión para llevar a cabo su actuar. El agente atacó por la espalda a sus víctimas, en una iglesia, justo al momento de la comunión (C° 18). Más jurisprudencia sobre el concepto y naturaleza de esta circunstancia en ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal en la Jurisprudencia. Parte General*. Reimpresión 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2002, t. I, p. 419-426. Cerezo Mir caracteriza a la alevosía como una agravante de tendencia precisamente por la necesidad de que concurra, además, un elemento subjetivo. CERZO MIR. *Curso*, p. 121. Discrepa de esta posición De la Matta, para quien basta el conocimiento y voluntad del sujeto de aprovecharse de la circunstancia que describe el precepto. En cambio considera que corresponde a una figura de resultado cortado. DE LA MATTA, Norberto. Comentario al artículo 22.1. En *Comentarios al Código Penal*. Dirigido

Sobre la naturaleza de la circunstancia se ha dicho que es insuficiente que se presenten objetivamente los requisitos que la configuran, precisándose el aprovechamiento de las mismas por el hechor. Ésta también parece ser la consideración preponderante en la jurisprudencia y, en este aspecto, la propuesta no innova<sup>18</sup>.

El agente tiene que conocer los presupuestos de la alevosía y prevalerse de ello. Los casos de error que pueda éste padecer, siguen las reglas dadas por el anteproyecto sobre la materia, cobrando especial relevancia la que no permite apreciar las circunstancias no conocidas por el hechor, que agravan la responsabilidad, pero sí aquellas que la atenúan.<sup>19</sup> Hacemos presente que es altamente improbable concebir un caso de error tratándose de la traición, mas no así en el obrar sobre seguro, si el sujeto yerra en los presupuestos que lo configuran.

#### b) *Ámbito de aplicación*

Como se señaló el concepto que el anteproyecto da sobre lo que por alevosía ha de entenderse, se mantiene en los mismos términos que el empleado en el Código Penal, con la muy importante salvedad que no se restringe sólo a los delitos contra las personas. Para una mejor inteligencia de las consecuencias de esta modificación, analizaremos, en primer lugar el sentido que esta indicación tiene en el texto actual para, luego, compararlo con el anteproyecto y el estado en que quedaría.

La limitación de la alevosía a los delitos contra las personas, originaria del Código<sup>20</sup>, ha traído aparejada una serie de problemas de interpretación, que no sólo se predicen de la misma, sino que se hace extensiva a otras circunstancias que comparten el carácter alevoso y que cuentan con idéntica restricción<sup>21</sup>. Tal es el caso, por ejemplo, la del art 12. n°5 segunda parte “empleo de astucia fraude o disfraz”.

---

por COBO DEL ROSAL, Manuel. Madrid: Edersa. 1999 p.805 y 813. p. 800-830. En el mismo sentido de este autor SAGRERES DE ARAZENA. *Comentario*, p. 831-910.

<sup>18</sup> SCS 26.09.1990; PAC 30.06.1982, RDJ taxis (1982), N° 2 (mayo-agosto), SEC 4.GARRIDO MONTT. *Derecho Penal*, p. 241; BUSTOS, Juan. *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: ARA Editores. 2004, t. I, p. 1199.; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición. Montevideo-Buenos Aires: editorial B. de F Lledo, 2004 p. 618; RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal Español. Parte General*. 17ª edición revisada y puesta al día. Madrid: DYKINSON. 1994, p. 727; DEL ROSAL, Juan. *Comentarios a la doctrina Penal del Tribunal Supremo Español*. Zaragoza: Aguilar. 1961, p. 24.

<sup>19</sup> Art. 3 inciso final del anteproyecto: “Las circunstancias desconocidas por el sujeto no se considerarán para agravar o calificar su responsabilidad penal, pero si para atenuarla o privilegiarla”.

<sup>20</sup> Sesión N° 122 de la C.R. En FERNÁNDEZ, Pedro Javier. *Código Penal de la República de Chile*, Explicado y Concordado. Segunda edición. Santiago: imprenta, litografía y encuadernación Barcelona. 1899, p. 109. El texto del Código español que sirvió de fuente a esta circunstancia, a saber el art. 10, 2º, decía: “ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro” sen FUENSALIDA. *Concordancias*. p. 96.

<sup>21</sup> Para Del Río, en la alevosía esta restricción es de toda lógica puesto que, según sus palabras, el legislador supone que es de la naturaleza de los delitos contra las cosas. DEL RIO, Raimundo. *Derecho*

La primera cuestión que obliga despejar es el alcance de la expresión delitos contra las personas: ¿se refiere a los contemplados en el título VIII del libro II del Código? ¿Qué pasa con aquellos delitos complejos, en que además resulta lesionada la vida o integridad física de las personas?

Pareciera existir consenso en responder afirmativamente el primer cuestionamiento.<sup>22</sup> Así también lo resuelve la jurisprudencia nacional<sup>23</sup>.

Con respecto al segundo, las opiniones se dividen. Cury estima que no habría inconveniente en aplicar esta agravante en delitos que por la “abrazadera del tipo” se lesiona la vida o integridad corporal, señalando a modo de ejemplo los arts. 140 inc 2º, 141 inc 3º, 142 nº1 letra b) este último modificado, 372 bis y 433 nº1<sup>24</sup>.

---

*Penal. Parte General.* Santiago: Editorial Nascimento. 1935, t. II, p. 219. Con respecto a este punto nada dice Fuensalida, quien sí lo analiza –como otros autores, entre ellos Del Villar, Etcheberry- a propósito de la premeditación, la que estima inherente a cierta clase de delitos como las falsificaciones por lo que no se puede apreciar en virtud del Art 63. FUENSALIDA. *Concordancias*, p. 101; DEL VILLAR, Waldo: *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Cursos. Valparaíso: Edeval, 1985, p. 250; ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, t. II, p. 29 y 43.

<sup>22</sup> CURY. *Derecho Penal*. p. 519. Como muy bien destaca este autor no es efectivo que se aplique a todos los delitos que contiene el título, siendo irrelevante por ejemplo en los ataques contra el honor. SCS 27.03.03., rol 4490-02, sentencia comentada por MAÑALICH, Juan Pablo. “Determinación de la Pena”. En *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Comentario de la Jurisprudencia del Año 2003. Corte Suprema. Tribunal Constitucional.* n° I, 2004, p.243-270, p. 253.

