

**ESTUDIOS SOBRE LA
FUNDAMENTACIÓN Y LA
DETERMINACIÓN DE LA PENA**

JUAN PABLO MAÑALICH R.



THOMSON REUTERS

CAPÍTULO VII
LA CONCURRENCIA DE ATENUANTES COMO
FACTOR DE ALTERACIÓN DEL MARCO PENAL*

1. FUNCIÓN Y POSICIÓN SISTEMÁTICA DE LAS REGLAS
SOBRE DETERMINACIÓN DE LA PENA

a El sistema de determinación de la pena

En términos generales, cabe entender por reglas de determinación de la pena aquellas que determinan la naturaleza, la magnitud y el modo de ejecución de una pena en tanto consecuencia jurídica impuesta sobre la persona responsable de un hecho jurídico-penalmente delictivo. En este sentido, las reglas de determinación de la pena pueden entenderse como reglas complementarias de las normas de sanción de la parte especial del CP, o bien de leyes penales especiales, las cuales establecen el umbral mínimo y máximo de la consecuencia punitiva asociada a la realización imputable de un determinado tipo delictivo, fijando así el respectivo marco penal.

Tal es, precisamente, la función de las reglas expresadas en las disposiciones del Título III del Libro I del CP, que se encuentran agrupadas en cinco párrafos y que tratan, respectivamente, de “las penas en general”, “la clasificación de las penas”, “los límites, naturaleza y efectos de las penas”, “la aplicación de las penas” y “la ejecución de las penas y su cumplimiento”. Además de las peculiares reglas de determinación de la pena contenidas en

* Versión revisada del trabajo originalmente aparecido, con el título “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?”, en *Informes en derecho. Doctrina procesal penal 2009*, Defensoría Penal Pública, 2010.

la legislación especial, según cuál sea la materia de que se trate, las reglas del Título III del Libro I han de entenderse complementadas, a su vez, por las reglas generales plasmadas en la Ley N° 18.216, que establece “medidas alternativas” para el cumplimiento de penas privativas de libertad. Y puesto que la pena no es sino la pena ejecutada¹, ha de advertirse que el efecto de estas últimas reglas consiste, de hecho, en una sustitución de la irrogación del mal sensible—esto es, de la específica privación de derechos del condenado— en que consiste la sanción punitiva en cuestión.

b. Determinación legal versus determinación judicial de la pena

Dentro del conjunto de reglas que fijan las condiciones sustantivas de la imposición y ejecución de las penas cabe formular una distinción entre aquellas a través de las cuales la propia ley determina, manteniendo o alterando, la extensión de la pena prevista por la respectiva norma de sanción, por un lado, y aquellas en virtud de las cuales el órgano jurisdiccional—esto es, el tribunal competente— ha de determinar la pena concreta a ser específicamente impuesta sobre la persona del condenado, en atención a condiciones fijadas de modo más o menos estricto por la ley, por otro. Así, las primeras pueden ser designadas como reglas de determinación *legal*, mientras que las segundas, en cambio, como reglas de determinación *judicial* de la pena².

En relación con ambas clases de reglas es posible, ahora bien, efectuar una subdistinción ulterior. A saber, pueden diferenciarse reglas de determinación legal de la pena en sentido amplio y en sentido estricto, así como reglas de determinación judicial de la pena en sentido amplio y en sentido

¹ Véase MAÑALICH, 2010c, pp. 81 y ss., 98 y ss., con referencias ulteriores.

² Al respecto, véase MIR PUIG, 2005, 715 y ss. Para la distinción en la doctrina chilena, véase por todos NOVOA, 2005b, 349-350; LABATUT, Gustavo (2005), *Derecho Penal*, 9ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 264-265; GARRIDO, Mario (2005a), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 315 y ss.; MATUS y VAN WEEZEL, en POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (2002), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 324; en detalle, VAN WEEZEL, Álex (1997), “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N° 3, pp. 460 y ss.; RUDNICK, Carolina (2007), *La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación judicial de la pena*, Santiago de Chile, LexisNexis, pp. 43 y ss.

