



Universidad de Valparaíso.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Escuela de Derecho.

INFORME FINAL

TESINA

*“Análisis Crítico de la tendencia a la flexibilización de las
Circunstancias Agravantes de la Responsabilidad Penal”*

PROFESOR GUIA: WALDO DEL VILLAR B.

ALUMNOS: DANIELA CASTRO BORK

EMILIO ESTAY VALENZUELA

ÍNDICE

I. Aspectos previos	4
1.1 Síntesis del problema a investigar.	4
1.2 Abstract	4
1.3 Palabras Claves.	4
II. Objetivos de la Investigación.	5
2.1Objetivos Generales.	5
2.2Objetivos Específicos.	5
III.Introducción.	6-8
IV. Capítulo I: Conceptos generales y previos para comprender la investigación.	
4.1 La Responsabilidad Penal.	9
4.2 Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal	9
V. Capítulo II: Enumeración actual de las agravantes.	14
5.1 Generalidades de nuestro sistema.	14
5.2 Sistemas de Consagración de Agravantes.	15
5.3¿Cuál es el criterio para dividir estos tres sistemas?	15
5.4 El modelo o sistema presente en Chile.	17
5.5 ¿Cuál es el problema que genera este sistema?	
Proyección en la determinación de la pena.	18
VI. Capítulo III: Situación en el Derecho Comparado.	19
6.1 Análisis Global de los sistemas utilizados en diferentes países.	19

6.2 Situación especial, Código Penal Español.	20
VII. Capítulo IV: Análisis crítico de argumentos que fundamentan el cambio del sistema de consagración de agravantes en nuestro país.	22
7.1 Argumentos a favor de la flexibilidad.	22
7.1.1 Situación en el Derecho Penal Juvenil.	23
7.1.2 La aparición en la legislación reciente de las agravantes genéricas de responsabilidad penal.	24
7.2 Argumentos en contra de la flexibilidad.	27
7.2.1 Legalidad o tipicidad del sistema punitivo chileno.	27
7.2.2 Exclusión de las analogías en materia de agravantes.	30
7.2.3 Establecimiento de agravantes genéricas como respuestas a procesos sociales o mediáticos, con injerencia en la política criminal.	33
7.2.4 Obligatoriedad en cuanto a la apreciación de las Circunstancias.	36
7.2.5 La cultura jurídica chilena y sus consecuencias en la discrecionalidad de la función jurisdiccional en el ámbito penal.	37
7.2.6 Principio de la proporcionalidad: La posible violación a dicho principio por la amplitud y flexibilidad de las agravantes de la Responsabilidad Penal.	40
7.2.7 Anteproyecto de Código Penal del año 2005.	41
VIII. Conclusión.	49
IX. Bibliografía.	53

I. Antecedentes previos.

1.1 Síntesis del problema a investigar:

¿Es conveniente o no la sustitución del actual sistema de consagración de agravantes de Responsabilidad Penal del Código Penal Chileno? Críticas a la tendencia doctrinal de la flexibilización.

1.2 Abstract

El sistema de consagración actual de agravantes de la Responsabilidad Penal de nuestro Código, ha sido considerado por gran parte de la doctrina como un sistema de enunciación casuística, que no cumpliría con la finalidad de seguridad jurídica que le dio origen. Esta doctrina ha caracterizado la redacción del artículo 12 del Código Penal como casuística y a veces inconexa, creando innumerables dificultades hermenéuticas, de aplicación jurídica y que no van de acuerdo a principios jurídicos y de equidad, que debiesen informar a las agravantes.

Hoy existe en el Derecho Comparado una tendencia a la flexibilidad en esta materia, asunto que algunos autores han recomendado aplicar en nuestro país, él que posee un sistema “numerus clausus”. Es por esto que utilizando diferentes argumentos intentaremos sostener que aquel cambio no es pertinente para nuestro ordenamiento punitivo, toda vez que no contamos con nuestras instituciones jurídicas debidamente preparadas para dicha transmutación.

1.3 Palabras claves de la investigación:

Circunstancias Modificadorias de la Responsabilidad Penal – Agravantes de Responsabilidad Penal - Sistema de consagración en el Código Penal Chileno – Argumentos a favor de la Flexibilidad – Argumentos en contra de la Flexibilidad- Art. 17 Ley de fomento a la NO discriminación y uniones de hecho.

II. Objetivos de la investigación.

2.1 Objetivo general.

Pretendemos con esta investigación aportar al desarrollo de la discusión doctrinaria presente en nuestra doctrina nacional sobre la racionalización o cambio en el sistema de consagración de las agravantes de Responsabilidad Penal, asunto que se enmarca en la teoría del delito, parte de la dogmática penal que estudia las circunstancias modificatorias de dicha Responsabilidad Criminal.

2.2 Objetivo específicos.

Analizar de forma breve los conceptos, la naturaleza, los antecedentes históricos de las circunstancias modificatorias y de Responsabilidad Penal.

Realizar un análisis detallado del sistema de consagración de las circunstancias modificatorias agravantes, comunes a todos los delitos, establecido en nuestro artículo 12 del Código Penal y dar a conocer los argumentos doctrinales en los que se funda este tipo de enumeración, tanto a favor como en contra del sistema de consagración actualmente utilizado por el Código de la materia.

Examinar el sistema de consagración de las circunstancias modificatorias agravantes de nuestro Código y la forma en que este tipo de consagración influye en la práctica, y en el desarrollo de la actividad de los operadores jurídicos, comparando el sistema usado por el código punitivo con otros cuerpos normativos, en especial con el español, cubano y mexicano, para establecer las diferencias y beneficios de adoptar este sistema de consagración en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Analizar los argumentos a favor y en contra de cambiar la forma o sistema de consagración de las agravantes de responsabilidad criminal de nuestro Código Penal.

Estudiar el artículo 17 de la nueva ley de fomento a la No discriminación, la forma general

en que esta agravante se encuentra consagrada y la amplitud respecto a las conductas que cubre o de las cuales agrava la responsabilidad, estableciendo con este análisis detallado, que será el principal argumento de nuestra investigación, la tendencia actual en esta materia, es decir, la flexibilidad y los problemas que podría causar el tipo de consagración de las agravantes.

III. Introducción.

La práctica judicial presenta, sin duda alguna, diversos problemas para los operadores jurídicos del ámbito penal y más específicamente del proceso vigente penal; jueces, fiscales y defensores se encuentran en su actividad con las más variadas esferas del derecho, que se caracterizan, por una escasa regulación o una que no se condice con los principios del sistema penal, como son: la legalidad, el principio garantista, la prohibición de analogías, la tipicidad, la equidad y la justicia, a los que deben apuntar dicho sistema.

Dentro de la teoría del delito y más específicamente, dentro de la Responsabilidad Penal nos encontramos con la institución de las circunstancias modificatorias, específicamente, con el sistema de agravación de las penas. Institución que por lo demás posee un rol trascendental e importante en la determinación de la pena y que se plantea en la práctica de los operadores jurídicos penales como un elemento crucial, en la actividad jurisdiccional penal y como elemento valorativo, destacando incluso que fiscales, jueces y defensores realicen un abuso en el uso de estos elementos.

La doctrina penal ha criticado hace ya algunos años la inoperancia e incluso la ilegalidad de ciertas agravantes, como por ejemplo; el profesor Bustos criticaba la consagración de la alevosía, como agravante de responsabilidad criminal, en el sentido que en todos los delitos el sujeto activo lógicamente tiende a asegurar la conducta que realiza y buscar el mayor grado de indefensión de la víctima, denotando que en todos los delitos existirá la alevosía y es inoperante su consagración como elemento accidental. (Bustos y Hormázabal, 2003, p.403).

Lo mencionado antes evidencia la problemática existente en nuestro sistema penal y en la determinación de las penas, como ejercicio del poder punitivo del Estado.

Si en verdad postulamos o enarbolamos, como bandera de conquista, la concretización del principio garantista, como máxima informante y estructural de nuestro sistema penal, debemos cuestionarnos como instituciones, entre ellas el sistema de consagración de las agravantes, que no irían de acuerdo a este principio y se alejan de principios reinantes, en

todo el Derecho, como son la equidad y la justicia.

Advirtiéndolo, ciertamente, que la forma que utiliza nuestro Código Penal, también obedece a ciertas características, propias de nuestra tradición jurídica, y que va de acuerdo a las necesidades y particularidades de nuestra idiosincrasia legislativa.

En nuestro país tenemos una enumeración taxativa y casuística, en materia de agravantes, que propende a asegurar el cumplimiento de la legalidad o tipicidad penal, el de seguridad jurídica, el no uso de analogías penales, y que evidencia cierta desconfianza a la discrecionalidad, de los que ejercen la función jurisdiccional.

En la siguiente investigación pretendemos analizar nuestro sistema de consagración de circunstancias modificatorias, desde una perspectiva crítica, considerando sus falencias y beneficios, dando a conocer como, ordenamientos jurídicos foráneos, han resuelto este problema y entregando una fundamentación jurídica, destacándose, entre los argumentos más importantes, la forma en que se están consagrando agravantes, recientemente incorporadas a nuestra legislación punitiva, de la tendencia hacia la flexibilización en esta materia y los problemas que se han planteado por esta misma forma de agruparlas. Estableceremos algunas de las consecuencias que tendrían, en nuestro ordenamiento jurídico penal, la transformación o cambio hacia la flexibilidad, considerando siempre el otro peso de la carga en la balanza de la justicia, como podrían ser eventuales abusos o analogías, que tampoco se relacionan con la equidad o la razón.

Finalmente, pretendemos entregar los argumentos que avalan una consagración más flexible de nuestras agravantes y los argumentos que no favorecen dicho tipo de consagración, para que de esta manera concluir respecto de la conveniencia de establecer un catálogo general de agravantes, en nuestra legislación.

IV. Capítulo I: Conceptos generales y previos para comprender la investigación.

4.1 La Responsabilidad Penal.

Es inevitable antes de dar un concepto de Circunstancias Modificadorias de Responsabilidad Criminal, y más específicamente, de las que agravan la pena, clarificar y caracterizar los que debemos entender por Responsabilidad Penal y su proyección en el sistema de consagración de las agravantes.

Siendo esta conceptualización un asunto, de capital importancia, para comprender, de mejor forma, el conjunto de principios, normas o enunciados normativos, que rigen nuestro sistema de consagración de las penas y su correspondiente sistema de determinación, una vez comprendida esta noción, podremos apreciar lo que los autores denominan la “*totalidad de consecuencias del delito*”, término acuñado por algunos autores de las ciencias penales, como Zaffaroni¹ en la actualidad. (Zaffaroni, 2003, p. 510)

En resumen y para comprender mejor qué es lo que las circunstancias modificadorias van a modificar debemos entender la Responsabilidad Penal, como la consecuencia jurídica de la verificación de una conducta calificada como antijurídica y tipificada por nuestro ordenamiento, la cual se traduce en un estado de sometimiento del sujeto a la potestad estatal sancionadora o punitiva y que se concretiza en la imposición de una pena. (Rodríguez Collao, 2011, p.398)

4.2 Circunstancias modificadorias de la Responsabilidad Penal.

4.2.1 Generalidades.

Otro concepto importante para comprender nuestra investigación y que ha recibido, por parte de la dogmática penal, un parcial tratamiento, calificado en algunos casos por los

¹ El autor establece este concepto para diferenciarlo del concepto más jurídico de culpabilidad, que es un concepto normativo, que se funda en que el sujeto podría hacer algo distinto a lo que hizo y le era exigible que lo hiciese.

autores como precario o insuficiente, son las circunstancias que modifican la Responsabilidad Penal o Criminal.

En esta misma línea autores, como Cury y Luis Rodriguez Collao, cuestionan el poco desarrollo que ha tenido, en doctrina, el tema de la circunstancias modificatorias, estableciendo que este escaso desarrollo ha producido consecuencias como el poco fortalecimiento de algunos de sus elementos; así por ejemplo, el poco desarrollo investigativo de cual podría ser el sistema de consagración de ellas, dependiendo el sistema punitivo de todo el ordenamiento penal de un país. (Cury, 2005, p. 471)

Las circunstancias modificatorias se encuentran dentro de la teoría de la culpabilidad y han sido consideradas, por la mayoría de la doctrina, como un elemento accidental del delito, calificándolas así por distintos autores, entre ellos Novoa y Cury, dentro del ámbito de la dogmática penal nacional. (Cury, 2005, p.472) Lo anterior se funda en que ellas no alterarían o afectarían al establecimiento y existencia del delito, pues éste tiene su sanción asignada en abstracto en el tipo legal penal, consagrado en la legislación punitiva, incluso los autores antes señalados las clasifican como elementos circuncidantes, que no alterarían la esencia del delito, dotándoles incluso de una función complementaria y cada vez menos capital, dentro de la teoría de la culpabilidad, cuestión que no se relaciona con la práctica de los operadores jurídicos, del ámbito penal, ya que estos elementos son de uso masivo y cotidiano en el proceso penal.

