



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Rodríguez Collao, Luis

Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXVI, 2011, pp. 397-428

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173620958010>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista de Derecho
 de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
 XXXVI (Valparaíso, Chile, 2011, 1^{er} Semestre)
 [pp. 397 - 428]

**NATURALEZA Y FUNDAMENTO
 DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS
 DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL***

[“Nature and Grounds of the Modifying Circumstances of Criminal Liability”]

LUIS RODRÍGUEZ COLLAO**
 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El trabajo examina el concepto y los fundamentos de la noción de responsabilidad criminal como base para una adecuada caracterización de las circunstancias modificatorias de esa forma de responsabilidad; en especial, para una adecuada comprensión de su naturaleza, de sus efectos y de los valores en que ellas se sustentan. El análisis también se extiende a las consecuencias de la adopción por parte del *Código Penal* chileno de un sistema de regulación específica, entre ellas el principio de obligatoriedad en cuanto a la aplicación de las circunstancias.

ABSTRACT

This article examines the concept and grounds of the criminal liability notion as a base for adequate characterization of the modifying circumstances of said liability; especially for proper understanding of its nature, its effects, and the values they stand on. The analysis also includes the consequences of the adoption by the Chilean *Criminal Code* of a specific regulation system, among which is the principle of obligation regarding the application of the circumstances.

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

** Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal, Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Dirección electrónica lrodrigc@ucv.cl

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad penal – Circunstancias modificatorias – Agravantes – Atenuantes – Elementos accidentales del delito.

KEYWORDS

Criminal liability – Modifying circumstances – Aggravating circumstances – Extenuating circumstances – Accidental elements of the crime.

[RECIBIDO el 29 de abril y APROBADO el 13 de mayo de 2011].

I. INTRODUCCIÓN

Con mucha frecuencia se insiste en que la teoría del delito ha acaparado casi por completo la atención de los estudiosos del derecho penal, hasta el punto que el resto de las instituciones que integran esta rama de las ciencias jurídicas, no sólo ostenta un desarrollo marcadamente inferior al de aquélla, sino que incluso en muchos casos no ha superado el plano de la mera exégesis legal. Varias son las fórmulas que utiliza la doctrina para exponer los temas que trascienden la teoría del delito o que son una consecuencia de ella. Históricamente, la fórmula más utilizada fue la de englobar dichos tópicos bajo la rúbrica de “teoría de la pena”¹, o simplemente “la pena”. Sin embargo, desde que los ordenamientos jurídicos fueron dando cabida a otra forma de reacción paralela, consistente en la aplicación de medidas de seguridad, dicha cláusula se hizo demasiado estrecha para captar el contenido más amplio que se pretendía asignar al tema. Fue así como surgieron otras fórmulas alternativas, entre las cuales destaca, por su mayor difusión, el empleo del término penología, que aun se encuentra muy arraigado en la doctrina de algunos países, e incluso ha sido utilizado para designar una verdadera disciplina autónoma cuyo objeto de estudio sería, precisamente, la sanción, pero enfocada en sus contornos sustantivos y extra-sustantivos, y en su doble vertiente de pena y medida de seguridad.

También con carácter alternativo, algunos autores enfocan el tema desde la perspectiva de la función que ejerce el Estado al enfrentar el problema de la criminalidad, utilizando denominaciones como teoría de la reacción social o teoría de la reacción penal, o bien, teoría de la coerción penal, las cuales sin embargo no han concitado un grado de adhesión especialmente significativo².

¹En Chile, la siguen utilizando, POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), p. 469.

²La primera de las fórmulas nombradas es utilizada por NOVOA, E., *Curso de Derecho Penal chileno. Parte general* (3^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005),

En la doctrina española contemporánea, se encuentra muy difundido el empleo de la fórmula “consecuencias jurídicas del delito”³, bajo la cual se examina no sólo el material dogmático atingente a la pena, sino también el que respecta a las medidas de seguridad y a los efectos civiles del hecho punible. Sin embargo, como acertadamente advierte Zaffaroni, son tan variados y heterogéneos los efectos que derivan de la comisión de un delito, que resulta ilusoria la pretensión de desarrollar sistemáticamente una teoría general que comprenda la totalidad de esas consecuencias jurídicas⁴. Entre tales efectos, cabe mencionar los distintos tipos de responsabilidad que aquél puede generar: penal, civil, administrativa, política, fiscal, ético-profesional, etc.; ciertas incapacidades que dispone la ley respecto del condenado; las medidas que el Estado adopta con fines educativos, terapéuticos o simplemente defensivos, como el internamiento siquiátrico, e incluso numerosas consecuencias en el ámbito previsional, sucesorio, jurídico-familiar y mercantil.

Frente a este panorama, lo más que puede aspirar la dogmática es a sistematizar cada una de estas consecuencias, de acuerdo con sus propios fundamentos y siguiendo los principios que inspiran las disciplinas a que ellas naturalmente pertenecen. En lo que respecta al derecho penal, sobre todo en los países de tradición hispánica, resulta insoslayable el dato de que prácticamente toda la regulación de la parte general aparece estructurada sobre la base del concepto de responsabilidad penal, de suerte que incluso el delito es concebido como mero antecedente de ésta; y también es imposible pasar por alto, tomando en consideración las exigencias que nuestros códigos formulan respecto de tal presupuesto, que dicha responsabilidad se concreta exclusivamente en la pena.

Según nuestra opinión, la regulación de los aspectos sustantivos de la reacción punitiva debería efectuarse tomando como base el concepto de responsabilidad penal, básicamente porque permite establecer un puente de unión entre el delito y la pena, de modo que no aparezcan en el sistema de nuestra disciplina como entes autónomos, sino como dos realidades recíprocamente implicadas, en especial en lo que respecta a las garantías que han de presidir y limitar el ejercicio de la potestad punitiva. En este contexto,

p. 259; la segunda, por CURY, E., *Derecho penal. Parte general* (7^a edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), p. 691; y la tercera, por ZAFFARONI, E., *Tratado de Derecho penal* (Buenos Aires, Ediar, 1988), V, p. 11.

³ Utilizan esta fórmula, por ejemplo: MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general* (7^a edición, Barcelona, Reppertor, 2005), p. 655; MUÑOZ CONDE - F. GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2005), p. 500; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal* (Pamplona, Aranzadi, 2005), p. 648.

⁴ ZAFFARONI, E., *Tratado*, cit. (n. 2), I, pp. 62-63.

la noción de responsabilidad penal ofrece un marco muy apropiado para llevar a cabo una sistematización que comprenda no sólo los principios y las normas que la rigen, sino también aquellos que gobiernan la pena, en tanto que instrumento de concreción de esta forma de responsabilidad⁵. Sin embargo, donde más se aprecia la necesidad de establecer esta relación, es en el campo de la cuantificación de la forma en que cada persona debe enfrentar el ejercicio de la potestad punitiva, proceso que cabe denominar graduación de la responsabilidad penal.

Entre los diversos instrumentos de graduación de la responsabilidad penal, las circunstancias modificatorias, sin lugar a duda, ocupan un lugar preponderante. Pese a ello, y pese también a la extraordinaria frecuencia con que la praxis judicial hace uso de este instrumento, el tema plantea numerosos problemas, no sólo en lo que respecta a cada una de las circunstancias en particular, sino también en lo concerniente a su teoría general; y, dentro de ella, el punto relativo a la naturaleza y a los fundamentos de las circunstancias es ciertamente el que suscita la mayor parte de las dificultades. Tal es, precisamente, el tema a que se refiere este trabajo, el que será abordado tomando como base y teniendo como contexto la noción de responsabilidad penal, en los términos anteriormente explicados.

II. CONCEPCIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Antes de examinar específicamente el concepto de circunstancia modificatoria parece insoslayable aclarar qué ha de entenderse por responsabilidad penal. Por decirlo con otras palabras, qué es aquello que, por expresa denominación de la ley, tales circunstancias vienen a modificar.

Como se sabe, el ordenamiento jurídico chileno utiliza indistintamente las expresiones responsabilidad penal y responsabilidad criminal, las cuales pueden perfectamente ser consideradas como términos sinónimos. A pesar de que la *Constitución* utiliza exclusivamente la primera de esas expresiones, no existe en dicho texto ningún antecedente que haga suponer que deba preferirse su empleo, por sobre la expresión responsabilidad criminal, que es la usada por el *Código Penal* chileno a lo largo de toda su preceptiva.

Es cierto que un importante segmento de la doctrina está de acuerdo en

⁵En lo que respecta a su denominación, cabe señalar que el ordenamiento jurídico chileno emplea indistintamente las expresiones responsabilidad penal y responsabilidad criminal, las cuales pueden perfectamente ser tenidas como términos sinónimos. A pesar de que la *Constitución* utiliza exclusivamente la primera de esas expresiones, no existe en dicho texto ningún antecedente que haga suponer que deba preferirse su empleo, por sobre la expresión responsabilidad criminal, que es la usada por el *Código* chileno a lo largo de toda su preceptiva.

que el término responsabilidad debe ser entendido como uno de los efectos propios del hecho punible; sin embargo, otro sector, no menos importante, insiste en vincular dicho concepto con alguna de las categorías sistemáticas de la teoría del delito, de la cual incluso se ha llegado a afirmar que forma parte⁶. De ahí que pueda establecerse una clara diferenciación entre aquellas concepciones que relacionan la noción de responsabilidad penal con alguno de los elementos del concepto de delito, que para fines expositivos, denominaremos intrasistemáticas, y aquellas que la sitúan fuera del sistema de la teoría del delito, que, con ese mismo propósito, en adelante llamaremos extrasistemáticas⁷. Entre las concepciones intrasistemáticas, destaca en primer término aquella que concibe la responsabilidad penal como sinónimo de imputabilidad, es decir, en referencia a la capacidad del individuo para captar la ilicitud de sus actos y para dirigir conscientemente sus acciones; y que hasta donde llega nuestro conocimiento hoy sólo tendría importancia histórica.