<sup>23</sup> C. de Ap Stgo, 14.01.91, rol 6758-90

<sup>24</sup> CURY. *Derecho Penal*, p. 518-519. En este sentido también NOVOA *Curso*, t. II p. 46, quien sin embargo, descarta esta posibilidad con respecto de la premeditación; asimismo, Labatut, invocando razones de defensa social. En LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal.* Actualizada por J. Zenteno. 9ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995, t. I, p. 221. GARRIDO MONTT. *Derecho Penal*, p. 239; CUELLO CALÓN. *Derecho Penal*, t. I, p. 546; Partidario de una interpretación material por sobre una meramente formal a propósito de una sentencia del TS que la aplica a un delito complejo, se manifiesta CERESO MIR, José. *Curso*, p. 121. QUINTANO RIPOLLÉS. *Compendio de Derecho Penal.* Adaptado al programa de oposiciones de la Escuela Judicial. Madrid: editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. I, p. 332. También comprendiendo a los delitos complejos CORDOBA RODA, Juan; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal.* Reimpresión 1ª edición. Barcelona: ARIEL. 1976, p.1976. Por su parte, Antón Oneca, considera que la restricción del Código español de entonces a delitos contra las personas, quedaba corta ante los delitos complejos que engloban ataques contra la vida e integridad corporal, que no quedarían comprendidos. ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal.* 2ª edición. Anotada y corregida por José Julián Hernández y Luis Beneytez. Madrid: AKAL Iure. 1986, p. 389. Mir Puig explica que el significado de delitos contra las personas se entendía como referido a los contenidos en el Título VIII del libro II del C.P., esto es vida humana dependiente y aborto. Como el C.P de 1995 no tiene una rúbrica delitos contra las personas debiera comprender los atentados contra las personas en su realidad física corporal y no extenderse a todos los delitos contra los particulares. MIR PUIG., *Derecho Penal*, p. 619. En el mismo sentido, RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al artículo 22.* En *Comentarios al Código Penal.* RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo Director. BARREIRO, Jorge. Coordinador. Madrid: CIVITAS, 1997, p.121. p.120-152. LANDECHO VELASCO, Carlos; MOLINA BLÁSQUEZ, Concepción. *Derecho Penal Español. Parte General.* 6ª edición. Madrid: Tecnos.2000.p. 426. Partidario de una interpretación estricta de la cláusula delitos contra las personas, aunque no de una estrictamente formal se manifiesta de la Matta, quien abogando por un criterio material, en la línea de Cerezo Mir, lo hace extensivo a los delitos que comprometen bienes

De los supuestos indicados por este autor, existe texto expreso que hace extensible las circunstancias n° 1 y 5 del art. 12 a los casos en que se emplea violencia en los delitos de robo y hurto, nos referimos al art. 456 bis inciso penúltimo, por lo que por esa vía queda comprendido el art. 433.

En cuanto a los otros casos, habría que analizar en qué situación se encuentran y cuál ha sido el análisis que sobre estas figuras se ha hecho.

Tratándose del art 372 bis, pero a propósito de si cabe cometer este delito tanto con dolo como con culpa, Rodríguez Collao destaca, que éste no es un delito que se encuentre tipificado entre aquellos contra las personas, por lo que no le es aplicable la regla de los art 490 y siguientes sobre los cuasidelitos -los que expresamente señalan: “en los delitos contra las personas”- siendo insuficiente la comisión imprudente para su imputación<sup>25</sup>.

Si el argumento de este autor toma en consideración la ubicación del tipo penal en el código, estimamos que se debiera asumir toda las consecuencias de interpretación que de ello se derivan como que tampoco se podría configurar la agravante del art. 12 n°1 o del n°5. Sin embargo, el citado profesor no considera relevante para excluirlas del delito del art. 372 bis la locución delitos contra las personas, el rechazo a su aplicación va por otro derrotero<sup>26</sup>.

En sentencia de 19.12.2000, Rol: 2394-00, la CS acoge expresamente la agravante de alevosía tratándose del art 372 bis. Este fallo hace énfasis en el carácter complejo del hecho, al señalar que el autor cometió un delito de violación del art. 361, al momento de dictarlo el 362, y un delito de homicidio del art. 391 penado con la regla del primero de éstos, puesto que resultó “establecido que el hechor, accedió carnalmente por vía vaginal a la menor y con ocasión de dicho accionar, en el mismo momento, y para consumarla, presionó el cuello de la ofendida hasta producirle la muerte por asfixia”.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido uniforme en el tratamiento de los delitos complejos y su relación con esta agravante. La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 19.05.2003, rol 5394-2003, ha rechazado la agravante de alevosía tratándose del tipo de incendio causando muerte, argumentado precisamente que :“Como en la especie se ha acusado por la autoría en un delito de incendio, que no es de aquellos comprendidos en la parte del Código Penal que trata de los delitos contra las personas, no es posible

---

jurídicos de carácter personal como le robo violento; pero en su opinión no debiera extenderse a delitos que aún atentando contra este clase de bien permanecían fuera de la rúbrica del título VIII del antiguo Código Penal. DE LA MATTA, Norberto. *Comentario*, p.823.Una aplicación restringida al antiguo título VIII del Código Penal, cuatro primeros títulos, en QUINTERO OLIVARES, *Manual*, p. 732

<sup>25</sup> RODRIGUEZ COLLAO. *Delitos Sexuales*, p. 274.

<sup>26</sup> RODRIGUEZ COLLAO. *Delitos Sexuales*, p. 275.



considerar que se esté en presencia de uno tal por la sola circunstancia de haberse seguido la muerte de un ser humano con motivo del incendio”<sup>27</sup>.

Los otros ejemplos propuestos por el profesor Cury, tienen que ver con el secuestro del inciso 3 del art. 141 y la sustracción de menores. No deja de llamar la atención que en el caso del secuestro cite ese inciso.

Hicimos mención que en materia de delitos contra la propiedad, hurto y robo, el art. 456 bis inciso penúltimo extiende el ámbito de aplicación de la alevosía, como también del n° 5 del art. 12 a los supuestos en que se ha ejercido violencia sobre las personas. Pues bien, corresponde ahora preguntarse por la situación de aquellos delitos en que se hace uso de ésta, en los que no se regula expresamente este punto y la violencia empleada no alcanza a cobrar significación autónoma. ¿Qué pasa con el delito de violación –arts. 361, 362-o abuso sexual<sup>28</sup>?

En rigor no son delitos contra las personas, y por lo tanto, se encuadrarían en la crítica efectuada por Künsemüller, a raíz de la limitación a los delitos contra las personas que hace el art. 12 n°5, cuya segunda parte comparte caracteres de la alevosía<sup>29</sup>. Este autor hace presente que alguna jurisprudencia ha extendido el ámbito de aplicación de la agravante del n°5, más allá de los delitos del título VIII libro II, a atentados contra la libertad o integridad personal; cita a estos efectos, SCA de Stgo. 03. 03.1985<sup>30</sup>.

Esta sentencia corresponde a un robo con violación, en que los atacantes se cubrieron el rostro con toallas para no ser reconocidos por la víctima y su acompañante. Sin embargo, es necesario recordar que para este supuesto existe la mencionada regla del art. 456 bis inciso penúltimo y que por esa vía se ha producido dicha extensión. De esta manera, la pregunta sigue vigente en los términos planteados<sup>31</sup>.

No es infrecuente que se invoque la agravante en cuestión para esta clase de atentados. Los tribunales suelen desestimarla señalando, en muchos casos, que no se ha logrado acreditar.

---

<sup>27</sup> El Tribunal Supremo español también excluyó la agravante de alevosía fundándolo en este mismo argumento en sentencia de 29.11.1887. En RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal Español*, p. 727 nota 23. En esta misma nota los autores hacen presente que en otros casos el máximo tribunal español la ha aplicado a un delito de robo con homicidio a pesar de la restricción legal.

<sup>28</sup> Tratándose de la agravante de empleo de astucia, fraude o disfraz, la Corte Suprema descartó su aplicación en un delito de abuso sexual, argumentando que no se trataba de un delito contra las personas, puesto que por el hecho de estar restringida a esos delitos, por expresa disposición legal, no correspondía considerarla. C.S 14.04.2005, rol 960-2005.