En principio, esto es relativamente correcto, pues existen circunstancias modificatorias que son ajenas a la estructura de los delitos y que atenúan o agravan sus penas, no determinando su existencia como tal, pero en un segundo momento, estas circunstancias se presentan como elementos que, además de alterar de forma accidental la pena asignada al delito lo hacen en el ámbito “*sustancial*”, configurándose como elementos directos del injusto y conformando de algún modo, elementos esenciales de la culpabilidad o la antijuricidad. Por esta razón no podría aseverarse, completamente, que circuncidan o, en un término menos técnico, decoran al delito.

En el ámbito nacional, los autores también le han entregado esta calificación de elementos accidentales de la culpabilidad, así, por mucho tiempo en los manuales de Derecho Penal,

se estableció que las circunstancias modificatorias poseían una naturaleza ajena al tipo, y que sólo debían considerarse en la "*culpabilidad normal*". (Del Villar, 1985, p. 237)

4.2.2 Antecedentes históricos

En el Derecho Romano sólo existieron circunstancias especiales, o vinculadas a delitos en particular, y no circunstancias modificatorias generales o comunes a varios delitos. Cuestión que también sucedió en el Derecho germánico, mientras en la Edad Media al tratar de establecer la relación existente de la moral del sujeto con su hecho, se le entregó a las circunstancias un tratamiento general. Por otra parte, durante los siglos XVI a XVIII se desarrollaron avances en materia de agravantes y atenuantes, sin que la presencia de ellas pudiesen tener los efectos que hoy tienen algunas de producir la falta de responsabilidad. Este planteamiento fue también el utilizado por autores iluministas, influyendo esta concepción en la redacción de los Códigos Penales, especial al español, el que sirvió de modelo para nuestro código punitivo. (Bustos y Hormázabal, 2003, p. 395)

El Código Penal chileno, en materia de agravantes, se remite al Código Español, en específico al de 1850 y al Código Austríaco (Verdugo Marinkovic, 1986, p 23), cuerpos normativos que trataban las agravantes y de los cuales, con algunas modificaciones inductivas por la comisión redactora, se recogieron la mayoría de atenuantes y agravantes. Así nuestro Código tomó el sistema de consagración de las circunstancias modificatorias de los códigos antes nombrados y, replicándolo, en nuestra legislación, cuestión que más adelante trataremos con mayor atención.

4.2.3 Del concepto de las Circunstancias modificatorias.

La doctrina nacional esta más conteste en este punto, pues los autores principales, de las ciencias punitivas, entregan contenidos similares a la conceptualización de las circunstancias, que modifican la Responsabilidad Criminal. Destacaremos las principales dentro de la doctrina nacional.

El profesor Juan Bustos, establece que las circunstancias son elementos accidentales nominados o innominados, dentro de la estructura del delito, que influyen en la determinación de la pena. El carácter de accidental, a criterio de este autor, implica que no

constituyen el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por esta razón deben distinguirse de aquellas que han pasado a ser parte del injusto del respectivo delito. Las circunstancias tienen por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, estas servirían para una mejor valoración del injusto, de la responsabilidad del sujeto. (Bustos y Hormázabal, 1999, p. 397)

Por otro lado, el profesor Enrique Cury las define como ciertos hechos accidentales del delito, que no forman parte de éste, y que tienen la virtud de aumentar o disminuir la responsabilidad penal o la pena. (Cury, 2005, p. 471)

Cabe destacar que gran parte de los autores, que tratan las circunstancias modificatorias, utilizan como base para definir las los conceptos antes mencionados, colocando acento en la calidad de accidentales o naturaleza jurídica y con el efecto de aumentar o disminuir la pena, que tendrían dichos elementos.

4.2.4 Su ubicación dentro de la teoría de la pena.

Las circunstancias modificatorias se presentan como elementos accidentales del delito, de tal modo de no concurrir uno de estos hechos o elementos, la pena asignada al delito no se valorará de otra forma distinta a lo que establece la ley penal que la consagra.

Los autores ubican la mayoría de las veces a las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad dentro de la teoría de la culpabilidad, cuestión que destacamos anteriormente, al fijar el concepto de responsabilidad; así las circunstancias estarían dentro de la teoría de la responsabilidad penal o criminal, junto con aquellas circunstancias que eximen totalmente la pena tipificada para la conducta que se intenta sancionar.

El hecho de catalogarlas, como elementos accidentales, atiende también a la incertidumbre de su presencia, pues la normalidad es que a cierta conducta calificada y tipificada en la ley penal, el mismo código o la ley que contiene el delito, le asigna una pena en abstracto. Pena que posteriormente sufrirá diferentes modificaciones de acuerdo al sistema de determinación de las penas presente en el ordenamiento jurídico correspondiente, donde las circunstancias serían parte fundamental en la valoración del injusto penal.

Otra crítica del tratamiento accidental, que se les da a las circunstancias, lo postula el profesor Cury, quién establece que algunas de las circunstancias alterarían la forma de sus elementos, como la antijuridicidad o la culpabilidad. (Cury, 2005, p. 471)

Esta escasa atención, en términos doctrinales, según Rivacoba, se evidencia en que no existe un concepto afianzado por los autores que exprese el verdadero sentido que tienen éstas. A pesar de existir una gran cantidad de conceptos, de lo que significan las circunstancias modificatorias, la mayoría de estas conceptualizaciones no logran separar el plano material en que se fundan, y el plano jurídico. El plano jurídico se refiere al papel que ellas desempeñan y los efectos que producen, planos que generalmente tienden a confundirse. (Rivacoba, 1988,p. 473-474)

Este plano queda de manifiesto incluso en nuestro código punitivo el que con su denominación alude evidentemente a los efectos graduadores y a la condición de "*Instrumento cuantificador o valorador de las consecuencias jurídicas del delito*".

De acuerdo a lo anterior, es decir a la denominación de circunstancias, también estas se contraponen a las eximentes de la Responsabilidad Penal, ya que las últimas se entienden como parte de la estructura del tipo, logrando incluso que verificado el hecho descrito por la ley y la eximente igualmente consagrada con sus respectivos requisitos, desaparezca la Responsabilidad Criminal.

V. Capítulo II: Enumeración actual de las agravantes.

5.1 Generalidades de nuestro sistema.

Luego de esta extensa pero necesaria explicación a cerca de la Responsabilidad Penal y circunstancias modificatorias, y haciendo la observación que de aquí en adelante pondremos énfasis en aquellas circunstancias que cuando concurren su efecto es de aumentar o aplicar mayor valor a la pena asignada a la conducta tipificada por la ley penal, es decir, *las agravantes*.

Nuestro sistema de agravantes está consagrado de forma taxativa, de manera que no pueden aplicarse otras circunstancias agravantes que no sean las establecidas por el legislador en el artículo 12 de nuestro Código Penal, estas son más numerosas que las atenuantes y su enumeración es de índole casuística. Su abundancia no permitiría, a consideración de autores como Novoa, formar grupos análogos, encontrando dentro del artículo mencionado agravantes que poseen distinta naturaleza, asunto que dificulta su comprensión y por ende su aplicación. (Novoa, 2005, p. 41)

El tratamiento actual de las circunstancias agravantes en nuestro código es calificado de tipo *numerus clausus*, con arreglo al cual solo se aceptan las causales de agravación presentes en la ley. Lo anterior respondería que en los criterios usados por el legislador original de nuestro código punitivo, primó el valor de la legalidad y seguridad jurídica, versus la discrecionalidad, que el juez pudiese tener en la determinación de la pena. Cuestión que la comisión redactora consagró de manera diferente al código español, ya que este consideraba un artículo que permitía la analogía o establecimiento de nuevas figuras modificatorias, para que el juez pudiese aplicar al asunto en concreto. (Cury, 2005, p. 475)

Como crítica al sistema de consagración de agravantes, usado por nuestro código, la doctrina ha dicho que este califica de fatigoso, casuístico y repetitivo, cuestión que solo ha traído perjuicios a la labor interpretativa y de aplicación judicial, que realizan los

operadores jurídicos.

En lo puntual de nuestra investigación intentaremos establecer de qué forma, la consagración actual de nuestro código referente a las circunstancias modificatorias, en particular las agravantes, se presentan como un tópico problemático, al que la doctrina no ha logrado unificar, ni establecer las verdaderas consecuencias negativas de su actual sistema, siendo de mayor consistencia los argumentos que defienden el actual sistema, en comparación a los que benefician la flexibilidad.

5.2 Sistemas de consagración de las Agravantes.

En primer lugar debemos sostener que es difícil dar un tratamiento legislativo, taxativo o específico en materia de configuración o consagración de atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal en nuestro ordenamiento jurídico, ya que en la medida que pasan los años podemos percatarnos que van surgiendo ciertas contradicciones, vicisitudes entre uno y otro sistema lo cual nos lleva a la interrogante de qué modelo establecer en nuestro ordenamiento.

Además el legislador entra en la problemática de tratar de establecer un sistema que prevalezcan los intereses y garantías de las personas como también buscar un libre ejercicio de la función jurisdiccional, atendiendo siempre a los estándares probatorios y principios reguladores del proceso penal, por parte de los jueces, de modo que ésta no caiga en arbitrariedades, ni en un uso desmedido de sus potestades.

Es menester señalar que en doctrina y en Derecho comparado se conoce básicamente cuatro tipos de sistemas de consagración de agravantes: un *Sistema de Ausencia Total de agravantes*, *Numerus Clausus*, *Numerus Apertus* y algunos autores que son por el momento minoría, pero que poco a poco van tomando más fuerza, agregan un cuarto sistema, que es el denominado *Sistema Mixto o Flexible*.

5.3 ¿Cuál es el criterio para dividir estos cuatro sistemas?

El criterio que clasifica estos sistemas recién mencionados es el grado de libertad que pueden llegar a adoptar los jueces en la decisión de los asuntos, conocidos bajo su jurisdicción, en la forma que le pueden dar un efecto más bien agravatorio o atenuante, a ciertos hechos, o también, en la forma en que se establece en el ordenamiento, es decir, de forma taxativa o bien de un modo más general.

En primer lugar encontramos una clasificación que reconoce el profesor de Derecho Penal Rodríguez Collao. El *Sistema de Ausencia de Regulación Expresa*: que consiste en omitir cualquier referencia a un parámetro de medición de la responsabilidad penal, basado en factores circunstanciales. En este caso, el legislador se limita a establecer el máximo de la pena que los jueces están facultados para imponer, sin especificar cuáles son los criterios que éstos pueden utilizar, en el proceso de determinación de la magnitud del castigo. (Rodríguez Collao, 2011, p.420)

En segundo lugar, encontramos el *Sistema de Regulación Genérica*, que, al igual que el anterior, prescinde de señalar detalladamente un catálogo de circunstancias, pero ofrece, en cambio, ciertas pautas generales, cuya concreción, para cada caso particular, queda entregada de modo exclusivo al órgano jurisdiccional.

En tercer lugar, podemos mencionar el sistema denominado "Regulación Específica", o de *Numerus Clausus*, que consiste en señalar, en forma precisa y taxativa, las circunstancias modificatorias, quedando cerrada la posibilidad de que el tribunal pueda, por vía analógica, dar cabida a cualquier otro criterio, que no sean aquellos que expresamente menciona la ley. Este es el sistema que ha establecido la legislación chilena (arts. 11 y 12 CP). El Código Penal, en su artículo 12, enumera, casuísticamente, y usando el sistema numerus clausus, las diferentes agravantes genéricas, pero además hay que agregar a ella la del artículo 72

Por último, debemos citar el *Sistema Mixto*, o de *Numerus Apertus*, que consiste en señalar, al igual que en el caso anterior, un catálogo de circunstancias modificatorias, el cual aparece complementado, con una o más circunstancias generales, cuya amplitud permite al tribunal tomar en consideración otros factores, aparte de los que figuran de modo expreso, en el texto de la ley. Se le dan al juez reglas generales, que lo guían respecto de las circunstancias que debe considerar, o sea, se le entregan pautas generales; amplias facultades, a los jueces para que, en el caso concreto, determinen las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

5.4 El modelo o sistema presente en Chile.

Como ya habíamos mencionado con anterioridad, en el apartado de las generalidades del sistema, siguiendo el modelo español, el Código Chileno adoptó el sistema de la enunciación taxativa, del catálogo cerrado. En los veinte numerales del artículo 12 se incluyen las siguientes causales: alevosía, precio, recompensa o promesa, inundación, incendio, veneno u otro artificio catastrófico, ensañamiento, premeditación conocida, astucia, fraude o disfraz, abuso de superioridad, de confianza o del carácter público del culpable, ignominia, ocasión de calamidad o desgracia, nocturnidad, despoblado, desprecio de la autoridad pública, reincidencia, lugar destinado al ejercicio de un culto, ofensa o desprecio del ofendido, cometer el delito en su morada, escalamiento y el porte de armas.