También cabe mencionar aquí el criterio que concibe la responsabilidad penal como exigibilidad de una conducta adecuada a derecho, formulado inicialmente por Maurach, quien distingue, al interior de lo que él llama la atribuibilidad de la conducta, dos aspectos en los que debe descomponerse el análisis: la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad propiamente tal⁸. Según este planteamiento, el primero de los elementos nombrados tendría un carácter netamente objetivo, puesto que implica la determinación acerca de si el hecho ejecutado por una persona puede o no ser atribuido, de modo general, a una subjetividad reprochable.

Varias son las propuestas sistemáticas que identifican responsabilidad penal con culpabilidad. Entre ellas, el planteamiento de Welzel, basado en su concepción de la responsabilidad como una categoría constituyente,

⁶ Así, por ejemplo: BACIGALUPO, E., *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1987), p. 149, ha planteado que: “la teoría del delito se compone de dos grandes categorías, a) el ilícito, es decir, la violación del orden jurídico, y b) la responsabilidad; es decir, las condiciones bajo las cuales el autor del ilícito penal debe responder penalmente por el hecho cometido”.

⁷ Un completo panorama sobre las distintas formas de entender la noción de responsabilidad puede consultarse en: DE LA FUENTE HULAUD, F., *Sobre el concepto de responsabilidad criminal en nuestro Código penal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 13 (1990), pp. 113-118.

⁸ Cfr. MAURACH, R. - ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general* (traducción de la 7^a edición alemana, por Jorge Bofill y Enrique Aimone, Buenos Aires, Astrea, 1994), I, pp. 535-549. Un planteamiento similar ha defendido BACIGALUPO, *Derecho penal*, cit. (n. 6), pp. 172-174 y 247-269), quien, sin embargo, distingue entre “responsabilidad por el hecho”, con un sentido semejante al que le atribuye Maurach, y “responsabilidad”, como sinónimo de culpabilidad.

esencial y determinante del modo de ser propio del hombre, que lo lleva a definir la culpabilidad como la responsabilidad por las acciones antijurídicas⁹, o la teoría del sujeto responsable que proponen Bustos y Hormazábal, que también implica una sinonimia entre ambas expresiones, pero sobre la base de conferirles un enfoque con un claro contenido social¹⁰. Finalmente, hay autores que también identifican responsabilidad y culpabilidad, pero sobre la base de asignarle un contenido diverso a este último elemento. En efecto, aunque la idea de introducir un elemento intermedio entre el injusto y la culpabilidad, no ha logrado mayor arraigo en la doctrina española e iberoamericana, hay quienes postulan –en términos similares a como lo hace Maurach– la necesidad de establecer una clara diferenciación a nivel de los componentes tradicionales de la culpabilidad, separando de ésta lo que concierne a la exigibilidad y dejando como contenido de ella únicamente lo que respecta a la imputabilidad y al conocimiento de la ilicitud.

Entre los criterios extrasistemáticos, cabe incluir todos aquellos planteamientos que conciben la responsabilidad penal como una consecuencia del hecho ejecutado, sin identificarla con ninguno de los componentes del sistema de la teoría del delito, todos los cuales, lógicamente, asumen la condición de presupuestos de aquélla. Entre tales planteamientos, destaca, en primer término, un criterio que concibe la responsabilidad como la obligación que pesa sobre el autor de un delito de soportar la pena prevista para el evento de su comisión. Esta concepción, expuesta por Jiménez de Asúa¹¹, entiende la responsabilidad penal de modo estrictamente objetivo, como una carga que se impone por el solo ministerio de la ley a quien ha ejecutado culpablemente un hecho antijurídico. Sostiene, sin embargo, que el delito no es el único presupuesto requerido para que surja esta consecuencia, porque su nacimiento depende también de la concurrencia de otros elementos ajenos a la estructura del hecho delictivo, como las condiciones objetivas de punibilidad y, asimismo, de la ausencia de excusas legales absuadoras.

También como consecuencia del delito, pero con un carácter prepondérantemente subjetivo, conciben la responsabilidad penal quienes la definen como aquella situación en que se encuentra el delincuente de tener que enfrentar las consecuencias jurídicas que la ley prevé para la ejecución del hecho. Este criterio, en realidad, no constituye sino una variante del anterior, pues enfatiza, más que la obligación en sí, la situación que afecta a quien tiene el

⁹ WELZEL, H., *Derecho Penal alemán. parte general* (11^a Edición, traducción de Bustos Yáñez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), p. 166.

¹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J. - HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (Madrid, Trotta, 2006), pp. 439-435.

¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal* (Buenos Aires, Losada, 1956), V, pp. 86-88.

deber de cumplirla¹². En Chile no hay una definición legal acerca de lo que debemos entender por responsabilidad penal, no obstante lo cual, los autores y la praxis judicial suelen vincular este concepto con las consecuencias jurídicas del delito, tal como también lo hace la mayor parte de la doctrina española e iberoamericana¹³. Así, por ejemplo, Novoa entiende por responsabilidad penal “la consecuencia de reunirse en un sujeto todas las circunstancias que hacen de él un delincuente, lo que le impone la necesidad de soportar todas las sanciones que la ley tiene previstas para sus transgresores”¹⁴. En un sentido similar, Etcheberry sostiene que es “la situación jurídica en que se encuentra la persona obligada por la ley a someterse a la pena en ella prevista, que los órganos del Estado reciben la orden de imponerle”¹⁵.

Cury, en cambio, mantiene una postura muy particular en torno al concepto de responsabilidad penal, el cual en su opinión “está constituido por el conjunto de todos los presupuestos que han de concurrir para que el sujeto sea efectivamente pasible de la imposición de una pena, incluyendo también aquellos que no forman parte de la estructura del delito en sentido estricto, como las condiciones objetivas de punibilidad o la ausencia de excusas legales absolutorias en su caso”¹⁶.

Desde luego, a la luz del ordenamiento jurídico chileno, es preciso desechar cualquier intento por establecer una sinonimia entre los conceptos de responsabilidad penal e imputabilidad. Este último, como se desprende claramente de las disposiciones que consagran las causales de inimputabilidad –artículo 10 CP.– es concebido como la aptitud para captar la ilicitud de los actos y para determinarse conforme a ese conocimiento, es decir, como un elemento que posee un innegable referente en el mundo real. La de responsabilidad penal, en cambio, es una noción estrictamente jurídica, que sólo tiene sentido en un plano abstracto y, como tal, carente de todo contenido

¹² Muy ilustrativa acerca de este criterio es la definición que ofrece RAMÍREZ GRONDA, J., *Diccionario jurídico* (9^a edición, Buenos Aires, Heliasta, 1986), p. 268, al decir que la responsabilidad penal es “un determinado estado subjetivo del individuo –aunque resultante del concurso de requisitos comunes y propios de la culpabilidad y responsabilidad– por el cual afirma la capacidad del sujeto para asumir las consecuencias jurídico-penales que acarrea el hecho delictivo”.

¹³ Con algunas excepciones, entre las que se cuenta, aparte del criterio de Bacigalupo, anteriormente explicado, la opinión de CÓRDOBA RODA, J. - RODRÍQUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal* (Barcelona, Ariel, 1972), II, p. 617, quienes establecen una sinonimia entre responsabilidad penal y culpabilidad.

¹⁴ NOVOA, E., *Curso de Derecho penal chileno*, cit. (n. 2), I, p. 419.

¹⁵ ETCHEBERRY, A., *Derecho penal. Parte general* (3^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), p. 9.

¹⁶ CURY, *Derecho penal*, cit. (n. 2), p. 784.

fáctico, como no sea el que le confieren sus presupuestos. De ahí que no podamos identificar un concepto de derecho con uno de hecho.

Sin embargo, no sólo la idea de vincular la responsabilidad penal con la noción de imputabilidad es contraria al derecho positivo, sino que también lo es cualquier intento por asimilar aquélla a algún elemento específico del delito. Si tal asimilación fuera posible, ello querría decir que el hecho de afirmar que una persona es culpable, implica sostener también su responsabilidad; sin embargo, el *Código Penal* de Chile contempla figuras delictivas respecto de las cuales es posible que no surja responsabilidad penal, a pesar de concurrir la totalidad de los elementos que integran la noción de delito. Es el caso, por citar sólo un ejemplo, de la excusa legal absolutoria que contempla el artículo 489 de ese texto, cuyos fundamentos nada tienen que ver con la ilicitud del hecho ejecutado o con la culpabilidad de su autor. La presencia de tales disposiciones permite afirmar de modo categórico que en Chile no sólo es posible, sino además obligatorio, concebir la responsabilidad con independencia de los elementos específicos que integran la noción de delito¹⁷.