<sup>29</sup> Ver nota 12.

<sup>30</sup> GJ N° 59, p. 101 citado por KÜNSEMÜLLER, *Texto*, p. 197

<sup>31</sup> Ejemplos de las distintas líneas de interpretación, pero a propósito de la premeditación que también está limitada en el texto legal a los delitos contra las personas pueden verse en: C.S 8.01.1951; C.S 28.07.1953; C de Ap de Stgo 6.06.1951; C.S 23. 07.1952 en *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Penal y Leyes Complementarias*, 2ª edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1996, p. 42.

Existe empero, una sentencia de nulidad en la que el recurrente impugna la configuración de ésta en un delito de violación, aduciendo que es un delito contra la libertad sexual. La Corte rechaza el recurso, en una resolución bastante discutible por lo demás. Con respecto a la alevosía afirma su procedencia, en atención a que la violación, además de ser un atentado contra la libertad sexual es también un delito contra las personas<sup>32</sup>.

c) *Toma de posición sobre el texto actual: significado de “delitos contra las personas”*

Según el tenor de la agravante del Código, nos parece claro el sentido que tiene la expresión delitos contra las personas: aquellos contemplados en el Título VIII del libro II, no teniendo cabida en otros delitos<sup>33</sup>. Por consiguiente, no se podría aplicar a los supuestos de delitos complejos, aún cuando hubiese resultado de muerte imputable al autor dolosa o culposamente. El mismo criterio vale para las lesiones cuando aquellas cobran significación autónoma agravando la hipótesis simple de otro delito (generalmente las del art 397 n°1, 396, 395).

Por muy buenas razones que existan de orden material para incluir las hipótesis de delitos complejos, estimamos que la interpretación de los tipos penales debe ser estricta, más aun si el propio texto punitivo atribuye un sentido preciso a la expresión.<sup>34</sup>

d) *Situación en el anteproyecto*

Con la redacción del anteproyecto, al no restringir la alevosía a los delitos contra las personas, se superaría el problema interpretativo ya explicado, quedando la aplicación de la agravante regulada por las reglas generales que rigen la materia, en especial los artículos 44 y 45 de la propuesta<sup>35</sup>. No significa, por lo tanto, que se amplíe irrestrictamente su campo de operación.

---

<sup>32</sup> C. de Ap Temuco, 30.03.04, rol N° 121-2004, conociendo de recurso de nulidad en causa RUC 0300170078-1, RIT 03-2004.

<sup>33</sup> siempre y cuando sea compatible con el delito en particular. Ver nota 38.

<sup>34</sup> En palabras de Bustos, la interpretación analógica, la ley penal y la política criminal se fundan en un mismo objetivo: dar más garantía al ciudadano. BUSTOS. *Obras Completas*, t. I. p. 588

<sup>35</sup> Art 44: No producirán el efecto de incrementar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

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

Art 45 : Las calidades y circunstancias que consisten en la disposición moral del sujeto, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, sólo surtirán efecto de aumentar, disminuir o excluir la pena respecto de los autores, inductores o cómplices en quienes concurran, sea que integren la descripción legal del hecho punible o que sólo constituyan circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Cuando tales calidades o circunstancias personales constituyen el fundamento de la ilicitud del hecho punible, a aquellos partícipes en quienes no concurran, se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la que les correspondería según las reglas generales, siempre que hayan tenido conocimiento de ellas antes o en el momento de la comisión del delito o de su cooperación al mismo.

No cabe duda que corresponderá considerarla en los delitos contra las personas –por supuesto que respetando las reglas generales, que la excluirían por ejemplo del homicidio calificado–, ya no sería objeto de discusión las hipótesis de delitos complejos, que provoquen dolosa o culposamente, según lo permita o no la descripción legal, resultados de muerte o lesiones de consideración. En estas hipótesis, no se plantearía el problema de una eventual analogía in malam partem.

Sin embargo, estimamos que no tendría aplicación en un homicidio perpetrado a propósito de la comisión de otro delito-el equivalente a los delitos complejos del código cuando se da muerte a una persona- en atención a la pena asignada: reclusión mayor en su grado máximo<sup>36</sup>. Esta es la sanción del homicidio calificado, artículo al que se hace expresa remisión, en la que la agravante de alevosía constituye una de sus circunstancias<sup>37</sup>. Por lo tanto, la disvaliosidad de ella, ya estaría comprendida en el quantum de la sanción.

Si consideramos que no tiene cabida en estos delitos, con mayor razón se excluyen los supuestos del último inciso del art 82, esto es, si se comete con motivo u ocasión de un secuestro, sustracción de menores, tortura, robo, o violación, en que la pena se impone en el máximum<sup>38</sup>.

En cuanto a los otros delitos complejos, en los que el hechor ha perpetrado lesiones de consideración, esto es lesiones del n°1 o 2 del art 87 del anteproyecto<sup>39</sup>, nos parece que a

---

Las circunstancias que consistan en la realización material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, surtirán efecto únicamente respecto de los que tengan conocimiento de ellas antes o en el momento de la comisión del hecho o su cooperación al mismo.

<sup>36</sup> Art 82 del anteproyecto: La misma pena del artículo anterior se impondrá cuando el homicidio se perpetrare con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, antes o en el acto de cometerlo, para facilitar su ejecución, o después de cometido, para favorecer su impunidad.

Cuando el homicidio se cometa con motivo u ocasión del secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación, se impondrá el maximum de la pena.

<sup>37</sup> Art 81 del anteproyecto: la pena será de reclusión mayor en su grado máximo para el que mate a otro concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

*Primera:* alevosía

*Segunda:* por o mediante premio o promesa remuneratoria

*Tercera.* Con ensañamiento, aumentado inhumana y deliberadamente el dolor al ofendido.

<sup>38</sup> Ver nota 36

<sup>39</sup> Art 87. El responsable del delito de lesiones será castigado:

1°. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si se produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, impotencia, pérdida o impedimento de algún miembro importante, deformidad notable, o alguna grave enfermedad transmisible e incurable

2Con la de reclusión menor en su grado medio a máximo, si le produce al ofendido una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales, que no alcancen la entidad de las señaladas en el número anterior.

diferencia de los supuestos anteriores, la regla del art 88 del texto, sí da margen a la apreciación de esta circunstancia<sup>40</sup>.

Con respecto a los restantes delitos y su relación con la alevosía, podemos sostener, en una primera aproximación, que se podría considerar la agravante, en todos aquellos casos que se comprometa la seguridad de las personas, su vida e integridad corporal, sea por la vía de la lesión efectiva o puesta en peligro, aunque directamente se atente contra un bien jurídico diferente como ocurre en los delitos de violación o el secuestro<sup>41</sup>.

Evidentemente esto no significa su aplicación automática, sino que tan solo un presupuesto para su estimación. En este sentido, es importante tener presente que en el sistema del Código actual, la alevosía no tiene lugar con respecto de todos los delitos del título VIII del libro II, pues como destaca Cury: “carece de relevancia en los atentados contra el honor” o bien se deja de aplicar por las reglas de los delitos en particular<sup>42</sup>.