Si bien todas ellas denotan perversidad o peligrosidad en el hechor, su propia naturaleza permite clasificarlas en objetivas y subjetivas, si no en absoluto, al menos atendiendo a su carácter predominante, división de importancia, para los efectos de su comunicabilidad a los copartícipes. En sentido estricto, sólo merecen el calificativo de subjetivas las agravantes de precio, premeditación, abuso de confianza o del carácter público del culpable y la reincidencia. Autores, como Novoa, mencionan que la enumeración que hace el artículo en comento, no organiza de modo correcto y sistemático las agravantes, mezclando en sus numerales circunstancias personales y materiales. (Novoa, 2005, p. 42)

No obstante lo dicho, es innegable, de acuerdo con la ciencia penal moderna, que todas las circunstancias que modifican la pena aplicable al delito, sean atenuantes o agravantes, son eminentemente subjetivas, en razón del fundamento en que descansan: la personalidad del delincuente, lo cual claramente nos haría entrar en una confusión entre las circunstancias propiamente tal establecidas, con elementos totalmente de carácter subjetivos.

De acuerdo con el Código, la agravante resulta aplicable, al igual que la premeditación conocida, sólo en los delitos contra las personas. El alcance de esta expresión es objeto de discusión: algunos la restringen a los delitos de este nombre, previstos y sancionados en el Título VIII del Libro II; otros, con mejor criterio a nuestro juicio, y con mayor preocupación por las necesidades de la defensa social contra los delincuentes, la interpretan en sentido amplio, haciéndola extensiva a todas aquellas infracciones complejas en que uno de los bienes jurídicos que la ley tutela es la vida o la integridad corporal de la persona, aunque no se hallen comprendidas en el título mencionado, como es el caso, entre otros, del homicidio del ministro de un culto en el ejercicio de su ministerio (artículo 140) y del robo con homicidio (artículo 433 N°1). Este tipo de agravantes sería aplicable sólo a ciertos delitos. (Novoa, 2005, 41).

5.5 ¿Cuál es el problema que genera este sistema? Proyección en la determinación de la pena.

En cuanto a la determinación de la pena ocurre lo siguiente: luego de la comisión de un delito el sujeto que lo cometió se le declarará culpable y por ende responsable, generándose una problemática, en cuanto a la medida de la sanción, situación que clásicamente se ha ido solucionando mediante las figuras de atenuantes y agravantes, de la responsabilidad penal. Cuando nuestro legislador ha fijado las penas de los delitos, este atiende a su objetividad jurídica, es con estos elementos que el juez, en los casos que son de su conocimiento, va a determinar la pena aplicable, en función de elementos subjetivos, como son, por ejemplo, la personalidad del delincuente. Es así como mediante este sistema se trata de evitar

arbitrariedades, por parte de los jueces, a fin de que sea posible un juego entre circunstancias agravantes y atenuantes, y las penas correspondientes a los delitos se fijan dentro de un mínimo o máximo.

Las tendencias penales modernas se manifiestan partidarias de reemplazar la casuística de los códigos clásicos por fórmulas amplias, comprensivas de los diversos factores, capaces de influenciar la personalidad del individuo, en el sentido de hacerlo más o menos peligroso, sistema que implica una mayor suma de facultades, concedidas al juez, en la regulación de la pena. Es la orientación que adopta, entre nosotros, el Proyecto de 1929.

El otro criterio, más lógico, extiende la aplicación de la atenuante a los casos que, si bien no materialmente, al menos intelectualmente, constan de más de un requisito, o sea, que no pueden dejar de considerarse como hechos complejos, sujetos a gradación, situación en que se encuentra, por ejemplo, la enajenación mental, pues la psiquiatría reconoce la existencia de una amplia gama de matices, que van desde la plena enajenación a la salud mental: los estados intermedios de las sicopatías. Esta interpretación, siendo que refleja el genuino sentido de la ley, no es, sin embargo, de aplicación absoluta.

Como ya hemos mencionado, las circunstancias de agravación representan estados o situaciones buscados, aprovechados o producidos, por el agente, que aumentan su responsabilidad criminal, por cuanto revelan en él una mayor perversidad moral y peligrosidad social.

Lo mismo que las atenuantes, no alteran la naturaleza de la infracción en que concurren, sino que modifican, cuantitativamente, su punibilidad. Hay casos, sin embargo, en que desempeñan un papel más importante: se incorporan al tipo delictivo y dan origen a una figura de mayor gravedad; pero entonces dejan de ser simples circunstancias modificatorias de la penalidad y se convierten en elementos calificantes de un delito específico, nuevo, como sucede con las cinco primeras agravantes del artículo 12, que transforman el homicidio en asesinato.

VI. Capítulo III: Situación en el Derecho Comparado.

6.1 Análisis Global de los sistemas utilizados en diferentes países

Como nos pudimos dar cuenta, en el transcurso de nuestra investigación, no hay un sistema universal, en cuanto a la consagración de las agravantes, a nivel latinoamericano como europeo. Claramente existe una cierta tendencia, en la doctrina y en algunas legislaciones, a la flexibilización de los sistemas, que para algunos autores es un método bastante conveniente y que vendría siendo un medio más garantista en cuanto al imputado.

Algunos ejemplos de ordenamientos actuales, que siguen esta tendencia, son los Códigos Penales de Alemania e Italia, en los cuales los legisladores ofrecen criterios generales, para que los jueces se orienten en la determinación judicial de la pena, en otros como el Código Penal Español.

El *Código Penal Cubano* ha seguido un sistema de “*Númerus Clausus*”, en las que no son admitidas otras agravantes que no estén determinadas en la ley, siguiendo así el principio de legalidad y la prohibición de analogía, e igual sucede con las circunstancias que atenúan la responsabilidad, en las que describen causas generales de atenuación y no se admite la denominada interpretación analógica, de las circunstancias. (Alberto Mejías, 2011, p. 28)

A nuestro criterio, establecer un cuadro de circunstancias, en el ordenamiento sustantivo cubano, ha permitido subrayar el papel fundamental que éstas juegan en la modificación de la pena abstracta, señalada por la ley para el delito, lo que en principio permite su aplicación a toda clase de delitos, aunque sabemos que luego tienen un muy acotado campo de juego, con relación a los delitos en que, efectivamente pueden ser aplicadas. Por ello no está exento este catálogo de un medido y exhaustivo examen, sea desde una perspectiva político-criminal, como desde la que corresponde en el plano técnico-jurídico, para evitar las contradicciones prácticas o teóricas, eliminando aquellas que redundan por exceso y determinando en otras.

5.2 Situación especial, Código Penal Español

El *Código Penal Español*, que en un primer momento sirvió como modelo del establecimiento de nuestro Código punitivo ha sufrido variados cambios y modificaciones en materia de agravantes y la forma en que ellas se encuentran consagradas. Así, en la actualidad, el Código Español, modificado en 1995, establece un catálogo amplio de

agravantes, enunciadas de forma general y que permiten al juez, en virtud del uso de su discrecionalidad, aplicar, a determinadas situaciones, las agravantes consagradas en dicho cuerpo normativo. Incluso la jurisprudencia española ha determinado ciertas reglas o criterios de aplicación de las agravantes, fundándose en la amplitud de conductas que podría abarcar cada agravante. (Rodríguez Ramos, 2007, p 49)

En concreto, el Código Penal Español perpetúa desde hace mucho tiempo un sistema que contempla un catálogo cerrado de circunstancias modificativas agravantes, lo anterior se fundamentaría en el temor que posee el legislador en la aplicación arbitraria que podría llegar a realizar el juez de dichos elementos, siendo ésta, la idea principal que tuvo el legislador original, según algunos autores, fue encauzar y restringir el arbitrio judicial, cuestión que ha sido imitada de forma prolongada por los distintos legisladores españoles. (Sánchez-Ortiz, Pablo, 2009, p. 5)

El catálogo que contempla actualmente el Código en comento, posee casi la misma estructura que nuestro cuerpo normativo, en materia de circunstancias modificativas, se establecen circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas, es decir, que poseen la facultad de atenuar o agravar la sanción dependiendo el caso en concreto. Dentro de las primeras encontramos: las Eximentes Incompletas, la Adicción a las Drogas o Alcohol, el Estado Pasional, la Reparación del Daño, una Causal Amplia de análoga significación y el Parentesco como circunstancia mixta; por otra parte contempla agravantes como el Precio, Recompensa o Promesa, el Ensañamiento, la Motivación Discriminatoria (agravante muy amplia y de aplicación flexible), Abuso de confianza, Prevalimiento de carácter público, Reincidencia, y la circunstancia mixta del Parentesco. Lo característico de la agrupación que establece el catálogo español a diferencia de nuestra enumeración, es que todas sus circunstancias existentes se miran como un reproche a la antijuricidad y no a la culpabilidad, por lo que no encontramos agravantes de culpabilidad. Así, el Código Penal Español establece mediante su enumeración un juicio de reproche a un hecho previamente calificado de antijurídico o contrario al ordenamiento vigente, no contemplando elementos accidentales que significarían un desvalor a la culpabilidad como sucede con algunas de las circunstancias modificatorias establecidas en nuestro país, como el aprovechamiento de una calamidad o el desprecio u ofensa a la autoridad, estipulada en el número 10 y 13,

respectivamente del artículo 12 de nuestro Código Penal, esta circunstancia implicaría una valoración de la situación de calamidad referido a su antijuricidad, previo e independiente, al hecho delictivo al que se quiere aplicar.

Si bien es cierto, el mérito antes indicado del Código punitivo que rige en España es bastante loable, pues logra de cierta forma racionalizar mayormente las agravantes. El problema se plantea en la práctica de los tribunales Españoles, pues al tener estos un catálogo tan amplio, en relación al que tenemos hoy en nuestro país, han tenido que fallar de acuerdo a la discrecionalidad de sus jueces, para establecer cuando concurren dichas agravantes, cosa contraria al fundamento que motiva el mismo catálogo, que no es otra cosa, que impedir el arbitrio judicial. Cabe señalar, que la conveniencia del establecimiento de un catálogo, de este tipo, en nuestro sistema punitivo, independiente de lo significativo que puede ser para la racionalización de la circunstancias modificatorias, resulta cuestionable y se hace bastante lejano a la realidad de nuestros tribunales, todo lo anterior, en razón del poco criterio o preparación en el ejercicio de la función jurisdiccional que poseen nuestros juzgadores.

Otros casos de ordenamientos jurídicos, a nivel latinoamericano, que han optado por un cambio, hacia la flexibilidad del sistema de consagración penal, son los *Códigos Penales de México y Argentina*, países en los cuales encontramos sistemas mixtos de consagración, es decir, con una enumeración de las figuras atenuantes y agravantes, pero con la enunciación de cláusulas genéricas.

VII. Capítulo IV: Análisis crítico de argumentos que fundamentan el cambio del sistema de agravantes en nuestro país.

7.1 Argumentos en favor de la Flexibilidad.

En los siguientes apartados pretendemos analizar de forma crítica algunos de los argumentos que en doctrina se han enunciado en beneficio de la flexibilidad, estableciendo

como ella ayudaría a resolver algunos problemas jurídico-penales y perjudicar al establecimiento de otros , y como en la práctica se vería reflejado dicho cambio.

7.1.1 Situación en el Derecho Penal Juvenil.

Una situación bastante peculiar ocurre en el área de Derecho Penal Juvenil, que creemos necesario mencionar en nuestro estudio, es lo que ocurre al momento en que se describen ciertos criterios generales, como el grado de desarrollo del delito, la participación, agravantes como atenuantes y en éstas últimas, las pautas que se establecen, son más bien vagas, poco exactas sobre todo en ámbito de cuantía.