Por otra parte, no debemos olvidar que entre las circunstancias modificatorias de responsabilidad, hay varias que tienen como fundamento razones ajenas a la ilicitud y a la culpabilidad del hecho ejecutado –e, incluso, algunas que se basan en hechos ocurridos con anterioridad o con posterioridad a la ejecución de la conducta delictiva–, lo cual pone también de manifiesto la imposibilidad de establecer una sinonimia entre responsabilidad y alguno de los elementos mencionados.

Finalmente, en el mismo sentido apunta el hecho de que en nuestro *Código Penal* las circunstancias que ponen fin a la necesidad de tener que soportar el castigo, aparezcan expresamente aludidas como causales de extinción de responsabilidad (título 5º del libro I), porque en realidad entre los elementos del delito no hay ninguno que sea susceptible de extinguirse¹⁸.

Tampoco parece correcto identificar el concepto de responsabilidad penal con los presupuestos que ella demanda, como lo hace Cury¹⁹, porque aun en su sentido gramatical, y aunque se la conciba de modo objetivo, ella está referida a personas y no a hechos. El condenado tiene, por así decirlo, la titularidad de la condición de responsable, no así la de los requisitos que hacen posible el surgimiento de la misma. Sin embargo, en Chile es el propio ordenamiento positivo el que impide atribuirle aquel sentido o cualquier otra connotación que no sea la de consecuencia del hecho ejecutado. En efecto, el epígrafe del título 1º del libro I del *Código Penal*, al referirse a “los delitos

¹⁷ En un sentido análogo, Cury, *Derecho penal*, cit. (n. 2), p. 784.

¹⁸ Cf. DE LA FUENTE HULAUD, *Sobre el concepto de responsabilidad criminal*, cit. (n. 7), pp. 119-120.

¹⁹ CURY, *Derecho penal*, cit. (n. 2), p. 784.

y las circunstancias que eximen de responsabilidad, la atenúan o la agravan”, y, específicamente, el artículo 1º, al disponer que “quien cometiere un delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale”, ponen de manifiesto que la expresión responsabilidad penal no está referida a ninguno de los elementos del delito en particular, ni a todos ellos, sino a las consecuencias jurídicas que se derivan de la previa configuración del hecho delictivo.

Desde otra perspectiva, debemos todavía preguntarnos si es aceptable concebir la responsabilidad penal en referencia al concepto de obligación, ya sea que se le atribuya precisamente ese carácter, o que con él se aluda a la situación personal del obligado a soportar el castigo. Según, nuestra opinión, el concepto de responsabilidad penal no puede ser referido a la idea de obligación, al menos no en el sentido que este término posee en el binomio obligación-derecho subjetivo. Cuando impone una sanción penal, el Estado en realidad no hace uso de un derecho, sino de una potestad, en el sentido de que aquél se atribuye el poder de sancionar para proteger a la sociedad de los atentados que pudieren afectarla. Pero frente al ejercicio de esta prerrogativa, el individuo es colocado en una situación de sometimiento al poder estatal, hasta el punto que su voluntad resulta sencillamente anulada.

De lo dicho se deriva que existe una manifiesta diferencia entre la sanción penal y las cargas o deberes que establece la ley. Mientras éstos conllevan para el individuo un deber ser de conducta, es decir, le ordenan un actuar determinado, aquélla es una imposición que prescinde de la voluntad del sujeto, en cuanto su docilidad o resistencia no juegan ningún papel en la aplicación o ejecución de la misma. Más que de obligado a la pena, debe hablarse de un individuo sujeto a ella. Esta afirmación no sólo rige respecto de las penas privativas o restrictivas de libertad y de otros derechos, sino también, y en contra de lo que pueda parecer a primera vista, respecto de la multa y de aquellas situaciones en que el sujeto es autorizado a cumplir una pena de encierro en el medio libre, porque incluso en estos casos, el Estado se reserva la posibilidad de imponer coactivamente la ejecución del castigo, o bien su sustitución, de modo que las obligaciones que contrae el condenado y las restricciones que conllevan estos regímenes, no pasan de ser sino condiciones para sustraerse al ejercicio efectivo de la potestad de la cual aquél puede valerse en el campo penal.

En suma, la responsabilidad penal ha de ser concebida como la consecuencia jurídica de la comisión de un delito, que se traduce en el estado de sometimiento a que queda sujeto un individuo frente a la potestad sancionatoria estatal y que se materializa en la imposición de una pena.

III. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS: CONCEPTO, DENOMINACIÓN Y CARACTERES

Como acertadamente señala Rivacoba²⁰, es tan escasa la atención que ha merecido el tema de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, que prácticamente no existe una definición que logre expresar su verdadero sentido. Si bien la doctrina registra un numero importante de definiciones, la mayor parte de ellas no consigue distinguir con claridad el plano material, representado por el antecedente fáctico en que se funda cada una de la circunstancias, y el plano jurídico, es decir, el relativo al papel que ellas desempeñan y a los efectos que producen, los cuales generalmente aparecen confundidos.

Desde el punto de vista material, las circunstancias, según explica Cerezo Mir²¹, consisten en un hecho, relación o dato concreto, que el legislador tiene en cuenta para los efectos de graduar la responsabilidad penal. El componente fáctico de esta clase de circunstancias, en efecto, no siempre está relacionado con la conducta delictiva, ni consiste en un acto voluntario de las personas que toman parte en su ejecución, sino que en muchos casos está constituido por una situación o relación preexistente al delito, o incluso posterior a él; y, en general, por cualquier antecedente que tenga la virtud de traducir los propósitos de concreción de la responsabilidad penal.

Como claramente se desprende de los artículos 63 y 64 CP., las circunstancias modificatorias pueden consistir tanto en hechos materiales, como en situaciones de carácter personal; siendo, precisamente, estos hechos o situaciones los que en esencia constituyen cada circunstancia modificatoria, según se deduce también de esas mismas disposiciones y, en especial, de la segunda, en tanto que identifica el concepto de circunstancia con el objeto sobre el cual ha de recaer el conocimiento allí exigido. El elemento esencial o constitutivo de una circunstancia modificatoria, en consecuencia, posee mayor amplitud que aquel que sirve de base al delito, el cual, por expreso mandato constitucional, debe circunscribirse a un comportamiento humano.

Desde un punto de vista jurídico, ahora, es efectivo que estas circunstancias no se proyectan sobre el ámbito de la infracción delictiva, sino sobre el de sus consecuencias. Así lo reconoce el propio texto del *Código Penal* cuando las designa modificatorias de responsabilidad criminal, denominación esta última que indudablemente alude a su condición de instrumento cuantificador de los efectos jurídicos del delito. De ahí, que el papel que estas circunstancias

²⁰ RIVACOBA, M. de, *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*, en *Doctrina Penal*, Año 11, 43 (1988), pp. 473-474.

²¹ CEREZO MIR, J., *Derecho penal español. Parte general* (Madrid, Tecnos, 2005), II, 3, p. 104.

están llamadas a cumplir, nada tenga que ver con la configuración del hecho punible y que, en el plano sistemático, sólo proyecten su influencia a nivel de la pena, único instrumento de concreción de la responsabilidad criminal.

Puede decirse, en consecuencia, que las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal son aquellos hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto.

En lo que atañe a su denominación, es común que en idioma castellano se utilicen indistintamente las expresiones circunstancias modificativas o modificatorias de responsabilidad penal²², siendo la primera de uso más frecuente en España²³ y la segunda, prácticamente unánime en la dogmática chilena²⁴. En los últimos años, tiende a imponerse en aquel país el empleo del vocablo circunstancias²⁵, sin otro calificativo, lo cual es expresión de la costumbre, en verdad muy arraigada, de relacionar el tema exclusivamente con el delito –del cual se dice que aquéllas constituyen elementos accidentales–, en lugar de vincularlo con la responsabilidad penal, como lo impone el propio texto de la ley. No obstante lo anterior, la doctrina por lo general destaca que es adecuado el uso del término circunstancia para designar estas figuras, porque –a diferencia de las eximentes, respecto de las cuales indudablemente su empleo no resulta apropiado– dicha expresión, aun en su sentido gramatical expresa correctamente lo que ellas son en esencia²⁶.

En lo que atañe a sus características, se dice que las circunstancias modificatorias aparecen definidas por tres rasgos fundamentales: el de ser ocasionales o extraordinarias; el de ser accidentales y el de ser accesorias o secundarias²⁷.

El carácter ocasional o extraordinario de esta clase de elementos deriva del hecho de que ellos pueden o no concurrir en cada caso concreto, de suerte que si tal cosa no sucede, la responsabilidad que deriva de la comisión del delito no se ve afectada o alterada en cuanto a su magnitud o intensidad.

²² Como lo hace, por ejemplo, RIVACOBA, *Las circunstancias modificativas*, cit. (n. 13), pp. 473-475.

²³ Así, por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 551; y QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 584.

²⁴ CURY, *Derecho Penal*, cit. (n. 2), p. 99; ETCHEBERRY, A., *Derecho penal. Parte general*, cit. (n. 15), II, p. 7; NOVOA, *Curso*, cit. (n. 2), II, p. 2.

²⁵ Es lo que ocurre, por ejemplo, en los textos de CEREZO MIR, *Derecho penal*, cit. (n. 21), II, pp. 356 y 372; y III, pp. 147 y 159; y BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual*, cit. (n. 25), p. 523.

²⁶ Desde esta perspectiva, la expresión circunstancia alude a lo que está alrededor; lo que circunda una sustancia (en este caso, el delito).

²⁷ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 552.