Estimamos que para estos efectos, con el tenor de la nueva redacción, cobrará mayor relevancia aún, perfilar la naturaleza de la alevosía y su alcance; especialmente, desde la perspectiva del desarrollo jurisprudencial<sup>43</sup>.

En todo caso, en el anteproyecto el tribunal tiene la facultad de tomar en consideración o no, esta circunstancia, según la naturaleza y accidentes del delito.

Esta regla, no es del todo nueva en materia de circunstancias modificatorias en nuestro ordenamiento punitivo. En efecto, la agravante del art 12 n° 12 del Código Penal, esto es ejecutar el delito de noche o en despoblado, inciso final efectúa idéntica prevención. En atención a ello, y con el objeto de una mejor comprensión de la cláusula general del anteproyecto, haremos una sintética revisión del significado que en el Código actual le

---

<sup>40</sup> Art 88: A no ser que corresponda imponer una pena conforme a lo dispuesto por el artículo 53 de este Código, si las lesiones se perpetran con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, antes o en el acto de cometerlo, para facilitar su ejecución, o después de cometerlo, para favorecer su impunidad, el responsable será castigado por todos los delitos cometidos:

1° Con el máximo de la pena señalada si se trata de alguna de las lesiones comprendidas en el número 1 del artículo anterior,

2° Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo si las lesiones fueran de las comprendidas en el número 2°,

3° Con la pena de reclusión mayor en su grado medio cuando, tratándose de cualquiera de las lesiones señaladas en el artículo anterior, se perpetren con motivo u ocasión de la comisión de secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación.

<sup>41</sup> Una interpretación restrictiva podría plantear que no se aplica a esos restantes delitos y que sólo se amplió al ámbito de los delitos complejos. Sin embargo, parece que ese no es el propósito de la modificación.

<sup>42</sup> CURY. *Derecho Penal*, p. 519. CORDOBA RODA/RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*. p. 553. DE LA MATTA. *Comentarios*, p. 823.

<sup>43</sup> En materia de otras concurrencias, distintas a las que se presenten con las figuras complejas, vale decir, entre esta agravante y figuras especiales, el anteproyecto despeja bastante la situación al no incluir el delito de parricidio. Sobre la relación de esta circunstancia con el delito de parricidio. Ver. ETCHEBERRY. *Derecho Penal*. II, p. 68.

atribuyen al inciso final del número 12, art 12, la doctrina y jurisprudencia para luego compararlo con el texto del anteproyecto.

e) *Facultad del tribunal para apreciar la circunstancia según naturaleza y accidentes del delito*

Con relación a la circunstancias de despoblado o nocturnidad, art 12 n° 12 del Código, se suele afirmar que comparten la naturaleza de la alevosía, representada en palabras de Etcheberry por “la búsqueda de la impunidad o el aprovechamiento de las condiciones más seguras o favorables es su razón de ser”<sup>44</sup>. En consecuencia, tal como sucede en aquella agravante, en ésta tampoco resulta suficiente la presencia de los presupuestos objetivos para su configuración, sino que se requiere además del prevalimiento del hechor<sup>45</sup>.

El profesor Etcheberry explica esta característica a través de la prevención que hace el legislador: “Por tal motivo, la ley advierte que no en todo delito estas circunstancias agravan la responsabilidad penal, sino en aquellos en que por su naturaleza y circunstancias se advierte que ellas han contribuido a favorecer la comisión del delito o la impunidad del delincuente”<sup>46</sup>. Para ilustrar este aserto, señala como ejemplos el giro doloso de cheque y la falsificación de moneda en los que resulta irrelevante el momento –noche o día- y lugar –poblado o despoblado- para su perpetración; pero agrega, además, los casos en que estas circunstancias son inherentes al delito como el abandono de niños en lugar solitario o el incendio de edificio fuera de poblado<sup>47</sup>.

Si el inciso final del número 12, comprendiera todos los ejemplos indicados por este autor, nos enfrentamos al problema que acabaría siendo redundante, al menos en cuanto a la exclusión de las circunstancias inherentes al delito, puesto que esa situación está regulada con carácter general por el art 63 del Código Penal. En cambio, los dos primeros ejemplos sí nos parece que obedecen al sentido de la disposición, como lo explicaremos más adelante.

Por otra parte, si la razón de ser del inciso final del citado precepto, estuviese en la necesidad de destacar la búsqueda de impunidad por parte del hechor, cómo comienza

---

<sup>44</sup> ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, II, p. 40. En el mismo sentido, KÜNSEMÜLLER. *Texto*, p. 206. CREZO MIR. *Curso*, p. 135; GARRIDO MONTT. *Derecho Penal*. T. I, p. 230. En atención a que esta agravante requiere que se debilite efectivamente la defensa del ofendido por el delito o facilite su impunidad, elementos que aprovecha el hechor, Mir Puig valora positivamente la modificación efectuada por el C.P de 1995 en esta materia, que cambia la nocturnidad o despoblado por el tiempo, lugar o auxilio de terceros si son aprovechadas por el agente con las finalidades indicadas. MIR PUIG. *Derecho Penal*, p. 620-621

<sup>45</sup> CS 11.04.2005, rol 885-2005; C.S 3.07.2001, rol 1432-01; C de Ap Valpo 29.07.2004, rol 1748-2004.

<sup>46</sup> ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, II, p. 40; en este mismo sentido NOVOA, *Curso*, II, p. 64

<sup>47</sup> ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, II, p. 40.

RAMÍREZ, María Cecilia. “Anteproyecto de Código Penal: hacia una racionalización de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El caso de las agravantes”. *Polít. Crim.* n°4, 2007. A2. P. 1-22 [http://www.politicacriminal.cl]

explicándolo Etcheberry, ¿por qué no se cuenta con igual disposición a propósito de la alevosía, en la que esta ausencia no obsta a que se comprenda así?<sup>48</sup>.

Nos parece que se trata de cuestiones distintas. El prevalimiento del hechor es parte de la naturaleza de la agravante, de tal suerte que no es dable apreciarla sin éste<sup>49</sup>. En consecuencia, creemos que el inciso final del número 12 no se refiere a ello. Cómo tampoco estaría concebido para descartar los casos de circunstancias inherentes a la comisión del delito, pues esa función la cumple el art 63 del Código Penal<sup>50</sup>. Entonces, ¿cuál sería su razón de ser?. Pues bien, consagrar una regla de prescindencia para aquellos delitos que, como apunta Cury, por su “naturaleza o las circunstancias no implican ventaja alguna la ejecución nocturna y en despoblado”<sup>51</sup>. Se trataría de supuestos en que el delito en cuestión hace irrelevante la nocturnidad o el despoblado, independientemente de la tendencia del hechor. Siendo así, cobran pleno sentido los ejemplos dados por Etcheberry sobre el giro doloso de cheque y falsificación de moneda.

En la propuesta de anteproyecto, la facultad del tribunal para apreciar o no una determinada circunstancia, según naturaleza y accidentes del delito, art 8 inciso final del articulado, se aplica a diferencia de lo que ocurre en el código actual que sólo comprende una de ellas, a las tres agravantes del catálogo.