Como se aprecia en nuestra legislación, en esta materia, desde un comienzo se remite al Código Penal, pues de éste se toma una pena “*base*”, que se asigna para cada delito y como es sabido esta pena va a disminuir, cuando el sujeto que lo comete es un adolescente, aplicándose criterios diferentes, reglas que atienden a este elemento personal del sujeto, que tienden a ser más flexibles. Es aquí donde se utilizan reglas de ambos sistemas, en un proceso un tanto difuso y con menor límite para el juez, que tiene mayor libertad y poder de decisión.

Por esto se dice que este proceso, que comienza con la determinación legal de la individualización judicial de la pena y que continúa, durante la ejecución, es bastante complejo y presenta varias dificultades.

¿Dónde se nos genera un problema? En el análisis del artículo 24, de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, señalando los criterios de determinación de la pena, siendo básicamente seis criterios, debiendo atender el juez, en el ejercicio de sus funciones, para que luego de conocer los hechos, determine la naturaleza de las sanciones, debiendo dejar constancias de ello, en su sentencia.

Luego del análisis y aplicación de estos criterios el juez debe rebajar la pena, por tratarse de la responsabilidad de un sujeto, que de acuerdo a parámetros sociales y de política criminal, está ingresando al sistema punitivo y para lo anterior el juez debe considerar la clase de la

participación, las atenuantes y agravantes de responsabilidad que concurren en el ejercicio del delito, para así asignarle una pena, de duración mínima, dentro del grado. Lo anterior configuraría una violación al principio del *Non bis in idem*, ya que la autoridad jurisdiccional está tomando en consideración dos veces una misma circunstancia, como son, en este caso las agravantes de Responsabilidad Criminal.

En síntesis, al flexibilizar el sistema de consagración de las agravantes y entregarle mayor discrecionalidad, a la autoridad jurisdiccional, se podría evitar la doble valoración a las agravantes, como elementos determinadores de la pena en los casos de Responsabilidad Penal Juvenil, solucionándose a su vez la infracción al *Non bis in idem*. (Vargas Pinto, 2011, p. 477)

Tal argumento carece de validez a nuestro criterio, toda vez que al igual como lo establecen otros autores como Héctor Hernández Basualto, nuestro país se ha comprometido internacionalmente a ir, progresivamente, desligando nuestro sistema, en materia de Responsabilidad Penal Juvenil, de situaciones agravantes de Responsabilidad Juvenil, con fundamento subjetivo, que no permitirían la sociabilización juvenil, que postulan dichos acuerdos internacionales, ni la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, consagrada en nuestro ordenamiento. De esta forma el argumento de la flexibilidad, como solución a la doble consideración de las circunstancias presentes, en nuestra legislación penal juvenil, carece de fundamento, toda vez que en esta materia las agravantes que reprochan con mayor severidad una actitud subjetiva de desprecio, por ciertos valores que trascienden al desvalor propio de la comisión delictiva, y que tienen la mayoría de las veces un contenido nítidamente cultural, no se condicen con la finalidad socializante de la ley, ni de los acuerdos que ayudaron a gestarla. (Hernández Basualto, 2007, p. 213)

7.1.2 La aparición en la legislación reciente, de agravantes establecidas en forma genérica.

Una tendencia en la legislación reciente, emanada de nuestro poder legislativo, es a promulgar normas de naturaleza sancionadora, que establecen agravantes expresadas en

forma genérica, cuestión que no se condice con la enumeración que consagra el artículo 12, de nuestro Código Penal. Esta forma más genérica en la enunciación de agravantes, presente en leyes especiales, que consagran conductas tipificadas como delito, sirve para ponernos alerta sobre el cambio latente, que está experimentando nuestro sistema punitivo, pues estas agravantes entregan mayor discrecionalidad al juez para sopesar cuando estaríamos frente a la verificación o no, de una conducta que constituye una valoración, por encima de la pena asignada al delito en abstracto, en otras palabras una agravante.

Un claro ejemplo de lo anterior es la reciente promulgada y publicada “Ley de fomento a la No discriminación y uniones de hechos”. Dicha ley consagra en su artículo 17 una agravante que enuncia lo siguiente: *“Constituirá Agravante de responsabilidad penal; Cometer el delito o participar en él por motivos racistas u otra clase de discriminación arbitraria referente a la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima, a la nación, etnia o grupo social al que pertenezca, a su sexo, orientación sexual, edad, filiación, apariencia personal o a la enfermedad o discapacidad que padezca”*.

De la sola lectura del artículo evidenciamos la forma genérica o abierta en que se enuncian las conductas, que constituyen la agravación de la pena, ya que la agravante debiese ser aplicable a todo el abanico de acciones u omisiones que se realicen por los motivos antes descritos y citados, en el artículo en comento.

Cabe advertir que la amplitud de la enunciación o flexibilidad, en su consagración, fue objeto de discusión prolongada, en la sede legislativa, revisándose en una Comisión Especial la operatividad de esta agravante, destacándose, en la discusión, que la Ley contemplaba la discriminación por género, pero que a la hora de calificar las circunstancias o motivaciones, que servirían como agravantes de responsabilidad, no consideraba el género, dándose toda una discusión, en torno a los delitos que afectasen a personas trans-géneros, es decir personas que se sienten hombres o mujeres, independiente el sexo con que estas hubiesen nacido. Esta crítica, fundada en su amplitud, evidencia la clara imprecisión en las situaciones que se regulan como agravantes. (Verbal, 2012, p.2)

Hipotéticamente, frente al ataque o lesiones que se le realice a una persona trans-género,

por motivos de “sexo”, como señala el artículo 17, de la Ley recién mencionada, el juez tendría que, igualmente, aplicar la agravante, aunque el sujeto activo no tuviere conocimiento del sexo biológico de la persona, ya que, la flexibilidad del sistema, permitiría al sentenciador sopesar la situación y apreciar que la persona trans-género si se identifica con el género, hombre o mujer, que, psicológicamente tiene. En otras palabras, si un sujeto agrede a una mujer trans-género, sin saber su condición y lo realiza inspirado por motivos de su sexo, el juez deberá igualmente aplicar la agravante en cuestión, pues la persona se identifica con el género femenino, independiente de su sexo biológico.

En los términos de nuestra investigación, la discusión antes señalada, ejemplifica que si bien es cierto, la tendencia hacia la flexibilidad, en nuestro ordenamiento es latente, al establecer agravantes contenidas en las legislaciones más actuales de forma más amplia, presenta cierta problemática, pues no está del todo claro cómo conciliar el establecimiento taxativo y cerrado del sistema de agravantes, del artículo 12 del Código Penal.

Dentro del Código Punitivo Español también se contempla este tipo de agravantes, en su artículo 22, siendo incluso a nuestro criterio más amplia e incluyendo actos discriminatorios, por motivos racistas, xenofóbicos, antisemitas o de discriminación ideológica.

Por lo anteriormente descrito cabe señalar que este argumento, aunque lo hemos calificado como favorable a la flexibilidad, en materia de agravantes, también se presenta como un argumento que perjudica el cambio hacia la flexibilidad, de nuestro Código, en el tópico estudiado, toda vez que como lo evidenciamos, mediante el ejercicio concreto anterior, dicha generalidad en la consagración, trae consigo una situación de incertidumbre jurídica, pues la ley no consagra de forma pormenorizada la conducta y sus demás elementos, cuestión que atenta en contra del *Principio de Legalidad*, configurándose así un estado de incertidumbre jurídica, a la que ciertamente el Derecho, y en especial el Derecho Penal no debe contribuir.

7.2 Argumentos en contra de la flexibilidad.

7.2.1 Argumentos, situaciones o principios que se ven perjudicados.

Como hemos señalado hace algunos capítulos atrás, la tendencia en doctrina es a criticar la forma casuística e inconexa, en materia de consagración de agravantes, que establecen los sistemas de enumeración taxativa, o *Numerus Clausus*. Sin embargo, los autores llevan su análisis sólo al ámbito de la crítica y los problemas que ocasiona dicho sistema, dejando de lado la visión más amplia, que engloba el establecer o proponer un verdadero cambio legislativo, en la forma de regulación, que poseen dichos elementos accidentales del tipo penal, es decir, las circunstancias modificatorias, en especial las que entregan un desvalor a la conducta. Lo anterior se comprende en las palabras del profesor Rodríguez Collao, toda vez que los autores no evidencian una clara orientación al proponer cambios en esta materia, pero, luego de un exhaustivo análisis de ella, terminan por reconocer que, en materia de aplicación jurídica del derecho y tradición jurídica en nuestro ordenamiento, falta aún por avanzar. (Rodríguez Collao, 2011, p.417)

La crítica antes enunciada ha sido sustentada por los autores en distintos y variados argumentos, desde el establecimiento de ciertas máximas o principios propios de un Estado de Derecho, hasta fundamentos de Política Criminal, adoptada por la administración del Estado. En los siguientes párrafos pretendemos desarrollar los argumentos contrarios a la adopción, por parte de nuestro ordenamiento, de un sistema de consagración genérica o flexible.

7.2.2 Legalidad o Tipicidad del Sistema Punitivo Chileno.

Dentro de la gama de principios en los que descansa nuestro ordenamiento jurídico punitivo y estimado por algunos autores como condición o característica principal del Derecho Penal, se encuentra el *Principio de Legalidad*.

Es un presupuesto de la actividad criminal. Consiste en la coincidencia, conformidad, entre la acción y el tipo legal con todos sus elementos (directos, indirectos o accidentales). La

tipicidad es un juicio desde el punto de vista lógico.

¿Qué es un juicio? Una valoración, una ponderación, una comparación entre dos extremos. La tipicidad es un juicio porque también se comparan dos extremos, por un lado la acción y por el otro el tipo legal, en su sentido amplio. Para que haya tipicidad, la acción debe coincidir con el tipo legal y también con aquellos elementos que la circunscriben, de manera tal que la acción estará de acuerdo con éste, cuando cumpla con todos los requisitos del tipo legal.

Este principio lo encontramos consagrado tanto en nuestra Constitución Política como en el Código Penal. En la constitución del año 1925 se encontraba establecido de forma parcial en su artículo 11 de donde se señalaba: *“nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio.*

En cambio en nuestro texto actual en el artículo 19 N°3 inciso 7 y 8 establecen lo siguiente:

Inciso 7: *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.”*

Inciso 8: *“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona este expresamente descrita en ella”*

Como ya mencionábamos este principio también se encuentra consagrado en nuestro Código penal esto se puede desprender de dos artículos propiamente tal, estos son el artículo 1 y 18 del mismo Código.

Artículo 1 *“Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley “.*

Artículo 18: *“Ningún delito se castigara con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”*

Con lo recién mencionado podemos percatarnos que la ley en virtud del mandato constitucional y lo recogido por nuestro Código punitivo, es la fuente legal, propiamente tal, para consagrar una acción antijurídica, típica, punible y todos sus demás elementos y no pudiendo consagrarse en otro tipo de normas de menor rango legal los tipos penales y

sus componentes.

Este principio significa una importante limitación para el poder ejecutivo, toda vez que no podría crear delitos mediante reglamentos o decretos con fuerza de ley, siendo también este principio una limitación en el ámbito jurisdiccional ya que durante todo el proceso de juzgamiento, el juzgador deberá aplicar el mandato que la ley le otorga. En otras palabras, en el ámbito de la jurisdicción penal, no caben instrumentos o herramientas como las analogías, interpretación extensiva ya que ésta debe realizarse de manera estricta.

Otro aspecto que también informa el principio de legalidad es la determinación de la pena, pues según la norma constitucional antes mencionada, ésta exige que los elementos accidentales de la comisión del delito, como son las agravantes, también se encuentren expresamente señalados en la ley. De esta manera aquella situación que asigna un desvalor, para el tipo penal, debe estar consagrada, de forma taxativa, en la misma ley que aplica la sanción contemplada para dicha acción.

Según nuestra perspectiva, si el Código Penal Chileno adoptase un sistema de consagración de las agravantes de la Responsabilidad, de *Numerus Apertus o de Mayor Flexibilidad*, no se ajustaría a uno de los principios informantes de la determinación de la pena y en general con todo el sistema de aplicación del poder punitivo del Estado, que es el principio de legalidad y sus respectivas consecuencias. En este mismo sentido el juez, al aplicar a una situación no del todo descrita por el legislador y la agravación de la sanción contemplada para dicha acción, estaría infringiendo la máxima anteriormente enunciada, que, como a su vez considera la mayoría de la doctrina, configura una garantía del sujeto normado frente al dominio o propiedad que tiene el Estado, en su función sancionadora o ejercicio del poder punitivo.