El carácter accidental, por su parte, implica que tales circunstancias no son constitutivas de lo injusto del hecho, ni de la culpabilidad del individuo, sino que están dirigidas a una mejor consideración de la intensidad de las valoraciones que componen lo injusto o que determinan la reprochabilidad²⁸.

Finalmente, el carácter accesorio o secundario deriva de que ellas presuponen un tipo penal que ha de servirles de base y cuya configuración no se ve afectada por la concurrencia de alguna de estas circunstancias.

IV. LOCALIZACIÓN SISTEMÁTICA Y EFECTOS

Al pronunciarse sobre los efectos de las circunstancias modificatorias, la doctrina suele orientar sus opiniones en tres sentidos: algunos postulan que el efecto propio de aquéllas es el de agravar o atenuar la punibilidad del hecho²⁹; otros afirman que dicho efecto consiste en disminuir o aumentar la gravedad de la pena³⁰ y una tercera posición sostiene que el efecto se traduce en aumentar o disminuir la gravedad de la infracción³¹.

Desde luego, no es posible aceptar, al menos sobre la base del ordenamiento jurídico chileno, que el efecto pudiera ser el de modificar la punibilidad del hecho. Esta categoría sistemática, como ya tuvimos ocasión de explicar, opera en un sentido restrictivo de la punición, de modo que aunque pudiera sostenerse aquello respecto de las atenuantes –lo cual de todos modos sería discutible–, en ningún caso podríamos aplicar el mismo criterio en relación con las agravantes³².

Tampoco parece correcto sostener que el efecto de estas circunstancias sea el de aumentar o disminuir la gravedad de la infracción, porque si, como es lógico, partimos de una concepción unitaria de ésta, tal explicación carecería de sentido en aquellos casos en que un mismo hecho sea ejecutado por dos o más personas, de las cuales una sola se vea afectada por la concurrencia de una determinada agravante. Además, es preciso distinguir lo que constituye fundamento, de lo que son los efectos propios de las circunstancias: que éstas se funden en algún componente del delito, no quiere decir que necesaria-

²⁸ Cfr. BUSTOS RAMIREZ, *Derecho penal*, cit. (n. 25), p. 525.

²⁹ Por ejemplo: ESTRADA VÉLEZ, F., *Derecho penal. Parte general*. (2^a edición, Bogotá, Temis, 1986), p. 369.

³⁰ Así lo sostiene CEREZO MIR, *Derecho penal*, cit. (n. 21), II, p. 106.

³¹ En este sentido se han pronunciado, entre varios otros, MIR PUIG, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 552; y ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal* (2^a edición anotada y puesta al día por J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino, Madrid, Akal, 1986), p. 355.

³² Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, L., *Punibilidad y responsabilidad criminal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 16 (1995), pp. 361-370.

mente aumenten su gravedad intrínseca, porque la producción del efecto supone la configuración previa del delito. Así, efectivamente, lo ponen de manifiesto aquellas circunstancias que consisten en hechos ocurridos con posterioridad a la consumación del delito.

Lo que las circunstancias realmente alteran, y como la propia letra del *Código Penal* lo dice, es la responsabilidad del autor del hecho. Sin embargo, tal modificación opera de un modo indirecto, porque, obviamente, el estado de sujeción a la autoridad estatal, para los efectos de la aplicación de una pena, no es susceptible de modificarse en orden a su gravedad –no se está más o menos sujeto a la potestad sancionatoria estatal–, pero un individuo sí puede encontrarse sujeto a más o menos responsabilidad, si atendemos a la magnitud de la pena en que ella se concreta. Y como es ésta, en definitiva, la que puede ser objeto de aumento o disminución, es sobre ella, precisamente, que se proyectan los efectos de las circunstancias modificatorias.

Si bien en nuestro medio hay autores que tratan las circunstancias modificatorias dentro del lugar destinado a examinar la pena³³, es costumbre en la doctrina española e iberoamericana el explicar dicho tema dentro de la teoría del delito. Siguiendo este último camino, la mayor parte de los tratadistas desarrolla el tema en su conjunto, es decir, formulando primero unas consideraciones generales en torno a las circunstancias y examinando, enseguida, cada una de las atenuantes y agravantes en particular.

Entre las opiniones disidentes frente a este último criterio, encontramos la de David Baigún, quien sostiene que es impropio incluir las agravantes como cuerpo homogéneo dentro de la teoría del delito, proponiendo que su estudio se realice a propósito de cada uno de los capítulos que componen el esquema de dicha teoría, según las relaciones de proximidad que con ellos guarde cada circunstancia³⁴. Es el camino que sigue, también, Cerezo Mir, quien dentro de la parte que destina a la antijuridicidad, trata, respectivamente, de las “circunstancias que suponen una menor gravedad de lo injusto” y aquellas que suponen “una mayor gravedad de lo injusto”. Asimismo dentro de la parte que destina a la culpabilidad, incluye dos capítulos que tratan, respectivamente, de las circunstancias que atenúan y de aquellas que agravan la reprochabilidad³⁵.

Nuestra opinión, por cierto, difiere tanto de uno como de otro planteamiento. No nos parece correcto que el estudio de las circunstancias modi-

³³ Es el camino que sigue QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal. Parte general* (Barcelona, Signo, 1986), pp. 571 ss., quien trata las circunstancias modificatorias dentro de un capítulo denominado *La individualización del castigo*.

³⁴ BAIGUN, D., *Naturaleza de las circunstancias agravantes* (Buenos Aires, Edit. Pannedille, 1971), p. 51.

³⁵ CEREZO MIR, *Derecho penal* (n. 21), II, pp. 356 y 372, y III, pp. 147 y 159.

ficatorias sea realizado a propósito de la teoría del delito, porque, por una parte, varias de ellas, no guardan relación con ningún elemento específico de dicha teoría –por ejemplo, aquellas que aparecen vinculadas a la punibilidad, es decir, a una consecuencia del hecho punible– y, por otra, si bien es cierto que algunas tienen su razón de ser una mayor o menor intensidad de lo injusto o de la culpabilidad, el hecho de que tales sean sus fundamentos no quiere decir que necesariamente tengan que ser tratadas con aquéllos. Tampoco nos parece correcta la proposición de examinarlas dentro de la llamada teoría de la pena, porque tal procedimiento implica poner énfasis en los efectos de las circunstancias, de un modo mecánico y como simples parámetros de medición, sin atender a la materialidad de las mismas.

Lo correcto, e incluso lo obligado, a la luz del propio tenor de las disposiciones del *Código Penal*, es proceder a su examen dentro de una parte que explique no sólo los fundamentos y las proyecciones de la responsabilidad penal, sino también su forma de graduación, por ser éste el proceso que justifica y confiere sentido a la existencia de tales circunstancias³⁶.

V. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN

Como es sabido, la doctrina suele clasificar las circunstancias modificatorias, atendiendo a diversos puntos de vista. Si bien, en términos generales existe consenso en cuanto a las categorías que derivan de tales clasificaciones, no ocurre lo mismo con la terminología utilizada para designarlas. Así, por ejemplo, es corriente el empleo del término especial para referirse tanto a aquellas circunstancias que tienen un ámbito de aplicación restringido a determinados delitos, como también para designar a aquellas que producen un efecto, de mayor intensidad en cuanto a la atenuación o agravación de la pena, que el común de las circunstancias³⁷.

Sin duda el principal esquema de clasificación es aquel que atiende a los efectos que dichas circunstancias producen sobre la pena. En este sentido, se acostumbra a distinguir entre circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas, según aumenten o disminuyan la intensidad de la reacción sancionatoria, reservándose la última denominación para aquellas figuras que producen,

³⁶ En un sentido análogo, MUÑOZ CONDE - F. GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general* (6^a edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004), p. 476, quienes sostienen que: “En definitiva, se trata de circunstancias que modifican la pena porque suponen modificaciones de la responsabilidad criminal”.

³⁷ En la doctrina chilena, emplea el término *especial* en el primer sentido NOVOA, *Curso*, cit. (n. 2), II, p. 6. En el segundo sentido, en cambio, lo hace CURY, *Derecho Penal*, cit. (n. 2), p. 473.

alternativamente, uno y otro efecto, dependiendo de la naturaleza del delito al cual acceden.

Desde el punto de vista de su aplicación se acostumbra a distinguir entre circunstancias modificatorias generales y específicas. Las primeras son aquellas que resultan aplicables a todos los delitos, salvo, por cierto, que se dé alguna causal de incompatibilidad, regida también por normas generales. Son circunstancias especiales, en cambio, aquellas que el legislador contempla respecto de uno o más delitos determinados, o sólo respecto de un grupo de ellos. Generalmente aparecen contempladas en la parte especial, como es el caso de la motivación de honor establecida en el artículo 344 CP., aplicable únicamente a una figura específica de aborto, y también, el caso de las circunstancias contempladas en el artículo 456 bis del mismo texto legal, aplicables a los delitos de robo y hurto.

Atendiendo a sus efectos, se distingue entre circunstancias comunes y especiales. Pertenecen a la primera categoría, aquellas circunstancias cuyos efectos se rigen por las disposiciones generales relativas a la determinación de las penas, contempladas en los artículos 65 a 68 CP. Son especiales, en cambio, aquellas que producen un efecto atenuatorio o agravatorio más intenso que el previsto en esas disposición generales, como es el caso de la propia motivación de honor del artículo 344, ya mencionada.