La regulación general de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en el anteproyecto, comprende, entre otras cosas, las situaciones de inherencia a las que hemos hecho alusión<sup>52</sup>. Por lo tanto, consideramos que esta facultad dada a los jueces, corresponde a una regla de prescindencia, fuera de la regulación general de las circunstancias modificatorias, en los términos explicados para la agravante de nocturnidad y despoblado, y que se concibe para los casos de irrelevancia. De esta manera, pasa a desempeñar una notable función político criminal, que le permitiría al tribunal no dar lugar a la circunstancia, en todas aquellas situaciones en que a su juicio, aplicando el criterio anterior, no tenga sentido agravar la pena.

---

<sup>48</sup> En la línea del profesor Etcheberry de comprender el inciso final del número 12 como el aprovechamiento del sujeto o la búsqueda de impunidad se observa en algunas sentencias. C.S. 23.01.2003, rol 4880-2002 (considerando noveno sentencia de Juzgado de garantía contra la cual se recurrió de nulidad).

<sup>49</sup> PACHECO, Francisco. *El Código Penal Concordado y Comentado*. Madrid: imprenta de Santiago Saunaque, t. I, 1848, p. 249.

<sup>50</sup> Entendemos que los jueces para apreciar una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, siempre tienen que considerar la naturaleza y accidentes del delito, puesto que a ello lo obligan los art 62 y siguientes del Código Penal. De lo contrario no podrían, por ejemplo, determinar si una circunstancia es inherente o no al delito o si forma parte de los medios empleados para realizarlo.

<sup>51</sup> CURY. *Derecho Penal*, p. 539. En este sentido Labatut señala que la circunstancia en comento no tiene importancia en todos los delitos ni en todas las eventualidades, de ahí que el Código faculte al tribunal para apreciarla o no. LABATUT. *Derecho Penal*. T. I p. 227. Precisamente, como señala un autor español, los elementos accidentales tienen su razón de ser en que su concurrencia es causa de una mayor o menor gravedad del hecho. De allí que si por la naturaleza del delito, su perpetración de noche no influye en absoluto en su gravedad, no podrá estimarse. RODRIGUEZ DEVESA/SERRRANO GÓMEZ. *Derecho Penal*, p. 735

<sup>52</sup> Art 44 del anteproyecto: Ver nota 35.

Asimismo, en el inciso final de art 8 se podría avalar el criterio esbozado aquí, a propósito del ámbito de aplicación de la alevosía, que si no se cumple el presupuesto de afectación o puesta en peligro de la seguridad o salud de las personas, la agravante no tendría lugar<sup>53</sup>. Se podría, por lo tanto, prescindir de ella.

Por otra parte, consideramos que esta regla, que hemos denominado de prescindencia, junto a la minorante de análoga significación, puede flexibilizar positivamente el sistema de aplicación de pena. Además, ayudaría a solucionar los casos límites de configuración de la agravante.

Por último, una observación meramente formal: de una primera lectura, del inciso final donde se contiene esta regla, pudiera entenderse que la aplicación se refiere a la agravante de ensañamiento y por circunstancias se alude al sufrimiento de la víctima o a la ignominia. No es ese el sentido de la disposición. Sería preferible optar por una redacción que no diera lugar a duda sobre su acertada inteligencia, como numerar las circunstancias que comprende, vale decir, la 1ª, 2ª y 3ª.

## 1.2. La Segunda Agravante: Premio, recompensa o promesa

Al igual que la agravante anterior, en términos generales se mantiene en el catálogo del anteproyecto de manera muy similar al Código actual, el premio, recompensa o promesa. La novedad está dada porque se agrega expresamente la palabra “por”, de tal manera que la circunstancia queda concebida al siguiente tenor: cometerlo (el delito) por o mediante premio, recompensa o promesa. Se intenta zanjar por esta vía, la discusión sobre el alcance de la misma, haciéndola extensiva tanto al mandante como al mandatario del hecho punible<sup>54</sup>.

<sup>53</sup>

Art 8 inciso final: el tribunal tomará o no en consideración estas circunstancias, según la naturaleza y accidentes del delito.

<sup>54</sup> NUÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. 1961, t. III, p. 50; POLITOFF, Sergio, BUSTOS, Juan, GRISOLÍA, Francisco. *Derecho Penal Chileno. Parte Especial Delito Contra el Individuo en sus Condiciones Físicas*. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1993, p.121; LABATUT. *Derecho Penal*. T. I, p. 222; ETCEBERRY. *Derecho Penal*, t. III, p. 64. GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*. t. I, p. 219 y en t III, p. 58; LABATUT, *Derecho Penal*, t. II, p. 166. En España, según lo que señala Quintero Olivares se sostiene unánimemente que sólo alcanza a quien recibe el dinero. QUINTERO OLIVARES, *Manual*, p. 735; BUSTOS, Juan. *Obras Completas*. t. I, p. 1200. Mir Puig sostiene que según el tenor del Código de 1995, el que cambió la redacción de la agravante en que se empleaba la frase “cometer el delito”, en que era posible incluir al inductor, por la expresión “ejecutar el delito” no cabe extender la agravante a otra persona que no sea el autor material. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 622. Sigue el argumento de este autor. DE LA MATTA, Norberto. Comentario al artículo 22.3. En *Comentarios al Código Penal*. Dirigido por COBO DEL ROSAL, Manuel. Madrid: Edersa.1999, 953; 941-961. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal Español*, p. 743. Cuello Calón, siguiendo a Antón Oneca le parece más acertado también extenderla sólo a quien recibe el dinero. CUELLO CALÓN. *Derecho Penal*, p. 547. RODRIGUEZ MOURULLO. *Comentarios*, p. 136.

En cuanto a la naturaleza de la prestación, a diferencia de la calificante de homicidio nada dice que deba ser de índole pecuniaria, quedando entregado a la interpretación<sup>55</sup>. Nuestra doctrina tiende a considerar, que no se limita a este último. Sin embargo, existen importantes razones para restringirla a dicha calidad<sup>56</sup>.

En todo caso, para estimarse esta agravante se requiere el acuerdo previo en la recepción del precio, recompensa o promesa. La dádiva posterior es irrelevante, como también el hecho que nunca se materialice el pago<sup>57</sup>.

En cuanto a la naturaleza de la agravante, la propuesta no presenta novedades con respecto al tratamiento del actual Código. Rigen las reglas del artículo 45 del anteproyecto sobre la comunicabilidad de la misma a los partícipes<sup>58</sup>.

Existen escasos ejemplos de jurisprudencia en que se haya acogido esta agravante. Künsemüller cita un fallo en que, en definitiva según lo indica el autor, se desestimó la agravante por existir otros móviles para cometer el delito<sup>59</sup>.