Este principio y todos sus aspectos dotan al sujeto normado por el derecho de una cierta seguridad, ya que éste tendrá conocimiento, con anterioridad de la comisión de los hechos tipificados en la ley, de las sanciones que se atribuyen a su acción u omisión y a todos los demás elementos de agravación de ésta.

Un ejemplo de lo anterior sucedería si, hipotéticamente, nuestro código consagrará de

forma general la agravante de cometer un delito durante un incendio, agravando la pena si el sujeto activo cometiese un delito en una circunstancia de catástrofe o de perjuicio, para el sujeto pasivo, de esta forma un juez podría aplicar dicha agravante cuando un sujeto realizare un robo durante un temblor o una fuga de gas, en la propiedad del sujeto, ampliando mucho más las situaciones alcanzadas por la agravante y violando así el principio de legalidad.

Por todo lo anteriormente mencionado y tomando en consideración lo discrecional que llegaría a ser el sistema de agravación de la pena, consideramos que un catálogo totalmente abierto o amplio de agravantes perjudicarían o infringiría el Principio de Legalidad, traduciéndose a su vez una situación de incertidumbre jurídica, asunto del que debe apartarse el sistema penal, toda vez que en virtud de él se producen limitaciones a las garantías fundamentales de las personas.

7.2.3 Exclusión de las Analogías en materia de agravantes.

Las analogías son estructuras del pensamiento lógico que se ocupan como recursos excepcionales en el Derecho moderno para la aplicación de determinados preceptos normativos y que no constituyen una interpretación propiamente; en ese sentido las analogías atienden a la identidad de razón y motivación de la norma determinada específicamente en ella.

Si bien, ciertas analogías se encuentran expresamente reconocidas en materia civil, ya que los jueces tienen una cuestión que no está contemplada en la ley, igualmente poseen la obligación de juzgar y por ende deben recurrir a recursos, como las analogías o a los Principios Generales del Derecho.

En Derecho Penal, no sucede lo mismo, la analogía está terminantemente prohibida, por el principio de legalidad, que sólo considera delitos las conductas concretamente descritas y contempladas en la Ley Penal, de modo tal, que si una conducta no está contemplada en la

Ley Penal, no será delito, y no se podrá aplicar pena por ella.

A lo anterior cabe hacer una excepción, pues los autores evidencian que en el artículo 21 del Código de la materia, a propósito de la aplicación de atenuantes de Responsabilidad Penal, se permite la aplicación de dichos recursos jurídicos, cuestión que no se hace extensiva en materia de agravantes, tema que nos interesa en nuestra investigación. (Enciclopedia Jurídica On-line, vLex, 2012)

Por otra parte el uso de las analogías, en materia penal, se plantea como una interacción entre el legislador y el juzgador, toda vez que mediante ellas el juzgador posee la capacidad de poder salvar o llenar el defectuoso enlace entre la individualización legal y judicial de las penas, en los ordenamientos penales que, como el nuestro, se sitúan en la tradición continental. La mayor legitimidad predicada del Poder Legislativo y, sobre todo, la estricta interpretación del *Principio de Legalidad*, en el liberalismo continental, condujeron, en el ámbito penal, a la exclusiva individualización legal de las penas, por parte de los cuerpos normativos, que consagran las penas para los delitos, en nuestro continente.

Esto provoca que las reglas de individualización de la pena, contenidas en los Códigos continentales, y en las cuales ha de enmarcarse la individualización judicial, sean en bastantes casos insuficientes para que el Juez proceda a una ajustada gradación de la pena al caso concreto y que haya que arbitrar, en beneficio del reo, una cláusula más abierta que permita salvar esta disfunción. Lo anterior sólo sucede en materia de atenuantes de Responsabilidad Penal, pues las analogías en materia de agravantes no se pueden aplicar, toda vez que estas son de Derecho estricto.

Recordemos que en el Derecho Penal también reina el Principio moderno de Determinación de la Pena, que viene a ser un ámbito concreto del Principio de Legalidad, en este sentido la pena o cualquier restricción de los derechos y libertades de las personas deben estar expresamente consagradas en la Ley Penal. La razón de lo anterior es limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado o *Ius Puniendi Estatal*, pues, de no ser así, la vaguedad o imprecisión en la determinación de la pena a criterio de algunos autores, se dejaría en manos de una instancia no legislativa. (Sánchez-Ostiz, 2005, p. 4)

El autor y catedrático Español Pablo Sánchez-Ostiz indica que, en virtud del Principio de Determinación, no sólo la Ley Penal debe consagrar el delito y la pena asignada a dicho ilícito, si no también debe definir todos aquellos elementos accidentales que concurren. Es en ese sentido que la aplicación de analogías viola los principios antes mencionados, pues sobrepasaría *“la letra de la ley”*.

Como lo dijimos anteriormente, en materia de Circunstancias Modificadoras de Responsabilidad Penal la doctrina nacional se encuentra conteste en que, en las agravantes el uso de analogías se encuentra expresamente prohibido, cuestión que se consagra en una norma superior al Código Penal, es decir, en la Constitución Política de nuestro país, en el artículo 19 n° 3 inciso séptimo que dispone expresamente; *“ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración [...]”*, norma que no sólo se refiere a la conducta tipificada, sino que se hace extensiva a todo el marco penal, de modo genérico, es decir, a todos los elementos resultantes de los procesos de determinación de la ley penal existente en nuestro ordenamiento.

La doctrina, en nuestro país, se encuentra dividida en materia de atenuantes y su aplicación analógica, mientras la mayoría de los autores se encuentra a favor de permitir el uso de dichos instrumentos. A lo anterior, autores como Rodríguez Collao se plantean contrarios, toda vez que el artículo no distingue entre circunstancias que favorecen o perjudican la sanción asignada al delito; en ese sentido la norma sería extensiva a las atenuantes, sobre las cuales tampoco podrían realizarse analogías. Otro argumento señalado por el autor es que nuestro Código Penal sigue como modelo el cuerpo normativo Español, que, en esta materia, establece una cláusula genérica amplificadora cuestión que no fue recogida por el artículo 11 del Código Penal, que también es taxativo, a criterio de Rodríguez Collao y no se puede hacer extensivo lo establecido por el legislador Español. (Rodríguez Collao, 2011, p. 423)

La analogía, en materia penal, sólo se permite cuando favorece al reo y no se puede realizar analogía *“contra reo”*, es decir, en perjuicio del sujeto al cual se le atribuye la conducta ilícita. Esto tiene plena injerencia en materia de flexibilización del sistema actual de agravantes, pues al cambiar la forma o tratamiento que el artículo 12 del Código de la

materia da a dichas circunstancias, que agravan la Responsabilidad Penal, podríamos encontrarnos frente al uso indiscriminado de analogías, pues la amplitud de conductas, que contemplaría una causal genérica, podría perjudicar al reo toda vez que su conducta, por analogía, fuese considerada como una situación que entregue desvalor al hecho u omisión objeto del ilícito.

En síntesis y a modo de crítica la proyección del establecimiento de un *Sistema Apertus* o de *Flexibilidad*, perjudicaría al reo al momento de permitir el mayor uso de analogías por parte de los juzgadores, que serían analogías “*contra reo*” toda vez que las agravantes entregan siempre un desvalor tipo penal.

7.2.4 Establecimiento de agravantes genéricas como respuesta a procesos sociales o mediáticos, con injerencia en la política criminal.

El número y configuración de las agravantes dependen de la concreta política criminal subyacente a una regulación penal dada, y en este sentido, el catálogo de agravantes puede presentar cierta diversidad según los distintos ordenamientos y la orientación de la Política Criminal presente en el sistema penal. De esta forma la consagración de las agravantes también dependerá del tipo de Política Criminal y de las decisiones que, por parte del gobierno o del poder legislativo, se adopten para ejercer el poder punitivo del Estado.

Según el autor argentino Guillermo Enrique Frielle la actual proliferación, en las agravantes, de forma genérica o la transformación de los ordenamientos punitivos a sistemas más flexibles o *Numerus Apertus* obedecería a una reacción política y administrativa, fundada en hechos o sucesos sociales, con consecuencia en la política criminal de un país, que, en la mayoría de los casos, obedece a una “*política criminal represiva de emergencia*”. Así el autor al pronunciarse sobre una modificación que se realizó al Código Penal Argentino, en su artículo 41bis, evidencia y hace extensiva la crítica a la tendencia por flexibilizar los sistemas de agravantes.

De esta manera se ha advertido, en la práctica, que las reformas penales y la aparición de nuevas agravantes, que responden a la tendencia de la flexibilización reinante en la

actualidad, tienen como fundamentos ciertos hechos, tales como, la corrupción, fundamentalmente en la administración pública, la impunidad, actos de discriminación a ciertos grupos de la estructura social y un sinnúmero de procesos sociales, cuestión totalmente criticable, ya que se estaría entregando, a nuestro criterio, un desvalor del acto fundándose en razones de una política criminal más estricta, por parte de la administración, que tendría su símil en una “*desconfianza en el juzgador*” por parte del legislador.

El autor antes mencionado es mucho más crítico, al momento de caracterizar este fenómeno, llegando incluso a calificar este proceso de una “*criminalidad tosca*”. Así la aparición de una agravante genérica, que establece un desvalor del acto ilícito fundándose en la calidad del sujeto activo, por ejemplo el delito cometido por un funcionario de la administración pública, podría obedecer incluso a finalidades políticas; en concreto puede ser que dentro del poder legislativo un grupo de parlamentarios imponga una reforma para agravar ciertas conductas, en miras de tener mayor aprobación, por parte de la ciudadanía, o el ejecutivo impulsar leyes penales, que contemplen agravantes genéricas o flexibles, con el propósito de aumentar la aprobación política de su gestión.

La valoración, en la irreprochabilidad de la conducta, sigue teniendo, según el autor, una naturaleza de fundamento social o político y no jurídico, propiamente tal, que la mayoría de las veces no se relaciona con los *principios de justicia o de prevención*, que informan al Derecho Penal Moderno. La culpabilidad debe ser lo que medie entre la conducta y el hecho punitivo, y no otros aspectos extra- jurídicos. (Frielle, 2009, p.3)

Otro ejemplo de lo anterior, es decir, de la aparición de agravantes genéricas como mecanismo de respuesta a una política criminal represiva, de emergencia, y la correspondiente crítica a su fundamentación la postula Patricia Laurenzo Copello, catedrática de la Universidad de Málaga, quién al analizar la aparición de la agravante por violencia familiar, por género o violencia doméstica, a mujeres en España, país en que se consagró una agravante genérica cuando los delitos se motivaran por el género, cuestiona y crítica dicha agravante en su forma genérica, pues, a su criterio, parece más condescendiente con la violencia doméstica , que con la motivación por género, toda vez que el fundamento de dicha circunstancia modificatoria fue la aparición de muchos casos

de violencia doméstica en la sociedad española, siendo dicho instrumento un mecanismo de emergencia tendiente a desincentivar las conductas. (Laurenzo Copello, Patricia, 2005)

Este argumento o crítica a la aparición de agravantes genéricas también es aplicable al artículo 17 de la denominada “*Ley Zamudio*”, toda vez que la urgencia puesta al proyecto, por parte del ejecutivo, a la tramitación de dicho cuerpo normativo, se fundaba en el ataque a un joven motivado por su orientación sexual, norma que contenía una agravante genérica, que trajo problemas interpretativos como lo mencionamos anteriormente.

Otros ejemplos del proceso de proliferación de las agravantes genéricas son la presentación de un Proyecto de Ley, en nuestro parlamento, para agravar la sanción o pena asignada al delito de robo, cuando éste se trate de la sustracción de especies a “*Establecimientos Educativos*”, todo aquello como respuesta a la aparición de múltiples ilícitos, en contra de las propiedades, que albergaban establecimientos, dedicados a la enseñanza. Bajo esta perspectiva los atentados contra estos bienes merecen un reproche social quizás mayor que otros ilícitos, tomando en consideración que los bienes destinados a la educación representan un valor fundamental, para llevar a cabo la labor de enseñar. Es así como la presente iniciativa legislativa apoyada por diputados de la bancada de la Alianza que pretendían establecer penalmente aquellos atentados, entregándoles un estatuto especial, y entendiendo esta circunstancia como agravante de los delitos cometidos contra el patrimonio estudiantil. Es por lo anterior, que los firmantes de la presente moción procedieron a incorporar normativas que protegiesen de un modo directo todos aquellos bienes, considerados de especial importancia, a partir de su finalidad, como lo es en este caso la educación.

Específicamente, la iniciativa consistía en incorporar en el artículo 12 del Código Penal chileno, un nuevo numeral, estableciendo como agravante de la responsabilidad, en lo criminal, los delitos cometidos contra el patrimonio educacional.