Para los efectos de determinar su comunicabilidad o incomunicabilidad, el artículo 64 CP. distingue entre circunstancias modificatorias personales y materiales. De acuerdo con esta disposición, son personales aquellas circunstancias que consisten en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa de la misma índole. Son materiales, en cambio, aquellas que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios utilizados para realizarlo.

Atendiendo al momento en que ocurre el hecho o situación que sirve de base a las circunstancias, éstas suelen clasificarse en antecedentes, concomitantes y consiguientes, según si aquél tiene lugar antes de la ejecución de la conducta típica, con ocasión de ésta o bien con posterioridad a la misma.

En aquellos ordenamientos jurídicos que utilizan fórmulas amplias, conjuntamente con un catálogo de factores de atenuación o agravación, se acostumbra a distinguir entre circunstancias genéricas y determinadas³⁸, según si se rigen por dichas fórmulas o si encuadran en alguna de las situaciones que contempla el catálogo respectivo. Este esquema de clasificación, obviamente,

³⁸ Algunos autores, como, por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal*, cit. (n. 25), p. 526, identifican estas categorías como circunstancias nominadas e innominadas, terminología ésta última a la cual RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte general* (14^a edición revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Madrid, Dykinson, 1991), p. 693, le atribuye un sentido diverso.

no es aplicable frente a un ordenamiento jurídico como el nuestro que adopta un sistema de regulación específica o de *numerus clausus*.

VI. NATURALEZA Y FUNDAMENTOS

Desde comienzos del siglo XX es común que se discuta sobre el carácter objetivo o subjetivo de las circunstancias modificatorias, en una polémica que, en el ámbito de la doctrina española, surgió a raíz de la contraposición de los planteamientos de Silvela y de Dorado Montero³⁹, y que se ha visto favorecida por una inexplicable tendencia a uniformar las circunstancias en orden a su fundamentación. Antes de referirnos a si procede o no aplicar este esquema de distinción, conviene enfocar el problema desde una perspectiva histórico-ideológica, sobre todo a la luz de las diversas orientaciones que ha seguido la ciencia del derecho penal, a lo largo de la historia. Ello, por cuanto el enfoque sobre el tema de la fundamentación de las circunstancias modificatorias es muy diverso según si se lo examina con los criterios que en su oportunidad hicieron suyos los principales exponentes de las llamadas escuelas penales, fundamentalmente el clasicismo y el positivismo, o con los criterios que ha venido utilizando la doctrina a partir de la entronización de la dogmática jurídica.

De acuerdo, con el primer punto de vista, la razón de ser de las circunstancias debe buscarse en factores extra-jurídicos, especialmente filosóficos, sociales o científico-naturales. Para el clasicismo, en efecto, la responsabilidad penal, fundada en el libre albedrío, debía ser objeto de medición, precisamente, sobre la base del mayor o menor grado de libertad con que actuaran los individuos, y el fundamento de la institución aparecía estrechamente vinculado a la necesidad de evitar la arbitrariedad judicial, lo que, a su vez, se materializaba en el establecimiento de reglas muy rígidas en cuanto a la naturaleza y a los efectos de los hechos que podía tomar en cuenta el órgano jurisdiccional para la medición de la pena. Para el positivismo, en cambio, la responsabilidad penal, que ostenta un carácter predominantemente social, encuentra su fundamentación en la peligrosidad del delincuente, siendo, precisamente, las circunstancias modificatorias el instrumento a través del cual se expresa la cuantificación de ese elemento.

Desde un punto de vista dogmático, en cambio, el fundamento de las circunstancias modificatorias no debe buscarse en factores extrajurídicos, sino en conceptos vinculados con los propios elementos de la estructura del delito –especialmente en la mayor o menor magnitud de lo injusto y de la culpabilidad– o bien, en factores político-criminales, generalmente

³⁹ Cfr. RIVACOBa, *Las circunstancias modificativas*, cit. (n. 20), p. 482.

incorporados a la sistemática del delito a través de la inclusión en ella de la categoría de la punibilidad.

En la sistemática de no pocos penalistas, por otra parte, y sobre todo debido a la enorme influencia ejercida por el pensamiento peligrosista, aun en autores que siempre demostraron un apego irrestricto a los cánones dogmáticos, ambas formas de concebir el tema de la fundamentación de las circunstancias modificatorias se confunden, hasta el punto que la peligrosidad –factor eminentemente social– llegó a coexistir con criterios estrictamente jurídicos, como la culpabilidad.

Dentro de este complejo panorama, suele decirse que para quienes ven el fundamento de las circunstancias en una mayor o menor magnitud de lo injusto, éstas poseen un carácter estrictamente objetivo, y que para quienes vinculan su razón de ser únicamente con una mayor o menor intensidad de la culpabilidad o de la peligrosidad, aquéllas tendrían un carácter exclusivamente subjetivo.

Además, en otra época fue común el intento por uniformar las circunstancias modificatorias en orden a su naturaleza. Si bien, hasta donde llega nuestro conocimiento, nunca nadie sostuvo que todas ellas tuvieran un carácter objetivo, sí hubo quienes llegaron a postular la índole subjetiva de la generalidad de las circunstancias⁴⁰, planteamiento este último que ya no es defendido por penalista alguno en la actualidad.

Para hacer más confuso aún el panorama, hay autores que identifican las categorías de objetivas y subjetivas, referidas a las circunstancias modificatorias, con las de materiales y personales⁴¹, a que alude el artículo 64 CP. Esta última distinción, en realidad, nada tiene que ver con los conceptos de objetivo y subjetivo, al menos no en el sentido en que éstos generalmente son utilizados en el ámbito de las ciencias penales⁴²; es decir, en referencia a elementos que transcurren en el mundo exterior o en la mente de una persona, respectivamente. De modo que hay circunstancias, como el parentesco por ejemplo, que consisten en un hecho básicamente objetivo y que, sin embargo, deben ser consideradas como personales, porque, aplicando

⁴⁰ Es el caso de PUIG PEÑA, F., *Derecho penal*, tomo I, 5^a edición, Barcelona, Desco, 1959, p. 52 ss. También lo sostuvo RIVACOBA, *Circunstancias modificativas*, cit. n. 20, pp. 485 ss.; pero su visión definitiva del problema es muy distinta.

⁴¹ En nuestro país, por ejemplo, CURY, *Derecho penal*, II, cit. (n. 2), p. 101; y, en cierto sentido, también NOVOA, *Curso*, cit. (n. 2), II, p. 7. Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Curso de Derecho penal. Parte general* (Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004), p. 409, y con referencia a la doctrina italiana, FIANDACA, G. - MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale* (5^a edición, Bolonia, Zanichelli, 2007), p. 414. En un sentido, crítico, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal* (Valencia, Universidad de Valencia, 1988), pp. 161 ss.

⁴² Así lo ha destacado BAIGUN, *Naturaleza*, cit. (n. 34), p. 23.

los términos del artículo 64, se refieren a una relación particular entre el autor y el ofendido.

Tanto por la imposibilidad de atribuir un carácter exclusivamente objetivo o subjetivo a cada uno de los elementos del delito –lo cual hace muy difícil transponer esa misma distinción al campo de las circunstancias modificatorias–, como por las dudas que nos merece la utilidad que ella pueda reportar, parece preferible abandonar definitivamente la distinción entre circunstancias objetivas y subjetivas⁴³. No obstante lo anterior, y pensando no ya en los fundamentos de las circunstancias, sino en su propios componentes, es preciso reconocer que prácticamente todas ellas constan de ingredientes objetivos y subjetivos, de suerte que la primacía de alguno de estos factores puede conducir a afirmar también –pero, en este caso, utilizando correctamente los términos– la índole preponderantemente objetiva o subjetiva de un determinado elemento circunstancial.

En el campo específico de la fundamentación de las circunstancias modificatorias, ya hemos insinuado que actualmente la doctrina tiende a vincularlas con una mayor o menor intensidad de lo injusto o de la culpabilidad –lo que permite a los autores perfilar dos grandes categorías de circunstancias–, partiendo generalmente del supuesto de que la antijuridicidad y la reprochabilidad son los únicos componentes graduables del delito. Como excepción a este planteamiento mayoritario, y razonando –aunque no de modo exclusivo– sobre la base del ordenamiento jurídico chileno, Rivacoba distingue tres clases de circunstancias: aquellas que tienen su razón de ser en lo injusto, aquellas que se fundan en la culpabilidad y aquellas que reconocen como fundamento razones vinculadas a la punibilidad del hecho⁴⁴.

Entre los criterios que específicamente se mencionan como influyentes en la determinación del fundamento de las circunstancias modificatorias, están,

⁴³ En un sentido similar, COBO DEL ROSAL, M. - VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general* (Valencia, Guada, 1984), p. 746 y CALDERÓN CEREZO, A. - CHOCLÁN MONTALVO, J., *Manual de Derecho penal* (Barcelona, Deusto, 2005), p. 228.