Nos parece en todo caso, que la agravante no es incompatible con la existencia de otras motivaciones del agente.<sup>60</sup>

---

<sup>55</sup> Sobre la calificante del homicidio ver en POLITOFF/BUSTOS / GRISOLÍA. *Derecho Penal*, p. 123. No requiere que se trate de premio promesa de carácter pecuniario: LABATUT. *Derecho penal*, t.I p. 222; GARRIDO MONTT. *Derecho Penal*, t. I, p. 226; ETCHEBERRY. *Derecho Penal*. t.II, p. 35. Si se compara la agravante, art 8 ACP con la calificante del homicidio, art 81, 2ª, nos encontramos con que no quedaron completamente homologadas, salvo en la primera parte en que ambas emplean las palabras “por o mediante”:

Art 8 ACP: Son circunstancias que agravan la responsabilidad penal:

2ª Cometerlo por o mediante precio, recompensa o promesa

Art 81 ACP circunstancia segunda:

Por o mediante premio o promesa remuneratoria

<sup>56</sup> En este sentido QUINTERO OLIVARES. *Manual*, p. 735. Afirmando el carácter pecuniario de ésta BUSTOS. *Obras Completas*, t. I p. 1201. NUÑEZ. *Derecho Penal*, p. 37; Mir Puig, en cambio, destaca que no necesariamente tiene que tener un carácter económico, incluye los honores o estímulos profesionales. MIR PUIG. *Derecho Penal*, p. 623.; Quintano Ripollés incluye toda promesa donde la motivación sea egoísmo crematístico, excluye las promesas amorosas. QUINTANO RIOLLÉS. *Compendio*, p. 334. Carrara estima que en la circunstancia del homicidio calificado es indiferente la naturaleza del premio o promesa. CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*. Traducción José Ortega y Jorge Guerrero. Bogotá: Temis. 1957, v. 1, & 1195, p. 245. No necesariamente debe tener un carácter económico afirma RODRIGUEZ MOURULLO. *Comentarios*, p. 134.

<sup>57</sup> CURY, *Derecho Penal* p. 520. Fuensalida señala que la agravación opera tanto por dinero recibido u ofertado, FUENSALIDA, *Concordancias*. 97. PACHECO *El Código Penal*, p. 234.

<sup>58</sup> Ver nota 35.

<sup>59</sup> KÜNSEMÜLLER. *Texto*, p. 192. Otro caso de jurisprudencia: C.S. 8.07.1997, rol 574-97.

<sup>60</sup> CURY. *Derecho Penal*, p. 520 Ver QUINTANO RIPOLLES, *Compendio*; p.451. A propósito de los atentados sexuales, sostienen algunos autores que la agravante de precio, recompensa o promesa no es incompatible con el ánimo lúbrico que guía al hechor. En ORTS BERENGUER, Enrique; SUÁREZ- MIRA RODRIGUEZ, Carlos. *Los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch.



### 1.3. La tercera circunstancia: el ensañamiento

Si bien en el Código vigente esta agravante se encuentra en el catálogo de circunstancias genéricas, también constituye una calificante del homicidio. Sin embargo, ambas no están concebidas en idénticos términos. Así mientras el ensañamiento del art 12 se refiere a aumentar el mal del delito, en el art 391 n°1 está expresado como el dolor del ofendido. Para ilustrar mejor las diferencias, Politoff señala que la calificante no tendría cabida, si se trata de actos sobre el cadáver, cuyo propósito es satisfacer deseos perversos del hechor o de otra índole –no el ocultamiento de cuerpo- pero sí se podría recurrir a la agravante genérica por lo de aumentar el mal al delito<sup>61</sup>

La mayor parte de jurisprudencia que se ha hecho cargo de esta agravante, lo realiza al tenor de delito de homicidio calificado. Así, a modo de ejemplo, en sentencia de 30.10 de 1991, la Corte Suprema ha señalado que existe tal, por el hecho de arrastrar a una persona atado de sus pies a un vehículo por un camino pedregoso, varios metros, después de golpearlo. Otros ejemplos de estos supuestos son tratados por Politoff/Matus/Ramírez, en los que se destaca el elemento subjetivo en el actuar del sujeto, una búsqueda deliberada e inhumana de dolor. En atención a ello, se descarta si se ha procurado aliviar la víctima o si la conducta tiene como objetivo asegurar la muerte del sujeto pasivo y no su mayor aflicción, o es el único medio para darle muerte.<sup>62</sup>

En el texto del anteproyecto, el ensañamiento es la agravante que mayores novedades presenta, desde el punto de vista de su redacción. En primer lugar, debemos destacar que ya no se trata del único supuesto del texto punitivo: aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución, sino que la agravante comprende la innecesidad del sufrimiento de la víctima y, por otra parte, añadir la ignominia, ya sea mediante el empleo de medios o a través de las circunstancias.<sup>63</sup>

Una primera cuestión que llama la atención, es que la agravante del anteproyecto emplea la expresión víctima y no ofendido<sup>64</sup>. En cambio, la calificante del homicidio en la propuesta

---

2001, p. 69. Garrido Montt sostiene que no necesariamente debe ser la única motivación del sujeto, pero sí el factor decisivo en su actuación. GARRIDO MONTT. *Derecho Penal*, t. I, p. 207

<sup>61</sup> POLITOFF, BUSTOS, GRISOLÍA. *Derecho Penal Chileno.*, p. 127.

<sup>62</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial.* 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 67-68. Más ejemplos en ETCHEBERRY, Alfredo: *El Derecho Penal en la*, t. I, p. 429-432. RODRIGUEZ MOURULLO. *Comentarios*, p. 141.

<sup>63</sup> Como puede apreciarse correspondería a uno de los casos de fusión en una agravante de distintos numerales del actual Código, así el art 12 n° 4 y el n°9. Según lo que señala Novoa, ambas obedecen a un mismo fundamento, la diferencia estaría dada en que en el ensañamiento se añade un mayor daño material, en cambio, en la ignominia, un mayor daño moral. NOVOA. *Curso*, t. II, p. 61. CURY. *Derecho Penal*, p. 533; ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, t. II, p. 37; KÜNSEMÜLLER. *Texto*, p. 203.

<sup>64</sup> Art 81, homicidio calificado del ACP, circunstancia 3ª: “Con ensañamiento, aumentando inhumana y deliberadamente el dolor del ofendido”.

conserva la última denominación. ¿Tiene esta diferenciación alguna consecuencia? ¿Podría entenderse que la voz víctima está empleada según nomenclatura del C.P.P 2000?

Consideramos que esta dualidad de términos se debe a una inadvertencia y que no debiera suscitar mayores problemas, estimando que en ambos casos se refiere al ofendido por el delito. En cuanto al concepto del CPP 2000, el inciso primero del art 108 coincide con el señalado acá y también con el empleado por anteproyecto en la calificante. En todo caso, sería preferible uniformar la denominación.

El sufrimiento es el dolor o aflicción del sujeto pasivo, que el hechor ha añadido en la comisión del delito, sin que hubiese sido necesario emplearlo para su perpetración<sup>65</sup>. Debe tratarse de una situación buscada de propósito por el agente de ahí que sea deliberado<sup>66</sup>. De esta manera, la formulación del anteproyecto se hace tributaria de las observaciones, que sobre el punto han efectuado por la doctrina y jurisprudencia nacional, tanto para la calificante del homicidio como la agravante genérica del Código<sup>67</sup>.

Con todo, es preciso señalar que la agravante del anteproyecto tiene un ámbito de aplicación más limitado que la del texto normativo actual, en esta primera parte. En efecto, mientras éste se refiere al sufrimiento de la víctima, el Código la concibe como el aumento del mal del delito a través de la causación de males innecesarios para su ejecución. En la propuesta se excluyen todos aquellos padecimientos que no impliquen aflicción de la víctima. En este sentido el texto del anteproyecto se asemeja más a la actual calificante del delito de homicidio<sup>68</sup>.