Claro está, que la moción anterior no respondía a criterios jurídicos de política criminal razonable, toda vez que se presentaba como un mecanismo para desincentivar el robo a establecimientos educacionales, fundándolo en el reproche social, que tiene la conducta, por la finalidad a la que atienden dichos bienes. (Biblioteca del Congreso Nacional, Boletín

n° 8471, 2007)

A los ejemplos anteriores se pueden agregar un sinnúmero de proyectos de ley y leyes, propiamente tales, que han incorporado agravantes genéricas a nuestro ordenamiento, como son las agravantes a los delitos cometidos por funcionarios públicos, como respuesta a la propagación de actos de corrupción y las agravantes a los delitos tributarios, a consecuencia de la masificación de la evasión y elusión tributaria, en nuestro país, por parte de los contribuyentes. (Hernández, Livia, 2012, p. 5)

A nuestro criterio, el establecimiento de agravantes tendientes a la flexibilidad debiese atender a criterios más jurídicos y procesos sociales menos particulares, toda vez que es tal el desvalor de acto, que aplica dicha agravación de la pena, que no sólo puede ser motivada por una política criminal reaccionaria, sino progresiva y atendiendo a criterios de legalidad, para evitar la aparición de problemas hermenéuticos y de aplicación posteriores.

7.2.5 Obligatoriedad en cuanto a la apreciación de la Circunstancias.

Podemos desprender del tenor literal de los artículos 62 y siguientes del Código Penal, que éstos tienen un carácter imperativo en la redacción de sus disposiciones, de lo que se desprende claramente que la apreciación de las circunstancias no constituye una facultad de los jueces, sino una verdadera obligación, sin dar lugar a una aplicación discrecional de dichas normas.

Es efectivo que el principio de obligatoriedad posee el alcance de imponer al juez a que conceda efecto agravatorio a las circunstancias cuya configuración conste en el proceso; es decir, aquella respecto de las cuales concurra la totalidad de los presupuestos exigidos en la descripción legal.

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

Pero supone también la constatación de los fundamentos que inspiran el efecto agravatorio de la Responsabilidad Penal.

Así, como la existencia de Responsabilidad Penal sólo puede afirmarse una vez constatados por sus presupuestos delito y punibilidad, los cuales, a su vez, constituyen la forma de expresión de su triple fundamentación valorativa sustrato objetivo, sustrato y necesidad de pena ; el efecto modificador de una determinada circunstancia también ha de suponer que concurren los fundamentos que justifican dicho efecto. Si así no fuera, tendríamos que decir que principios como el de responsabilidad por el hecho, de lesividad, de necesidad de pena e, incluso la propia exigencia de culpabilidad, quedarían sencillamente desvirtuados en el proceso de individualización del castigo. (Rodríguez Collao, Luis, 2011, p. 424)

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

En relación con el tema investigado debemos establecer que la aplicación del principio de obligatoriedad que reina en el proceso de verificación de las circunscritas agravantes guarda mejor relación con el sistema de enunciación *Numerus Clausus*, debido a que esta estructura presenta como garantía el establecimiento de normas o reglas más concretas en la aplicación de dichas circunstancias que modifican la pena, teniendo que construir, como lo han desarrollado otras legislaciones con estructuras más flexibles, sistematizaciones que tiene por finalidad regular la aplicación de las agravantes o atenuantes y su obligatoriedad de aplicación.

7.2.6 La Cultura Jurídica Chilena y sus consecuencias en la discrecionalidad de la Función Jurisdiccional en el ámbito Penal.

Uno de los procesos evidentes dentro del fenómeno Jurídico-Penal es el del abandono que ha experimentado el sistema clásico de las penas rígidas por la adopción del sistema de las penas alternativas y de las penas divisibles. Dicho proceso se ha caracterizado por trasladar la individualización legislativa de la pena a una individualización judicial; entendiendo esta última como el acto jurisdiccional por medio del cual el juez determina las consecuencias jurídicas de un delito, según la clase, gravedad y forma de ejecución del ilícito cometido.

El legislador, al sancionar una conducta típica y antijurídica, puede optar entre predeterminar un marco penal más o menos amplio del cual, posteriormente, el juez deberá individualizar la sanción justa (sistema de penas relativo) o establecer una pena invariable. En la regulación del proceso de determinación de la pena, que se contempla en la legislación penal de nuestro país, es posible distinguir entre reglas de determinación legal de la pena; las que inciden en el marco penal aplicable a un delito, y reglas de individualización judicial de la misma; las que influyen en la concreción de la sanción dentro del marco penal ya determinado. (Oliver Calderón, 2011, p.2)

La aclaración anterior se hace meritoria, debido a que en el proceso de determinación de la pena, en nuestro sistema jurídico punitivo, la discrecionalidad del Juez se encuentra bastante limitada, cuestión que, por algunos autores ha sido objeto de críticas, pues esta parte de la doctrina penal considera que el Juzgador Penal debiese tener mayor injerencia en la determinación de la pena, y no sólo limitarse a realizar una operación casi mecánica de aplicación, es decir, comprobada la hipótesis el Juez debe aplicar la norma que contempla la sanción y sus penas accesorias y en el caso de nuestra investigación las agravantes, cuando dichas situaciones entreguen un desvalor al tipo penal.

Este elemento de la escasa discrecionalidad de Juzgador, en el ámbito penal, es un elemento caracterizador de nuestra Cultura Jurídica, pues como muchos han enunciado, nuestro sistema punitivo no confía en los jueces y sus criterios al momento de aplicar la ley y determinar las penas, asunto que no carece de validez, ya que los jueces, como operadores del fenómeno jurídico, se ven influenciados en el ejercicio de sus funciones, por variados

elementos de la realidad, que van desde elementos con contenido social, pasando por políticos y hasta éticos. En otras palabras, los jueces son seres dotados de contenidos de la realidad, que no pueden desligarse, totalmente, de sus percepciones al momento de juzgar.

Es en este contexto donde se plantea una crítica al cambio que podría experimentar nuestro sistema de agravantes de Responsabilidad Penal, puesto que se hace evidente que al hacerlo de forma más amplia o casi abierta las circunstancias que agravan la Responsabilidad Penal se dejaría a la discreción o arbitrio al Juez la configuración de la circunstancia, en referencia al hecho que se quiere agravar. Lo anterior, a nuestro criterio no es correcto, pues la mayor precisión o caracterización de la circunstancia, que agrava la sanción asignada al ilícito, es una garantía de las personas, garantía que dota de seguridad jurídica al sujeto, sobre el cual se hará efectivo el poder punitivo del Estado.

En nuestro país, y por un aspecto propio de la idiosincrasia, los jueces carecen de mayores reglas de Discrecionalidad, obedeciendo esto al escaso tratamiento que, en la doctrina penal se le ha dado a esta materia. Cabe destacar que en países con tradición jurídica menor que la nuestra y que instauran agravantes genéricas, la jurisprudencia de un órgano, guardador de la Constitución, ha tenido que dar solución a los criterios de interpretación o discrecionalidad, de dichas agravantes generales, suceso que ocurrió en Colombia, en la cual mediante una sentencia de la Corte Constitucional de ese país se entregaron criterios de interpretación, de las circunstancias genéricas, para el ejercicio de la discrecionalidad judicial. (Sentencia C-842 de 2010, p.1)

(...Para que de la jurisprudencia se pueda derivar un derecho viviente al cual haya de referirse el juez constitucional, no basta con la existencia de una providencia sobre uno de los conceptos contenidos en la norma demandada. Ello sería insuficiente para configurar un sentido normativo completo y el juez constitucional estaría ante una simple aplicación de la ley. Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos sine qua non los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la

interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma).

7.2.7 Principio de Proporcionalidad: La posible violación a dicho principio por la amplitud y flexibilidad de las Agravantes de Responsabilidad Penal.

La legislación Chilena establece sus penas mediante un catálogo amplio de conductas típicas a las cuales les otorga una pena, para la determinación de las sanciones penales nuestro legislador entrega ciertas reglas estrictas, tanto para la determinación en sí, como para la valoración de las Circunstancias Modificadorias de la Responsabilidad Penal.

Así, el legislador concede al Juez una escasa discrecionalidad en esta materia, es decir, en la aplicación de la pena para el caso en concreto. Dentro de dichos mecanismos o reglas es pertinente destacar el artículo 69 de nuestro Código Penal, ya que la norma señala *“Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”*. Dicha norma establece el principio de la proporcionalidad en materia de la pena, toda vez que el Juez al aplicar la sanción debe atender al número y entidad de la circunstancias que concurren al delito como a la mayor o menor extensión del mal producido con la conducta del sujeto activo. (Naquira R, Jaime, 2008 p 23)

El problema se plantea de la siguiente forma; ¿Podrá un Sistema de mayor flexibilidad o *Numerus Apertus*, proteger el Principio de la Proporcionalidad en el ámbito de la aplicación de la pena? A nuestro criterio y de un análisis hipotético diremos que no; primero porque el Juez para determinar la pena en atención a las circunstancias modificadorias, en particular las agravantes, tendrá un catálogo muy amplio de ellas, siéndole más fácil encuadrar la situación concreta al esquema amplio de conducta que ofrecería un sistema más amplio de

enumeración, cuestión que dará como resultado la posible aplicación de varias circunstancias agravantes, traduciéndose en la aplicación del límite más gravoso dentro del grado asignado al delito; y segundo, que debido a la mayor concurrencia de conductas con desvalor se podría a criterio del juzgador producir un mal más extenso y por lo tanto aplicar el límite más gravoso.

En este sentido, consideramos que lo anterior podría ser incluso perjudicial para el Principio de la Proporcionalidad de las penas en relación al Delito y sus demás elementos accesorios, pues la aplicación de forma desproporcionada de la sanción contemplada para dicho delito al concurrir más agravantes, con motivo de su amplitud, se traduciría en aplicar una pena mayor y a su vez una mayor permanencia del sujeto activo en el Sistema Criminal.

7.2.8 Anteproyecto de Código Penal del año 2005; como iniciativa de cambio en el Sistema de Agravantes de Responsabilidad Penal.

Dentro de la historia Legislativa Chilena podemos encontrar múltiples esfuerzos tendientes a recodificar nuestro Código Penal; la primera de estas iniciativas data de 1929, año en el cual miembros como : Erazo-Fontecilla y Ortiz- von Bohlen presentaron un proyecto de recodificación en lo relativo a la parte general de la teoría del delito; luego en 1938 encontramos los proyectos impulsados por Labatut y Silva; en la Comisión formada en 1945 se encuentra una propuesta de recodificación, entregada por dicha comisión un año más tarde. En el año 1963, por impulso de don Eduardo Novoa Monreal, Presidente del Instituto de Ciencias y en colaboración del Gobierno Chileno, dio comienzo a la elaboración de un Código Penal Tipo para Latinoamérica, trabajo que no pudo finalizar pese a los esfuerzos de sus miembros o encargados. A partir del año 1979 el grupo comandado por Novoa Monreal dejó de trabajar y es así como hasta fines del año 2005 no se realizaron esfuerzos concretos, en el ámbito Legislativo, tendientes a reorganizar nuestro cuerpo normativo punitivo.

Durante la administración del ex presidente de la República Don Ricardo Lagos Escobar y al alero del Ministerio de Justicia comandado por el jefe de dicha cartera Don José Antonio Gómez, en 2003, se crea mediante el Decreto Supremo número 443 del Ministerio de Justicia, la comisión de trabajo denominada “*Comisión de estudios para la elaboración de un anteproyecto de Código Penal o Comisión Foro Penal*”.

Dicha comisión estuvo integrada por diferentes actores del ámbito jurídico y de las ciencias penales, entre los cuales se encontraban connotados académicos de las principales Escuelas de Derecho de nuestro país, Jueces de la República dedicados a la producción legislativa y Jurisconsultos penales en general, contando con el apoyo y asistencia técnica de la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia.

Dicha instancia fue guiada principalmente por los profesores Jean Pierre Matus Acuña y Héctor Hernández Basualto, organizándose en diferentes unidades de trabajo para cumplir su cometido, los que fueron, establecer una discusión acabada y completa a la parte general de nuestro Código Penal y presentar un anteproyecto de Código Penal para nuestro país. Sobre la metodología de trabajo utilizada por el foro penal podemos decir que éste, se organizó en unidades de trabajo según los tópicos de la parte general del vigente Código Penal, se fijaron reuniones periódicas en un plazo razonable para formular, por sus miembros en conjunto o en plenario, observaciones a las proposiciones individuales. Finalmente todas las reflexiones y apreciaciones fueron incorporadas por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia quién presentó un borrador final de anteproyecto de Código.