⁴⁴ Esta tercera categoría, únicamente es aplicable a ciertas atenuantes, que Rivacoba denomina *semiexcusas absolutorias* [cfr. *Circunstancias modificativas*, cit. (n. 20), pp. 491-492]. También formulan esta distinción ARIAS EIBE, M., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Barcelona, Bosch, 2007); COBO DEL ROSAL, M. - VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal*, cit. (n. 42), p. 742, aunque de modo coincidente con los criterios aquí expresados; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., *De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal*, en ARROYO ZAPATERO (director), *Comentarios al Código Penal* (Madrid, Iustel, 2007), pp. 126-127; MIR PUIG, *Derecho penal*, cit. (n. 3), pp. 564-566); y, entre nosotros, CURY (*Derecho Penal*, cit. (n. 2), II, pp. 99-100), en cuanto afirma la existencia de un grupo de circunstancias fundadas en razones de política criminal.

a nivel de lo injusto, la gravedad de los medios de ejecución, la entidad del resultado y la mayor o menor connotación de factores temporales o espaciales; y a nivel de la culpabilidad, la importancia de la motivación, los niveles de imputabilidad y de conocimiento de la ilicitud y, para quienes ubican el dolo y la culpa como factores determinantes del juicio de reproche, también la intensidad de estos componentes subjetivos⁴⁵.

Según nuestra opinión, las circunstancias modificatorias de responsabilidad constituyen específicamente una forma de concreción, en lo cuantitativo, de los presupuestos valorativos en que se asienta la responsabilidad penal, lo cual permitiría afirmar, en principio, que hay circunstancias relacionadas con el sustrato objetivo, con el sustrato subjetivo y con los criterios políticos criminales que, bajo la idea de necesidad de pena, dan vida a la categoría de la punibilidad. Pero decimos que sólo en principio, porque en verdad un número importante de circunstancias tiene su razón de ser en más de uno de los criterios recién enunciados⁴⁶, como claramente ocurre, por ejemplo, con el ensañamiento y la premeditación. De ahí que, también desde esta perspectiva, no sea procedente clasificar las circunstancias según el criterio que contrapone los caracteres de objetividad y de subjetividad.

Nuestro planteamiento, por otra parte, supone apartarse de la tendencia a encasillar la fundamentación de las circunstancias en un elemento concreto del delito, porque, por ejemplo, en el sustrato subjetivo de la responsabilidad penal, subyacen factores vinculados a más de uno de tales elementos, si no a todos. Piénsese, por ejemplo, que el principio de culpabilidad no sólo se proyecta sobre la imputabilidad, la exigibilidad y el conocimiento de la ilicitud, sino también sobre del dolo y la culpa –aun para quienes sitúan

⁴⁵ El panorama que al respecto ofrece la doctrina es extraordinariamente variado y reticente a cualquier ensayo de sistematización. Las diferencias, por cierto, aparecen determinadas por la posición que se adopte en relación con las diversas concepciones del delito y, en particular, también con la de cada uno de sus elementos. Así, por ejemplo, quienes asignan un componente subjetivo a la antijuridicidad, obviamente, proponen a ésta como fundamento de un número más elevado de circunstancias; y quienes conciben la culpabilidad bajo el signo de atribuibilidad, para ser consecuentes con su posición, deben necesariamente postular que ésta no puede ser tenida como razón de ser de una circunstancia, porque ella sólo condiciona la atribución de una gravedad cuya fundamentación corresponde exclusivamente a lo injusto. En este sentido: MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit. (n. 3), p. 570.

⁴⁶ En un sentido similar, aunque discurriendo sobre una base diversa, CURY, *Derecho penal*, cit. (n. 2), II, pp. 99-100. En el mismo sentido del texto: ARIAS EIBE, M., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas*, cit. (n. 44), pp. 68-75; CALDERÓN CEREZO, A. - CHOCLÁN MONTALVO, J., *Manual de Derecho penal*, cit. (n. 43), p. 229, quien menciona el caso del ensañamiento; y CLIMENT SIRVENT, C., *Código Penal con jurisprudencia sistematizada* (2^a edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006), pp. 175 ss.

estos componentes a nivel de la tipicidad–; sobre la antijuridicidad, según la opinión que niega su carácter estrictamente objetivo; sobre la faz subjetiva del tipo, e incluso sobre la propia conducta, en tanto que base sustantiva del delito y, para muchos, elemento autónomo de éste. Por otra parte, como la punibilidad, según el esquema que aquí se sustenta, no es un elemento estructural de la teoría del delito, también por esto es preciso desechar la pretensión de fundar las circunstancias exclusivamente en alguna de las categorías que integran dicha teoría. En lo que concierne específicamente a la punibilidad como fundamento de las circunstancias modificatorias, cabe recordar que siendo éste un presupuesto de la responsabilidad criminal que opera como factor restrictivo de la penalidad, sólo podrá ser invocado como razón de un trato atenuatorio, pero nunca como justificación de una agravamiento de la pena.

En lo que respecta, finalmente, a la peligrosidad, cabe señalar que si ésta –al menos en el ordenamiento jurídico chileno– no opera como fundamento de responsabilidad penal, tampoco podrá ser invocado como justificación de la medida en que una persona puede llegar a ser responsable de un hecho. Lo anterior, sin perjuicio de que ella, en tanto que indicio y expresión de una mayor o menor alarma social –determinante de un aumento o de una disminución de las necesidades de prevención general–, efectivamente tenga alguna incidencia a nivel de la punibilidad, en cuyo caso podría alcanzar la condición de elemento cofundante de alguna circunstancia modificatoria. Pero, en verdad, de ninguna de éstas puede afirmarse que tenga su razón de ser exclusivamente en la mayor o menor peligrosidad del sujeto⁴⁷.

VII. EL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS

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

⁴⁷ En el mismo sentido: RIVACOBIA *El principio de culpabilidad*, cit. (n. 20), p. 118. En contra, CURY, *Derecho penal*, cit. (n. 2), II, pp. 99-100, quien afirma que hay circunstancias fundadas, entendemos que *exclusivamente*, en un estado personal del sujeto.

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

Frente a un texto similar al de nuestro artículo 64 CP., la doctrina española tradicionalmente sostuvo que en el caso de las circunstancias materiales, el error sobre su base fáctica era siempre relevante, impidiendo, en consecuencia, que tanto las agravantes como las atenuantes produjeran el efecto que les es propio⁴⁸. En el caso de las circunstancias de índole personal, en cambio, y ante la ausencia de regulación expresa, primó el criterio de que la relevancia del error debe examinarse a partir del fundamento de cada circunstancia. Se sostendía, en efecto, que la ausencia de regulación respecto de estas últimas no significaba que no fuera necesario conocer sus presupuestos fácticos, porque la disposición del inciso primero –en el caso chileno, del artículo 64 CP.–, únicamente señala que ellas se aplicarán en quienes concurran, pero no dice que el sujeto no deba conocerlas⁴⁹.

Si bien, la doctrina española actualmente trabaja sobre bases diversas, subsiste en ese ámbito la tendencia a dilucidar el tema del error en las circunstancias personales recurriendo a su fundamento; por lo menos en el caso de las atenuantes, porque en verdad la exigencia de conocimiento para el caso de las agravantes personales puede deducirse del artículo 14, 2 CPesp., el cual dispone que: “El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

⁴⁸ En este sentido, por ejemplo: COBO DEL ROSAL VIVES ANTÓN., *Derecho penal*, cit. (n. 42), pp. 558-559.

⁴⁹ En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit. (n. 3), p. 211. En detalle, sobre la evolución del tema en la doctrina española, GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas*, cit. (n. 41), pp. 189 ss.

En lo que concierne, entonces, a las atenuantes personales, suele efectuarse una distinción según si su fundamento radica en la idea de imputabilidad disminuida, en cuyo caso el error se considera irrelevante; o en la concurrencia de una motivación especial, caso en el cual el desconocimiento de la atenuante excluye la configuración de la circunstancia⁵⁰.

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

En lo que respecta a las atenuantes personales, en cambio, y en cuanto ellas operan como factores limitativos de la penalidad, no se encuentran afectas a las restricciones que impone el principio de culpabilidad, de modo que puede perfectamente estimarse que el error referido a los presupuestos fácticos de una circunstancia de esa índole es irrelevante y, en consecuencia, no excluye la posibilidad de que se configure la atenuante⁵¹. Esta afirmación es aplicable tanto a las atenuantes que reconocen como fundamento razones vinculadas al sustrato objetivo de la responsabilidad penal, como a las que se relacionan con el sustrato subjetivo de la misma y a aquellas que se vinculan con la idea de necesidad de pena.

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

⁵⁰ Cfr. COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, cit. (n. 42), pp. 558-559. En un sentido similar, pero no del todo coincidente, MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit. (n. 3), p. 213.

⁵¹ Cfr. FIANDACA, G. -MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, cit. (n. 41), pp. 416-417.

exigido – o consisten en una acción, independiente o complementaria de la conducta delictiva, y como tal, voluntaria.

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

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

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

VIII. SISTEMAS DE ATENUACIÓN Y AGRAVACIÓN DE LA PENA

En el ámbito del derecho penal, uno de los puntos que mayor dificultad ofrece en orden a su tratamiento legislativo, es el de la configuración de los criterios de atenuación y agravación de la responsabilidad criminal. En pocas materias, como en ésta, el legislador se ve enfrentado al imperativo de conciliar el resguardo de los derechos personales con la necesidad de dotar a los jueces de un cierto margen de libertad que les permita adoptar decisiones justas, basadas en la realidad de cada caso concreto que les corresponda resolver.