Si el autor actúa en la inadvertencia de estar provocando ese padecimiento, estaría en un supuesto de error, al que se le debe aplicar la regla del art 3 inciso final de la propuesta<sup>69</sup>.

Con respecto a la segunda parte de la agravante, esto es añadir ignominia a los efectos propios del delito, sea empleando medios o haciendo que concurran circunstancias, nos

---

<sup>65</sup> LABATUT. *Derecho Penal*, II, p. 166; PACHECO. *Código Penal*, p. 237; FUENSALIDA. *Concordancias*, p. 99; KÜNSEMÜLLER. *Texto*, p. 194; CURY: *Derecho Penal*, p. 530; ETCHEBERRY quien además agrega que el término deliberado importa que debe haber habido un actuar reflexivo, tranquilo excluyéndose los males que provienen del ímpetu criminal o de una errónea creencia de su necesidad para cometer el delito, *Derecho Penal*, II, p. 44; QUINTERO OLIVARES, *Manual*, p. 737;

<sup>66</sup> En este sentido KÜNSEMÜLLER, *Texto*, p. 194. LABATUT. *Derecho Penal*. T. I, p. 223. CUELLO CALÓN. *Derecho Penal*, p. 549. QUINTANO RIPOLLÉS. *Compendio*, p. 34

<sup>67</sup> C de Ap Concepción, 02.08.51 RDJ, t. 48, sec 4º, p. 155; SCS 29.05.35, GJ 1935 N°61, p. 280 en KÜNSEMÜLLER, p. 194; CS 17.01.2001, rol 2146-2000, en que la Corte sostiene que el número de puñaladas inferidos a la víctima es insuficiente para afirmar la presencia de ensañamiento si es que no se logra demostrar que ha obedecido a un acto deliberado de causar otros males.

<sup>68</sup> Sobre las implicancias de la diferente redacción del art 12 n° 4 y el art 391 circunstancia 4º ver POLITOFF, BUSTOS, GRISOLÍA. *Derecho Penal*, p 126-127.

<sup>69</sup> Ver nota 19.

parece que se trata de un supuesto diferente, aún cuando relacionado<sup>70</sup>. En efecto, es posible concebir situaciones en que se aumenta el sufrimiento a la víctima, pero que no conlleven ignominia y vice-versa.

La ignominia según la definición de la RAE<sup>71</sup> es la afrenta pública, con lo que de inmediato surge la interrogante si sólo se ha de considerar cuando la humillación o vejación presente ese carácter<sup>72</sup>. Si es así, habría que determinar si se entiende referido al lugar de comisión del hecho, calle o plaza, o a que éste sea presenciado por terceros, aún cuando tenga lugar en un recinto privado. O más aún, si es posible considerarla cuando existe sólo la afectación íntima de la víctima.

Nos parece que la ignominia no está referida al lugar de comisión del hecho, por lo que sería indiferente dónde éste se perpetre. Más discutible sería el caso en que la afrenta no es pública, en tal caso podría, si existe el aumento de sufrimiento requerido, reconducirse a la primera parte de la circunstancia.

Si nos parece fuera de toda duda que la humillación no tiene que recaer necesariamente sobre la víctima del delito, en el ejemplo de Fuensalida del marido que es obligado a presenciar la violación de su mujer<sup>73</sup> sería perfectamente concebible la agravante incluso si la ofendida ignora que el acto está siendo visto por su cónyuge<sup>74</sup>.

Con respecto a esta circunstancia, también se aplica la regla, al igual que en la alevosía y el precio o promesa, de apreciarla o no, según la naturaleza y accidentes del delito.

## **2. Destino de las agravantes suprimidas del Anteproyecto**

En este apartado, nos referiremos sintéticamente a lo que ocurre con las agravantes que se suprimieron.

---

<sup>70</sup> En España, según Quintero Olivares, se ha admitido en la agravante de ensañamiento las vejaciones no violentas, por medios morales, lo que no le parece mal, pero estima que sería preferible ubicarlos en un delito autónomo de trato degradante. QUINTERO OLIVARES. *Manual*, p. 737. Labatut se refiere a la ignominia como el ensañamiento moral. LABATUT. *Derecho Penal*, t. I, p. 226. Garrido Montt, señala en esa línea que mientras el ensañamiento es de carácter material la ignominia lo es de carácter moral limitada al honor, dignidad y decoro. GARRIDO MONTT. *Derecho Penal*. t. I, p. 226

<sup>71</sup> Diccionario de la Lengua española. Real Academia Española, 21 edición, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

<sup>72</sup> Etcheberry señala que es la deshonra o vergüenza pública en ETCEBERRY. *Derecho Penal*, II, p. 37, en el mismo sentido NOVOA. *Curso*. t. II, p. 61.

<sup>73</sup> FUENSALIDA. *Concordancias*, p. 105. Ya Pacheco empleaba este ejemplo, para el caso del art 10 n° 12 del Código español, para explicar los medios por los cuales puede tener lugar. PACHECO. *Código Penal*, p. 247. GARRIDO MONTT. *Derecho Penal*, p. 225

<sup>74</sup> KÜNSEMÜLLER. *Texto*, p. 203. CURY. *Derecho Penal*, p. 533. PACHECO. *Código Penal*, p. 247.

Al comienzo de esta presentación, hicimos mención que, no obstante, el extenso catálogo de agravantes del código, no todas contaban con una efectiva aplicación por las razones que allí se indicaron. Por lo tanto, la supresión de ellas obedece a la necesidad de racionalizar el sistema de circunstancias modificatorias actualizándolo, según las valoraciones vigentes. En este caso se encontrarían los números 5, 6, 8, 10, 13, 17,18, 19, del art 12 del C.P.

Por otra parte, en el actual Código Penal existen agravantes, que no obstante consagrarse en diferentes numerales comparten el mismo fundamento. Son consideradas muchas de ellas especificaciones, modalidades de otras, por lo que, en la medida que se incluyan en el anteproyecto las agravantes, que contienen los fundamentos generales, éstas no perderán vigencia. En esta situación se encontraría la alevosía con relación a varias circunstancias del actual catálogo como la de empleo de astucia fraude o disfraz<sup>75</sup>, abuso de confianza<sup>76</sup>, abuso de superioridad de fuerza<sup>77</sup>, el obrar en despoblado o la nocturnidad<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> CURY *Derecho Penal* p. 532; ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, t.II, p. 37; C de Ap de Stgo 30.09.94 rol 16.196-94; Novoa destaca que en algunos casos estos ardidés pueden importar traición, siendo así ese mismo hecho no podría servir para que, además, se le impute la alevosía. NOVOA. Curso, t. II, p. 58. PACHECO. *Código Penal*, p. 241. GARRIDO MONTT. *Derecho Penal*, t. I, p. 222. BUSTOS. *Obras Completas*, t. I, p. 1204. DE LA MATTA. *Comentarios*. 826. En los delitos contra las personas el empleo de disfraz entra en conflicto con la alevosía, sostiene ANTÓN ONECA. *Derecho Penal*, p. 403. Apartándose de la línea de este último autor, en razón de que la alevosía supone siempre una relación personal entre ofensor y ofendido, lo que no sucede con el empleo de disfraz RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal Español*, p. 728-730. Como una modalidad de la alevosía, pero no necesariamente una repetición la considera Quintano Ripollés, en atención a que la alevosía anula la defensa, pero en ésta hay una merma considerable. En esta misma relación cuantitativa con la alevosía se encontrarían las circunstancias de abuso de superioridad y la de confianza. QUINTANO RIPOLLÉS. *Compendio*, p. 346. Rodríguez Mourullo considera que el empleo del disfraz queda absorbido por la alevosía si ha sido exclusivamente empleado para asegurar la ejecución y evitar riesgos de una posible defensa. RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios*. 127.