Cabe señalar que la comisión de estudio realizó un tratamiento acabado de todas las instituciones de nuestro código penal vigente, cuerpo normativo que hasta la época aún no ha sido modificado, pese a algunos e importantes intentos como este. Dichas modificaciones y análisis se relacionan con el tema estudiado por este trabajo, es decir, las agravantes de responsabilidad penal.

En primer lugar, cabe señalar que la comisión al analizar las agravantes y atenuantes presentes en nuestro Código Penal, además de realizar correcciones formales generales corrigió el estilo de las formas verbales de circunstancias atenuantes y agravantes.²

La materia de las agravantes de Responsabilidad Penal, como la de las circunstancias modificatorias que la atenúan o eximen, fue tratada por la unidad de trabajo número uno de la comisión para el anteproyecto, comisión que tuvo a su cargo proponer modificaciones al libro primero de nuestro código vigente, en donde se encuentran las circunstancias agravatorias.

Al revisar el informe anexo a nuestra tesina, se advierte que la comisión de trabajo en lo referido a sistemas de eximentes, atenuantes y agravantes de responsabilidad penal, intentó mostrar cierta neutralidad sistemática al tratar las instituciones pertinentes a su trabajo, de esta forma y a mérito de la Secretaría Técnica no le correspondería a la comisión optar por disputas teóricas sobre los sistemas de circunstancias y algunos conceptos como antijurídica, culpabilidad y tipicidad, entendiéndose que a la ley le toca una labor más reguladora de la vida de los ciudadanos, es por este motivo que la comisión se limitó a proponer un sistema regulatorio más condescendiente con la economía del recurso regulatorio, regulándose únicamente solo lo que a consideración de la comisión es más indispensable para la seguridad jurídica, atendiendo la aplicación práctica existente en Chile del Derecho Penal. (Materiales de discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte general, Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, p.37)

En lo referente específicamente a las agravantes, la comisión de trabajo antes mencionada, estableció lo siguiente;

En su sección 33^a, mediante la propuesta de los integrantes de la comisión Feller y Acosta,

² Para mayor comprensión de las propuestas y modificaciones dirigirse a la tabla de materiales de discusión presentados a la Comisión de Foro Penal; Propuesta de tratamiento para las circunstancias modificatorias de la responsabilidad elaborada por los profesores Juan Domingo Acosta y Claudio Feller, pág. 157.

la comisión realizó un sinnúmero de apreciaciones al catálogo de circunstancias modificatorias presentado por los integrantes antes mencionados, primero las circunstancias atenuantes que se podrían considerar “*pasionales*”, se refunden en un solo numeral, en segundo lugar y como se presenta en el cuadro comparativo establecido en el Informe de Materias de la Comisión, la comisión propone mantener el sistema de atenuantes y agravantes, como es lo que existe en nuestro actual Código Penal y varios códigos de la región.

Respecto a la denominación que el código le entrega al apartado de las circunstancias agravantes, la comisión en pleno decide mantener la denominación del artículo 12 del texto legal vigente.

En cuanto a las circunstancias en específico la comisión realizó algunas observaciones a la propuesta de don Juan Domingo Acosta y don Claudio Feller, dicha propuesta en resumen, contemplaba la reformulación de las circunstancias agravantes como la Alevosía, cometer delito mediante precio, recompensa o promesa (agravándose la pena solo respecto al autor y al cómplice), el aumento deliberado del mal del delito (se propone refundar con la agravante del número 9 del artículo 12 del Código vigente), respecto de la agravante de abusar el delincuente de la superioridad de su sexo, de sus fuerzas o de las armas (en este caso se propone refundir con las circunstancias agravantes previstas en los números 7, 10, 11 y 12, teniendo por fundamento el aprovechamiento menor de la víctima), en cuanto a cometer el delito con abuso de confianza la comisión propone refundirlas con las circunstancias agravantes previstas en los números 6, 10, 11 y 12 del artículo 12, sobre cometer el delito prevaleciendo el carácter público que tenga el culpable se propone reformular su enunciación, respecto a la agravante de emplear los medios o hacer que concurren las circunstancias que añadan ignominia a los efectos del hecho (se propone refundir con la agravante prevista en el número 4 del artículo 12, que es el ensañamiento), cuestión similar sucede con las agravantes décima, décima primera y segunda del artículo antes mencionado, es decir, refundirlas con otras ya existentes y que quedarían formuladas de otra forma en el anteproyecto.

Por otro lado la comisión, por proposición de los integrantes Acosta y Feller decide suprimir las agravantes de; ejecutar el delito por medio de inundación, incendio, veneno u otro artificio, la agravante de obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz, la agravante de ejecutar el delito en desprecio o con ofensa de la autoridad pública o en el lugar en que se halle ejerciendo sus funciones, también se propone suprimir la circunstancia agravatoria de cometer el delito mientras se cumple con una condena o después de haberla quebrantado y dentro de los palazos en que puede ser castigado por el quebrantamiento, a su vez también es aceptado sin observaciones mayores la propuesta de suprimir las agravantes contempladas en los numerales 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del artículo 12 del Código Penal.

Finalmente, se propone a la comisión y es aceptado por esta, agregar una nueva circunstancia en consideración a la bajeza de los móviles que dicen relación con los motivos racistas e ideológicos (basados estos en el modelo español de agravantes).

Dentro de las observaciones y recomendaciones que la comisión en pleno le hizo a la propuesta de los autores ya mencionados, *el profesor guía de esta tesina, Waldo del Villar Brito*, recomendó a la comisión de trabajo incluir una atenuante que considerara entre las mismas a la *senilidad*, cuando ella, produce un menoscabo o perjuicio a la capacidad intelectual del imputado, debido que con la edad se puede deteriorar la salud mental del procesado, al extremo de podersele considerar con su imputabilidad disminuida, cuestión que a mérito del autor se encuentra presente y ha sido considerada por la jurisprudencia española. La atenuante fue redactada y posteriormente de la discusión, la comisión decide no incluirla, ya que bajo su criterio, esta se encontraba considerada en la primera de las atenuantes contempladas por el nuevo anteproyecto.

Ahora bien, cabe preguntarse, por qué es importante mencionar estos intentos por cambiar la legislación punitiva, lo cual tiene como respuesta, que del análisis de algunos de estos proyectos, encontramos iniciativas por cambiar el sistema de enumeración de las

Circunstancias Agravantes de la Responsabilidad Penal, tendientes a la flexibilidad o establecimiento de un Sistema de *Numerus Clausus*.

El Proyecto del año 2005, es uno de los intentos que considera de forma más clara y precisa el establecimiento de un Sistema de mayor flexibilidad en materia de agravantes, dicho proyecto, impulsado por Jean Pierre Matus, contenía todos los tipos penales a la fecha vigentes, teniendo como elemento de ordenación los bienes jurídicos que protegían dichas figuras, junto con un sinnúmero de recomendaciones para su aplicación, entre otras asuntos.

En lo pertinente a nuestra investigación el Anteproyecto de Código tipificaba nuevas circunstancias para los delitos establecidos en la legislación vigente, circunstancias que restaban ciertos requisitos pero que se consagraban de forma más extensiva.

El informe en cuestión entregaba como propuesta incorporar modalidades delictivas redactadas de forma general, con el objeto de modificar las reglas del Código vigente, fundado lo anterior como dice uno de sus propios autores Jean Pierre Matus; “*fijando una técnica que logre hacer compatible la regulación punitiva con un cambio de valoraciones sociales del que ya no da cuenta la anteriormente vigente*”. (Matus, Jean Pierre, 2010 p.)

De forma más concreta, diremos que el Anteproyecto de 2005 en materia de Responsabilidad Penal, se apega a una “*teoría moderada de la culpabilidad*”; por otra parte en materia de Circunstancias Modificadorias de Responsabilidad Penal mantiene las principales atenuantes vigentes hasta la actualidad, agregando una atenuante general por obrar con motivos piadosos o altruistas y la de “*análoga significación*”, pero en materia de agravantes el Anteproyecto de Código Penal reduce las actuales circunstancias a sólo tres, a saber: la alevosía, el precio o recompensa y el ensañamiento, estableciendo la facultad al Juez de apreciar su verificación con mayor discrecionalidad.

En el comentado Anteproyecto como lo establece la Profesora María Cecilia Ramírez Guzmán; “*Se abandona la fatigosa y asistemática enumeración de supuestos minorantes o agravantes, optando por su simplificación y notoria reducción de los mismos*”, fundado lo

anterior en la idea de suprimir algunas agravantes motivado por “*la necesidad de racionalizar el sistema de circunstancias modificatorias actualizándolo, según las valoraciones vigentes.*” (Ramírez Guzmán, María Cecilia, 2007, p. 2).

La iniciativa de recodificación comprende seis atenuantes versus las diez del Código actualmente vigente, limitándose como antes mencionamos a enumerar tres agravantes, suprimiendo finalmente la circunstancia mixta de parentesco.

Presentaremos a continuación, para una mayor ilustración, como quedaría el artículo que contemplaba las agravantes, sin perjuicio de las demás agravantes especiales que se encontrasen en tipos penales específicos:

Artículo 8 del anteproyecto, son circunstancias agravantes:

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

2º Cometerlo por o mediante precio, recompensa o promesa

3º 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"

Pues bien, esta innovación en materia de agravantes obedece a una tendencia, que anteriormente hemos enunciado, en la Doctrina Penal Nacional e Internacional, con miras a “*racionalizar*” (concepto acuñado por la autora María Cecilia Ramírez Guzmán) la enumeración fatigosa o inflexible, debiendo señalar que atenta contra los principios propios de nuestro sistema de determinación de las penas y su correlativas máximas a nivel de Derecho Penal.

Consideramos también, que aunque el Anteproyecto no tuvo un resultado esperado o mayor

discusión legislativa, por la nula insistencia Gubernamental, este intento por recodificar nuestras leyes penales no obedece a la tradición que por años nos ha caracterizado en una tradición legalista, expresada de muy buena forma por el Código Penal vigente, la cual mira el interés no sólo de la víctima en la aplicación de agravantes, que finalmente se traducen en mayor pena, sino del imputado quién es, el que concretamente sufre la sanción como aplicación de la Ley.

VIII. Conclusiones

Finalmente debemos hacer algunas apreciaciones pertinentes: estimamos que la concepción de Responsabilidad Penal, debe ser concebida como la consecuencia jurídica, a la verificación de un delito o conducta tipificada por nuestro ordenamiento, a su vez en virtud de ella, el sujeto activo de la conducta ilícita, antijurídica y tipificada queda sometido a la potestad sancionadora del Estado, concretizándose dicha facultad en una pena impuesta a dicha acción u omisión y a los demás elementos determinadores de la pena.

En cuanto a la noción de Circunstancias Modificadorias de Responsabilidad Penal esta debe guardar relación con la idea de Responsabilidad Penal antes mencionada, ya que esto será más condescendiente con la idea de justicia y los imperativos legales aplicables a la materia. Lo descrito anteriormente se traduce en que la noción de Elementos Accidentales de la Responsabilidad Penal debe cumplir directa relación con la faz objetiva de la Responsabilidad Penal y deben siempre relacionarse con el juicio de irreprochabilidad propio de la Antijuridicidad, más que de la conducta, entendiendo que esta vinculación podría entregar mayor racionalidad a los elementos accidentales, en específico a las agravantes.

Para mejorar la vinculación de la noción de circunstancias modificadorias, con los elementos sustantivos y del concepto de Responsabilidad Penal; proponemos una racionalización de las agravantes, su forma de enunciación y su correlativa aplicación, toda vez que debemos ser capaces de dar soluciones, como las del Código Penal Español, a la poca racionalidad de dichas circunstancias modificadorias. Claro está que trasladar la solución Española a nuestro país sería un mecanismo poco indicado, pues los sistemas jurídicos extranjeros difieren mucho del nuestro.

También estimamos, como ha quedado demostrado que la tendencia mayoritaria en la doctrina penal es a flexibilizar o ampliar las circunstancias agravantes y su sistema de enunciación, por uno de *Numerus Apertus o Mixto*, cuestión no es del todo errada, ya que el sistema casuístico presenta muchos problemas para interpretación y aplicación de dichos elementos. Pero somos conscientes que al momento de recomendar la ejecución de dicha

tendencia en los ordenamientos particulares de cada país, debemos estudiar y analizar de forma crítica los posibles resultados y atentados en contra de los principios informantes del sistema jurídico en general.