Suele denominarse sistema de configuración de las circunstancias modificatorias al método específico que cada legislación adopta en cuanto a la configuración de tales circunstancias y en relación con los efectos que a ellas se asigna en el proceso de individualización judicial de la pena. Los factores que permiten perfilar un sistema de configuración son, fundamentalmente,

el mayor o menor grado de libertad que se entrega a los jueces tanto en orden a los hechos específicos a los cuales pueden atribuir efecto atenuante o agravatorio, como en orden a la magnitud de tales efectos— y el mayor o menor grado de taxatividad con que la ley configura y expresa los criterios de medición de la pena.

Sobre esta base, los principales sistemas vigentes en el derecho comparado pueden reseñarse conforme al siguiente esquema⁵²:

a) El sistema denominado de ausencia de regulación expresa, que consiste en omitir cualquier referencia a un parámetro de medición de la responsabilidad penal basado en factores circunstanciales. En este caso, el legislador se limita a establecer el máximo de la pena que los jueces están facultados para imponer, sin especificar cuáles son los criterios que éstos pueden utilizar en el proceso de determinación de la magnitud del castigo.

b) El sistema denominado de regulación genérica, que, al igual que el anterior, prescinde de señalar detalladamente un catálogo de circunstancias, pero ofrece, en cambio, ciertas pautas generales, cuya concreción para cada caso particular queda entregada de modo exclusivo al órgano jurisdiccional.

c) El sistema denominado de 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.

d) El sistema denominado mixto, o de *numerus apertus*, que consiste en señalar, al igual que en el caso anterior, un catálogo de circunstancias modificatorias, el cual aparece complementado con una o más circunstancias generales, cuya amplitud permite al tribunal tomar en consideración otros factores aparte de los que figuran de modo expreso en el texto de la ley.

Como ya se insinuó, la adopción de uno u otro sistema aparece determinada por un innegable trasfondo ideológico, especialmente en lo que respecta a la forma de asegurar la vigencia de los principios fundamentales del derecho penal, y, además, desde un punto de vista político criminal, por el modo en que se conciba el sistema penal en su conjunto y por los cometidos específicos que, dentro de él, se atribuyan a la pena. Un sistema de regulación específica de las circunstancias modificatorias, ciertamente, armoniza

⁵² Cfr. NOVOA, *Curso*, cit. (n. 2), II, pp. 5-6; y RIVACOBA, *Las circunstancias modificativas*, cit. (n. 20), p. 477. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que no todos los autores que exponen estos sistemas siguen el esquema adoptado en el texto. Para una completa visión de los diversos sistemas, ALONSO ALAMO, M., *Circunstancias del delito e inseguridad jurídica*, en DEL RÍO FERNÁNDEZ (director), *Cuadernos de Derecho judicial, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995), pp. 44-49.

mejor con las exigencias que imponen principios como el de legalidad, culpabilidad e igualdad. En efecto, el hecho de que no existan otros factores que puedan hacer variar la intensidad del castigo, aparte de aquellos que la ley hubiere fijado con anterioridad a la ejecución de cada delito, asegura la certeza jurídica; garantiza que todos los individuos se verán sometidos a un mismo trato punitivo y brinda a cada persona la seguridad de que, en caso de delinquir, sufrirá las consecuencias que efectivamente haya podido prever. Un sistema de esa índole, por otra parte, generalmente es considerado como de mayor compatibilidad con la idea de retribución, sobre todo, en su sentido de compensación justa por el hecho ejecutado, pues se estima que las circunstancias modificatorias de responsabilidad constituyen un instrumento idóneo para hacer efectiva la medición de lo ilícito y de la culpabilidad, que son los factores de los cuales ha de depender –según ese planteamiento– la magnitud exacta de la pena.

Por el contrario, la adopción de un sistema que confiera mayor amplitud a la discrecionalidad de los jueces, indudablemente implica un riesgo para la plena vigencia de los principios tradicionales del derecho penal, pero es más dúctil frente a la necesidad de personalizar el proceso sancionatorio y, prácticamente, insustituible si se quiere orientar la función penal hacia el logro de finalidades preventivas y, sobre todo, preventivo-especiales. Más aún, incluso el cometido de justicia postulado por el retribucionismo, también supone un cierto margen de libertad en el proceso de individualización judicial de la pena, ante la imposibilidad de concretar legislativamente una medición precisa de lo injusto y de la culpabilidad. De ahí, que ni el más estricto de los sistemas de configuración de las circunstancias haya podido prescindir de cláusulas judiciales, como la que contempla el artículo 69 CP.

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

Cabe preguntarse si la adscripción a tal sistema resulta obligatoria en el ordenamiento jurídico chileno o si, por el contrario, es factible que el legislador adopte un sistema diverso, especialmente en concordancia con las restricciones que la preceptiva constitucional impone al ejercicio de la potestad sancionatoria. Desde luego, nos parece que ha de descartarse la posibilidad de instaurar en Chile un sistema de ausencia de regulación, a menos que se pretendiera simplemente prescindir de toda consideración a factores circunstanciales en el proceso de individualización del castigo; lo que tampoco es aconsejable, tanto por razones de justicia, como en virtud de

consideraciones político-criminales. Un sistema de esa índole, en realidad, sólo sería comprensible en un contexto en el cual la actividad sancionatoria se desarrollara con total desvinculación de los principios garantísticos que imponen márgenes precisos a la intensidad de las sanciones. De ahí que un tal sistema no sólo resulte ser enteramente ajeno a nuestra idiosincrasia, sino también, al menos en Chile, claramente inconstitucional.

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

En este sentido, no habría inconveniente para la eventual instauración de un sistema de configuración genérica de circunstancias –que en realidad lo sería de criterios de individualización, más que de circunstancias– o de un sistema mixto que contemplara una cláusula genérica a nivel de atenuantes, como ocurre en España. Sí sería inconstitucional, en cambio, el hecho de establecer esto último para el caso de las agravantes⁵³, al menos en el evento de conservarse el esquema de individualización actualmente vigente, en cuyo contexto es posible que éstas determinen un aumento de la sanción, más allá del límite superior previsto para cada delito. Tanto en uno como en otro caso, el riesgo que tales soluciones importan para la plena vigencia del principio de igualdad, puede ser compensado con la implementación –y, en su caso, con el perfeccionamiento– de una serie de instrumentos procesales destinados a obtener uniformidad en la aplicación de las leyes.

IX. PROYECCIONES DE UN SISTEMA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA

La adopción por parte del ordenamiento jurídico chileno de un sistema taxativo o de regulación específica, tanto a nivel de atenuantes como de agravantes, trae consigo una serie de consecuencias, que la doctrina normalmente expresa a través de principios, entre ellos los siguientes:

1. Exclusión de la analogía.

Puesto que la ley establece taxativamente cuáles son las circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad penal, no pueden los jueces utilizar el razonamiento analógico para dar cabida a otros hechos, situaciones o datos,

⁵³ En este mismo sentido: CURY, *Derecho penal*, cit. (n. 2), II, pp. 127-128; y también, aunque refiriéndose a la situación del derecho español, BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal*, cit. (n. 25), p. 526

aparte de los que aparecen expresamente contemplados con alguno de esos caracteres. Si bien este planteamiento concita la adhesión unánime de la doctrina chilena en relación con las agravantes, no sucede lo mismo en el caso de las atenuantes. Respecto de estas últimas, es opinión mayoritaria la que acepta el empleo del razonamiento analógico, por considerar que dicha forma de proceder no vulnera el principio de legalidad. Según nuestra opinión, sin embargo, el empleo de la analogía está proscrito tanto en el caso de las atenuantes como de las agravantes. Este planteamiento se funda, en primer término, en que el artículo 19 N° 3, inciso séptimo CPol. dispone expresamente que “*ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración [...]*”, y al referirse a la sanción penal, lo hace de un modo genérico, es decir, referido no sólo al marco penal que la ley prevé para cada delito, sino también a la pena que efectivamente resulte de aplicar los procedimientos que la propia legislación contempla para su determinación en cada caso concreto. Por otra parte, los artículos 6º y 7º CPol., al establecer el principio de legalidad referido a las actuaciones de los órganos del Estado, disponen que éstos sólo pueden ejecutar aquellas acciones que una ley hubiere autorizado expresamente, y en el caso de la determinación de la responsabilidad penal, no existe ningún precepto legal que faculte a los jueces para considerar otros criterios de individualización aparte de los que taxativamente enumera el *Código Penal*.

Asimismo, no debemos olvidar que el *Código* español, del cual se copiaron nuestras disposiciones relativas a circunstancias atenuantes, expresamente contemplaba en su parte final la posibilidad de conferir efecto atenuante a otros factores aparte de los que expresamente mencionaba dicho texto. En estas circunstancias, nos parece suficientemente claro que la intención legislativa, que subyace en el texto del artículo 11 CP., no puede ser otra que la de atribuir un carácter taxativo a la enumeración de circunstancias que allí se efectúa. En este caso no se trata, como sostiene Cury, de conferir primacía a la voluntad de los redactores de la norma, sino de afirmar que de un texto que, por razones históricas, omite una cláusula analógica, no puede sino inferirse una voluntad actual orientada hacia la taxatividad de su contenido⁵⁴.