<sup>76</sup> CURY *Derecho Penal* p. 517; C.S. 17.07.02, rol 1289-2002; C de Ap de Stgo 30.09.94 rol 16.196-94. Como una modalidad de abuso de confianza trata a la agravante de empleo de astucia o fraude QUINTANO RIPOLLÉS. *Compendio*, p. 349. Declara su incompatibilidad con la alevosía DE LA MATTA. *Comentario*. p. 826.

<sup>77</sup> CURY. *Derecho Penal* p. 528. Este autor estima que ejecutar el delito con gente armada es una agravante no del todo semejante a la alevosía, sin embargo, sería incompatible con ésta. En CURY. *Derecho Penal*. p. 537. Alguna jurisprudencia estima que ejecutar el delito con auxilio de gente armada sí se confunde con la alevosía, siendo en todo caso incompatibles. Cde Ap Stgo, 30.09.94, rol 16.196-94; ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, t. II, p. 37; KÜNSEMÜLLER, *Texto y*, t. I, p. 199. Para diferenciar el abuso de superioridad de la alevosía, ambas circunstancias vigentes en el actual Código Penal español, el Tribunal Supremo ha señalado que en el primero –al que califica de alevosía de segundo grado–no está completamente anulada la capacidad de defensa de la víctima. En QUINTERO OLIVARES. *Manual*, p. 734. Bustos destaca que la línea de diferenciación entre el abuso y la alevosía estaría dada en que esta última es clandestina; en cambio, el abuso no. De esta manera, critica la jurisprudencia, que se refiere a la circunstancia agravante de abuso de superioridad como alevosía de segundo grado: para este autor ambas circunstancias son iguales en sus efectos, pero existe una diferencia conceptual. BUSTOS. *Obras Completas*, t. I, p. 1205. La alevosía se llega a confundir con el abuso de superioridad sostiene CUELLO CALÓN. *Derecho Penal*, p. 552

<sup>78</sup> CURY. *Derecho Penal*, p. 539; ETCHEBERRY. *Derecho Penal*, t. II, p. 40; KÜNSEMÜLLER, *Texto*, t. I, p. 206, C.S 17.07.02, rol 1289-2002. Con respecto a la agravante de obrar en despoblado o nocturnidad, Pacheco afirmaba que tanto ésta como la de ejecutarlo con auxilio de gente armada tiene como fundamento el tratar de asegurarse la impunidad. PACHECO, *Código Penal*, p. 250. Para Cuello Calón el

RAMÍREZ, María Cecilia. “Anteproyecto de Código Penal: hacia una racionalización de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El caso de las agravantes”. *Polít. Crim.* n.º4, 2007. A2. P. 1-22 [http://www.politicacriminal.cl]

Asimismo, por la vía de las agravantes específicas pueden estar contempladas en determinadas clases de delitos como acontece con el uso de arma de fuego o de encomiendas o cartas explosivas u otros medios que puedan ocasionar estragos o dañar a otras personas para el caso de los delitos de homicidio o lesiones; abuso de autoridad o confianza en el caso de delitos sexuales. También para esta clase de atentados se considera circunstancia específica el uso de violencia o intimidación.

Con respecto a la agravante de reincidencia propia e impropia, es un tema que debe ser abordado en el contexto general de la propuesta, puesto que se estima una materia de alta sensibilidad social. En todo caso, la propuesta recoge el sentir mayoritario de la doctrina nacional, la que estima dudosa su compatibilidad con un derecho penal contemporáneo<sup>79</sup>. En el evento de conservarla, en opinión de algunos autores, el tratamiento más ajustado a su naturaleza sería en sede de medidas de seguridad<sup>80</sup>.

En atención a todos los problemas asociados que la reincidencia conlleva, justificaría en sí misma un análisis por separado. Ese no es el propósito de este trabajo, sino que hacer una presentación del tratamiento de las agravantes en general en el anteproyecto del Código Penal

A nuestro juicio, la derogación de esta agravante debiera explicarse conjuntamente con los ajustes que el anteproyecto formula a los procedimientos de aplicación y ejecución de las penas. Si la propuesta, en esa evaluación ha sido capaz de articular tales procesos teniendo a la vista la necesidad de ejecución de las mismas con los anhelos de resocialización, significaría que se ha dado un paso adelante. Al menos ésta ha sido su motivación.

Como esta es una valoración pendiente, centrándonos ahora en la reincidencia, sería recomendable tener presente los lineamientos dados por Beccaria sobre la suavidad de las

---

obrar de noche se integra con la alevosía, si el sujeto perpetra el hecho con el fin de cometer el delito sin riesgo propio o de aminorarlo. CUELLO CALÓN. *Derecho Penal*, p. 556. Para Quintano Ripollés lo hará en la medida que anule por completo la capacidad de defensa del ofendido. Sostiene, además, que por participar de la misma naturaleza, al igual que obrar en despoblado, se pudo haber ahorrado. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio*, p.353- 354. DE LA MATTA. *Comentarios*. p. 826.

<sup>79</sup> KÜNSEMÜLLER, Carlos. “La Circunstancia Agravante de Reincidencia”. *Gaceta Jurídica*, N.º211, AÑO, p. 65 y 71. p. 61-71. KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Política Criminal y Reincidencia”. *Anales de la facultad de Derecho. Universidad de Chile*. N.º2. Quinta Época. 2005. p.135- 139. p. 121-141. GARRIDO MONTT. *Derecho Penal*. t. I, p. 207. CURY. *Derecho Penal* p. 508. POLITOFF, Sergio. *Derecho Penal*. 2ª edición actualizada. Santiago: Conosur-LexisNexis. p. 190; RIVACOBBA y RIVACOBBA, Manuel. “El principio de Culpabilidad en el Código Penal Chileno”. *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal Chileno*. Valparaíso: Edeval. 1975, p. 49.

<sup>80</sup> ETCHEBERRY. *Derecho Penal*. T. II, p. 30; NOVOA. *Curso*. p. 73-76. CURY. *Derecho Penal*. p. 508. KÜNSEMÜLLER. “Política Criminal”. p 141.

RAMÍREZ, María Cecilia. “Anteproyecto de Código Penal: hacia una racionalización de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El caso de las agravantes”. *Polít. Crim.* n°4, 2007. A2. P. 1-22 [<http://www.politicacriminal.cl>]

penas. No es el rigor del castigo lo que disuade al delincuente, sino la certeza de su pronto cumplimiento<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. 3ª edición. Introducción Nódier Aguadelo Betancour. Bogotá: Temis. 2003, p. 38-39.