Respecto de la definición de circunstancias modificatorias debemos decir que éstas deben ser caracterizadas como, hechos, situaciones o datos, ajenos o extraños al tipo, los cuales sirven como instrumentos a los que la ley le otorga la facultad de medir la intensidad con que se debe aplicar la pena al caso en concreto.

Por otra parte cabe señalar que el sistema actual de nuestro código se condice o vincula con mayor facilidad con los Principios de la Legalidad y Proporcionalidad que deben observar los tipos penales y todos sus elementos accidentales.

Consideramos que la aparición en nuestra legislación de agravantes de Responsabilidad Penal con una estructura de enunciación amplia o general responde a una política criminal mal llevada por las autoridades y de emergencia, que sólo actúa como mecanismo criminal negativo y no tienen mayor desarrollo legislativo. Quedando demostrado lo anterior con los casos hipotéticos de la Ley de Fomento a la No discriminación, las figuras de delitos en contra de Establecimientos Educativos, las ejecutadas por Autoridades Públicas, y el problema que se genera en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil con la doble valoración de las agravantes.

Con lo que se puede concluir que la amplitud y vaguedad con la que se describen las situaciones o hechos que tendrían la propiedad de agravar o entregar un desvalor al delito, son perjudiciales y llevan a los operadores jurídicos a un mayor uso de estos elementos en el desarrollo de sus funciones, sobre todo en la Jurisdiccional, pues, sobre todo ésta debe tener en cuenta los Principios de Legalidad y Proporcionalidad que caracterizan nuestro Derecho.

También estimamos que el cambio en el sistema de agravantes es algo que debiese producirse en nuestro ordenamiento, tomando con esto en consideración toda la crítica doctrinal presente en los autores de nuestro país, pero que debe efectuarse atendiendo a toda la tradición legalista y de poco desarrollo de las capacidades o discrecionalidad de

nuestros juzgadores, y la casi nula existencia de criterios o reglas para operar con dicha discrecionalidad en pos de un uso no abusivo o arbitrario de los elementos que gravan la pena. En este sentido somos consciente que la aplicación o cambio en el sistema en materia de agravantes debe hacerse de forma cuidadosa y crítica, debido que por sobre cualquier valoración o motivación en este caso se está perjudicando el ejercicio de los Derechos Fundamentales de las Personas, pues el ejercicio del Poder Punitivo del Estado puede traducirse en la privación de libertad o de otros bienes jurídicos no menos importantes.

Claro está, que nuestro sistema penal no se encuentra preparado para realizar un cambio con respecto a la materia que hemos investigado, creemos que debe existir más debate y discusión respecto a los elementos que otorgan desvalor a la conducta tipificada, suceso que también se vincula con una mayor educación y preparación de los operadores jurídicos, en el sentido de aplicar las normas con mayor discrecionalidad, pero observando criterios de justicia y equidad. Es así como estimamos que al igual como lo han hecho autores connotados del ámbito penal es meritorio cuestionarse el uso o desuso de ciertas figuras que son consideradas por nuestro legislador como agravantes.

Con todo, no queremos que se entienda que estamos recomendando seguir el proceso de racionalización de la agravantes que han llevado países como España, ya que sería una irresponsabilidad querer aplicar iguales cambios estructurales en países con tradiciones e idiosincrasias tan distintas, pues al final de cuenta los sistemas que regulan la vida de los habitantes de un sociedad deben tener relación con las características, principios y particularidades de las personas que forman dicha comunidad.

Estimamos que recomendar un cambio de nuestro sistema de *Numerus Clausus*, por uno *Mixto* o de plano por uno de enumeración *Apertus*, sería entregar una recomendación poco fundada y desarrollada, ya que como quedó demostrado con los casos prácticos planteados en algunos argumentos o los hipotéticos, dicho cambio traería mas consecuencias negativas en los procesos judiciales de la determinación de la pena, que finalmente se traducen en la privación de ciertos derechos para las personas que son objetos de la persecución penal y de la correspondiente aplicación de la sanción y de sus elementos accidentales. Tenemos la convicción , que el ejercicio del poder punitivo del estado debe siempre tener presente los

criterios de justicia y equidad que informan al Derecho en general y que motivan los cambios de los sistemas penales de autor a unos más garantista.

En relación con la forma en que países vecinos al nuestro han solucionado e incorporado dicha tendencia a sus ordenamientos penales, debemos ser enfáticos en decir que pasado un tiempo estos mismo países han verificado como las problemáticas sufridas en la práctica tuvieron que ser subsanadas por otros organismos ajenos y distintos a los que ejercen la función legislativa, sin desmerecer el rol integrador del Derecho que deben tener las Cortes superiores de justicia. Con esto, se ve plasmada la importante premisa jurídica, donde la norma debe ser un elemento abstracto dotado de realidad y que el legislador, artífice de dicha creación debe ser capaz de mirar más allá de la necesidad de regular la vida en sociedad, sino más bien dilucidar las consecuencias prácticas y reales de la aplicación de regulación.

El Derecho y menos el Derecho Penal no deben configurarse como elementos remediales de las problemáticas sociales, ni de los intereses de ciertos grupo, pues una característica del Ordenamiento Jurídico es la generalidad y esta se ve concretizada en no especificación de la norma.

La Política Criminal de un país debe ser la expresión de lo que como sociedad hemos estimado, que debe ser objeto de una sanción aplicada por el sistema penal, y no puede ser elemento objeto del arbitrio de la Autoridad Gubernamental o de otro tipo en el ejercicio de su función.

Cabe señalar que se han realizado intentos bastantes estimables para dotar de mayor racionalidad nuestro catálogo de agravantes o de circunstancias modificatorias en general, intentos que por nula voluntad gubernamental no se han podido convertir en efectivas enmiendas, evidenciado con esto, la necesidad de recodificación de nuestra ley penal, en la cual se presentan variados tipos penales en distintos cuerpos normativos y múltiples elementos accidentales propios de éstos, asunto del cual nos sentimos parte y responsables como operadores jurídicos que pretendemos desarrollarnos en el área del Derecho Penal. Dichos intentos y sobre todo él de la Comisión Foro Penal, integrada por varios académicos y operadores jurídicos, han sido desechados por la autoridad de gobiernos, e

incluso vemos difícil que con el cambio de conglomerado político que gobierna la administración y sus múltiples problemas en el ejercicio de la función, iniciativa como esta vuelvan a resurgir y sean escuchadas en el parlamento.

Finalmente, y atendiendo a la tarea antes descrita, es que con esta investigación hemos tratado de entregar un análisis crítico de la tendencia mayoritaria en el Derecho Comparado y en nuestra Doctrina Penal Nacional, tendencia que es recomendada por variados y reconocidos autores, pero que carece de un tratamiento exhaustivo y mayormente desarrollado a nivel dogmático.

De esta manera podemos concluir que para incorporar reformas de tal envergadura, se requiere tomar en consideración la realidad social, jurídica, económica y además aquellas consecuencias que pueden conllevar la implementación de este nuevo sistema y no dejar de lado uno de los principios fundantes del Derecho Penal como lo es el Principio Garantista, que vela para que ciertos derechos fundamentales no sean vulnerados.

X. Bibliografía

1. Libros:

Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazabal Malaèe, Hernán (1999): *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen III, Editorial Trotta, Santiago, Chile.

Bustos Ramírez, Juan (1991): *Manual de Derecho Penal, Parte General*; Tercera Edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España.

Cuello Calón, Eduardo (1955-56), *Derecho Penal conforme al Código Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, España.

Cury Urzúa, Enrique (2005): *Derecho Penal, Parte General*; Octava Edición Ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.

Del Villar Brito, Waldo (1985): *Manual de Derecho Penal, Parte General*: Editorial EDEVAL, Valparaíso Chile.

Hernández Basualto, Héctor (2007): *El nuevo Derecho Penal de Adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito” en*, Revista de Derecho, Universidad Alberto Hurtado. Santiago, Chile. P. 195-217.

Laurenzo Copello, Patricia (2005): “*La Violencia de Género en la Ley Integral, Valoración Político-criminal*”, en; Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Disponible en:

<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>. Fecha de última consulta: 23 de Septiembre de 2012.

Mejías Rodríguez, Carlos Alberto (2011): *Las Circunstancias Atenuantes y Agravantes en la Teoría General de la Circunstancias Modificadorias de la Responsabilidad Penal*, en Revista de Derecho Penal, Universidad de la Habana, Cuba, p. 5-118.

Novoa Monreal, Eduardo (2005): *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*: Tomo II, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

Rivacoba, Manuel (1988): *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito, en Doctrina Penal*, Editorial Mario Lener, Córdoba, Argentina.

Verdugo Marinkovic, Mario (1986): *Código Penal, concordancias, antecedentes históricos, doctrina, y jurisprudencia*; Tomo I, Segunda edición, Editorial Jurídica: Ediar-Conosur Ltda., Chile)

Wezel, Hans (1976): *Derecho Penal Alemán, Parte General*: Onceava Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2003): *Manual de Derecho Penal, Parte General*: Sexta Edición, Editorial EDIAR., Buenos Aires, Argentina.

2. Artículos y documentos electrónicos:

Frielle, Guillermo Enrique (2009): “*El artículo 41 bis del Código Penal: un producto más de los discursos de emergencia?*”

Disponible en; http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/art_41_bis.htm

Hernández, Livia (2012): “*Circunstancias Atenuantes y Agravantes de Responsabilidad Penal en Materia Tributaria*”, en; Temas de Derecho Wordpress. Disponible en; <http://temasdederecho.wordpress.com/2012/05/28/circunstancias-atenuantes-y-agravantes-de-responsabilidad-penal-en-materia-tributaria/>. Fecha de última consulta: 22 de Septiembre de 2012.

Naquira R, Jaime (2008): “Principios y penas en el Derecho Penal Chileno”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología de la Universidad Católica de Chile*, Santiago de Chile, Cristóbal Izquierdo S., Paula Vidal R. y Víctor Vidal M. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf> Fecha de última consulta: 25 de Octubre de 2012.

Oliver Calderón, Guillermo (2011): “*¿No puede aplicarse el artículo 68 bis del código*

penal después de una compensación racional entre atenuantes y agravantes?”, en Revista de Derecho de la Universidad de Coquimbo, Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000100007. Fecha de última consulta: 28 de Septiembre de 2012.

Matus, Jean Pierre (2010): “*El anteproyecto de código penal para la nación de 2005. Origen, desarrollo y perspectivas*”,

Disponible en: <http://www.microjuris.cl/>. Fecha de última consulta: 15 de Octubre de 2012.

Ramírez Guzmán, María Cecilia (2007): “*Anteproyecto de Código Penal; hacia una racionalización de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal*”, en documentos y jurisprudencia MicroJuris.

Disponible en: <http://www.microjuris.cl/>. Fecha de última consulta: 24 de Octubre de 2012.

Rodríguez Collao, Luis (2011, 1er semestre): “*Naturaleza y fundamentos de las circunstancias modificatorias de la Responsabilidad Criminal*” en, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. XXXVI, p. 397-428.

Sánchez-Ostiz, Pablo (2006): “Fundamentos Metodológicos para la Parte Especial del Derecho Penal”,

Disponible en; <http://www.unav.es/penal/bartulos/05>. Fecha de última consulta: 23 de Septiembre de 2012.

Varas Pinto, Tatiana (2010, 1er semestre): *La Determinación de la Sanción Penal Juvenil* en, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. XXXIV, p. 475-501.

Verbal, Valentina (2012), *¿Qué es la Ley Antidiscriminación?*, en, Fundación Iguales. Disponible en <http://www.iguales.cl/la-tercera-ley-antidiscriminacion-por-valentina-verbal/>. Fecha de última consulta: 25 de agosto 2012.

3. Documentos:

VLex Chile, Enciclopedia Jurídica, búsqueda: Analogía en circunstancias modificatorias e la responsabilidad penal. Disponible en: www.vlex.cl . Fecha de última consulta: 22 de Septiembre de 2012.

Materiales de discusión presentados a la Comisión del Foro Penal, Parte General.

Versión refundida de los materiales de discusión de las unidades 1 a 5, con las observaciones recibidas y conclusiones arribadas en las sesiones de la Secretaría Técnica y del Foro Penal. Disponible en: Archivo, Ministerio de Justicia. Fecha de última consulta: 26 de diciembre de 2012.

4. Jurisprudencia:

Sentencia C- 842, Corte Constitucional de Colombia: (2010), Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 372 del Decreto Ley 100 de 1980 y el Artículo 267 de la ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”. Actora: Mónica Rangel Cubides v/s Magistrado Sustanciador: Mauricio González Cuervo.