2. Obligatoriedad en cuanto a la apreciación de las circunstancias.

Del simple tenor de los artículos 62 y siguientes CP. –especialmente, por los términos imperativos en que aparecen redactadas estas disposiciones– se desprende con toda claridad que la apreciación de las circunstancias no

⁵⁴ En relación con este argumento y, en general, sobre la tesis contraria, puede consultarse: CURY, *Derecho penal*, cit. (n. 2), I, pp. 160-166.

constituye una facultad de los jueces, sino una verdadera obligación⁵⁵. Es efectivo que el principio de obligatoriedad posee el alcance de constreñir al juez a que conceda efecto agravatorio o atenuatorio a las circunstancias cuya configuración conste en el proceso; es decir, a aquellas respecto de las cuales concurre la totalidad de los presupuestos exigidos en la descripción legal. Con todo, la apreciación de las circunstancias no es en modo alguno un proceso mecánico o de simple constatación de hechos objetivos. El supone, por cierto, la acreditación de la base fáctica de cada figura circunstancial, como así también del conocimiento con que ha de actuar el agente, en aquellos casos en que la ley formula una exigencia en tal sentido. Pero supone también la constatación de los fundamentos que inspiran el efecto atenuatorio o agravatorio de la responsabilidad penal⁵⁶.

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

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

⁵⁵ En el mismo sentido: GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., *De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal*, cit. (n. 44), pp. 126-127.

⁵⁶ Como señala QUINTERO OLIVARES, *Parte general del Derecho penal*, cit. (n. 3), pp. 710-711, ello obedece a que ninguna ley puede prefigurar las situaciones concretas en las que los Tribunales quedan obligados a admitir producido el fundamento fáctico de la eximente, lo que en la práctica se traduce en cierta libertad, la misma que existe para apreciar o no la tipicidad de una conducta.

3. Incomunicabilidad de las circunstancias personales.

Puesto que el juez, en principio, está obligado a conceder efecto agravatorio o atenuatorio a cada una de las circunstancias que concurran en un caso concreto, el legislador ha debido establecer, en el artículo 64 inciso primero CP., la regla de la incomunicabilidad de aquellas que ostenten un carácter estrictamente personal. Como se sabe, de conformidad con este principio, en caso de intervenir dos o más personas en la ejecución de un mismo hecho delictivo, las circunstancias de índole personal que concurrieren sólo pueden ser aplicadas respecto de aquellos autores o partícipes en quienes se dieren los hechos constitutivos de las mismas. Aunque la ley no define lo que debemos entender por circunstancia de orden personal, puede estimarse por tal, cualquier hecho, situación o dato que sólo afecte a un individuo determinado. La norma anteriormente citada ofrece dos ejemplos de esta clase de antecedentes circunstanciales: la disposición moral del delincuente (expresión ésta que puede vincularse al dolo, tanto en su faz volitiva como cognoscitiva; a cualquier otra intencionalidad e, incluso, a las motivaciones) y las relaciones particulares entre el ofendido y el ofensor. Tales ejemplos, sin embargo, en modo alguno han de entenderse como limitativos del alcance que corresponde atribuir al vocablo personal utilizado por el artículo 64 inciso 1º CP.

4. Inherencia de las circunstancias agravantes.

También como expresión de la obligatoriedad en cuanto a la apreciación de las circunstancias, el juez en principio debería conceder efecto a cualquier hecho contemplado como atenuante o agravante, por mucho que su verificación fuera imprescindible para la ejecución del delito. De ahí que el artículo 63 CP., inciso segundo, contemple, exclusivamente para el caso de las agravantes, que éstas no han de ser consideradas como tales, cuando consistan en un hecho sin cuya concurrencia aquél no hubiera podido cometerse.

X. CONCLUSIONES

La responsabilidad penal ha de ser concebida como la consecuencia jurídica de la comisión de un delito, que se traduce en el estado de sometimiento a que queda sujeto un individuo frente a la potestad sancionatoria estatal y que se materializa en la imposición de una pena.

Desde un punto de vista valorativo, la responsabilidad penal, así definida, se basa en tres pilares fundamentales: desvalor de acción, desvalor de resultado y necesidad de pena.

Por imperativo legal y por razones de justicia, la estructuración dogmática de la noción de circunstancia modificatoria debería ser efectuada, precisa-

mente, en relación con la idea de responsabilidad penal.

Esto último implica que la fundamentación de la responsabilidad penal se proyecta también sobre las circunstancias modificatorias, las cuales pueden estar asentadas en cualquiera de los tres pilares anteriormente nombrados.

Las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal pueden ser definidas como hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto.

En un sistema de regulación específica de las circunstancias modificatorias, como lo es el que rige en nuestro país, sólo cabe afirmar la vigencia del principio de obligatoriedad en cuanto a la apreciación de las circunstancias.

La vigencia de dicho principio, sin embargo, no es impedimento para que el tribunal se abstenga de aplicarlas, aun cuando se den todos los componentes fácticos que la ley exige, si no se da también el fundamento que justifica el efecto atenuante o agravante del hecho, situación o dato en que la circunstancia consiste.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, M. *Circunstancias del delito e inseguridad jurídica*, en DEL RÍO FERNÁNDEZ (director), *Cuadernos de derecho judicial circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995).
- ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal* (2^a edición anotada y puesta al día por J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino, Madrid, Akal, 1986).
- ARIAS EIBE, Manuel, *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Barcelona, Bosch, 2007).
- BACIGALUPO, E., *Derecho penal. Parte General* (Buenos Aires, Hammurabi, 1987).
- BAIGUN, D., *Naturaleza de las circunstancias agravantes* (Buenos Aires, Pannenille, 1971).
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros, *Curso de Derecho penal. Parte general* (Barcelona, Experiencia, 2004).
- BUSTOS RAMÍREZ, J.- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (Madrid, Trotta, 2006).
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general* (4^a edición puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1994).
- CALDERÓN CEREZO, A., CHOCLÁN MONTALVO, J., *Manual de Derecho penal* (Barcelona, Deusto, 2005) -
- Cerezo Mir, J., *Derecho penal español. Parte general* (Madrid, Tecnos, 2005).
- CEREZO MIR, J., *Problemas fundamentales del Derecho penal* (Madrid, Tecnos, 1982).
- CLIMENT SIRVENT, C., *Código Penal con jurisprudencia sistematizada* (2^a edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006).
- COBO DEL ROSAL, M. - VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general* (Valencia, Guada, 1984).

- CORDOBA RODA, J. - RODRÍQUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal* (Barcelona, Ariel, 1972).
- CUELLO CALÓN, E., *La moderna Penología* (Barcelona, Bosch, 1958).
- CURY, E., *Derecho penal. Parte general* (7^a edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005).
- DE LA FUENTE HULAUD, F., *Sobre el concepto de responsabilidad criminal en nuestro Código Penal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 13 (1990).
- ESTRADA VÉLEZ, F., *Derecho penal. Parte General* (2^a edición, Bogotá, Temis, 1986).
- ETCHEBERRY, A., *Derecho penal. Parte general* (3^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998).
- FIANDACA, G. - MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale* (5^a edición, Bolonia, Zanichelli, 2007).
- GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997).
- GIMBERNAT, E. y otros, *Código Penal con concordancias y jurisprudencia* (Madrid, Tecnos, 2003).
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Presente y futuro de las circunstancias modificativas*, en DEL RÍO FERNÁNDEZ (director), *Cuadernos de Derecho judicial. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995).
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal* (Valencia, Universidad de Valencia, 1988).
- GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., *De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal*, en ARROYO ZAPATERO (director), *Comentarios al Código penal* (Madrid, Iustel, 2007).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal* (Buenos Aires, Losada, 1956).
- MAURACH, R. - ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general* (trad. de la 7^a edición alemana, por Jorge Bofill y Enrique Aimone, Buenos Aires, Astrea, 1994).
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general* (7^a edición, Barcelona, Reppertor, 2005).
- MUÑOZ CONDE, F. - GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2005).
- NOVOA, E., *Curso de Derecho penal chileno. Parte general* (3^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado* (Madrid, Imprenta Manuel Tello, 1888).
- POLITOFF, S. - MATUS, J. P. - RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal. Parte General* (Barcelona, Signo, 1986).
- QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal* (Pamplona, Aranzadi, 2005).
- RAMÍREZ GRONDA, J., *Diccionario jurídico* (9^a edición, Buenos Aires, Heliasta, 1986).
- RIVACOBIA, M. de, *Función y aplicación de la pena* (Buenos Aires, Depalma, 1993).
- RIVACOBIA, M. de, *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*, en *Doctrina Penal*, Año 11, 43 (1988).
- RODRÍGUEZ COLLAO, L., *Punibilidad y responsabilidad criminal*, en *Revista de Derecho Pontificio de la Universidad Católica de Valparaíso*, 16 (1995).
- RODRÍGUEZ DE VESA, J. M., *Derecho penal español. Parte general* (14^a edición revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Madrid, Dykinson, 1991).

- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentario a los artículos 21 y 22 del Código Penal*, en RODRÍGUEZ MOURULLO (director) - BARREIRO, Jorge (coordinador), *Comentarios al Código Penal* (Madrid, Civitas, 1997).
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada* (Madrid, La Ley, 2007).
- SERRANO GÓMEZ, A. - SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte general* (12^a edición, Madrid, Dykinson, 2007).
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Comentario al artículo 67 del Código Penal*, en RODRÍGUEZ MOURULLO (director) - BARREIRO, J. (coordinador), *Comentarios al Código Penal* (Madrid, Civitas, 1997).
- WELZEL, H., *Derecho penal Alemán. Parte general* (11^a edición, traducción de Bustos Yáñez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997).
- ZAFFARONI, E., *Tratado de Derecho penal* (Buenos Aires, Ediar, 1988).