estricto. En sentido estricto, son reglas de determinación legal de la pena aquellas por medio de las cuales la ley fija la posible extensión de la pena a ser impuesta sobre una persona responsable por un determinado hecho punible. Tratándose de penas privativas (o restrictivas) de libertad, ésta es la función distintiva de aquellas reglas que conciernen a la *concreción* (legal) del marco penal abstracto fijado por la respectiva norma de sanción. Frente a esto, cabe entender incorporadas dentro de las reglas de determinación legal de la pena, en un sentido amplio, todas aquellas reglas que hacen posible una alteración de esa extensión –y en particular, una alteración del marco penal tratándose de penas privativas de libertad– en atención a circunstancias que afectan extrínsecamente el objeto del respectivo cargo (en sentido procesal) en virtud del cual se produzca, eventualmente, la declaración de culpabilidad correspondiente.

Un subconjunto paradigmático de reglas sobre determinación legal de la pena en sentido amplio, entonces, está constituido por las reglas sobre concursos de hechos punibles³. Esto resulta fácilmente reconocible tanto tratándose de la regulación del concurso ideal y medial del art. 75 del CP, como tratándose de la regulación del concurso real del art. 351 del CPP. Pues en ambas disposiciones se hallan formuladas reglas que, en un sentido suficientemente amplio, modifican la consecuencia punitiva asignada a la realización imputable de un determinado tipo delictivo. En los casos de concurso ideal –y equiparados a éstos, los de concurso medial–, la modificación opera en el sentido de una prescindencia de la pena correspondiente al hecho punible menos grave, que se sigue de la aplicación de un régimen de absorción agravada (o “asperación”) a favor de la pena correspondiente al delito más grave⁴. Y en el caso del concurso real o material (“reiteración”)⁵, con arreglo a la regulación del CPP, ello tiene lugar a través de la aplicación de un régimen de acumulación jurídica, consistente o bien en

³ Véase supra, Caps. V y VI.

⁴ A diferencia de lo que corresponde a un concurso aparente o no-auténtico de hechos punibles, habiendo concurso ideal, a pesar de la imposición de una sola pena (agravada), se formulan tantas condenas como hechos punibles por los cuales el imputado sea hecho definitivamente responsable. Esto se conoce como la “función de clarificación” del concurso ideal.

⁵ En rigor, el concepto de reiteración es genérico frente al de concurso real, pues también cabe hablar de reiteración de delitos en casos de reincidencia. Lo que distingue al concurso real de esta última es una variable estrictamente procesal, consistente en la posibilidad de un

la formación de una pena global, en tanto se trate de hechos punibles que puedan ser estimados como uno solo (inc. 1º), o bien en la exasperación de la pena correspondiente al hecho al cual corresponda la pena más grave en atención a las circunstancias del caso (inc. 2º), siempre que se trate de “*delitos de una misma especie*”. Esto, a menos que la aplicación del régimen de acumulación material, establecido en el art. 74 del CP, resulte más favorable al condenado.

En el ámbito de las reglas con arreglo a las cuales se lleva a cabo la determinación judicial de la pena también cabe reconocer una subdistinción correspondiente. Así, por reglas de determinación judicial de la pena en sentido estricto puede entenderse el conjunto de reglas con arreglo a las cuales el tribunal competente ha de efectuar la determinación exacta de la pena cuya imposición es objeto de la sentencia respectiva. A esta operación de determinación o “medición” de la pena, efectuada por el tribunal competente, se la suele denominar *individualización* (judicial) de la pena⁶. Es precisamente de esta operación de individualización de la pena exacta al interior del marco penal (ya concretado) que se ocupa el art. 69 del CP, con arreglo al cual la determinación de la “*cuantía de la pena*” ha de efectuarse en atención al número y la entidad de las circunstancias modificatorias (agravantes y atenuantes) concurrentes, así como a la “*extensión del mal producido por el delito*”. Sin embargo, dentro de las reglas de determinación judicial de la pena, en un sentido amplio, también se entienden incorporadas aquellas reglas en conformidad con las cuales resulta posible la aplicación de regímenes alternativos de cumplimiento, como lo son, en el derecho chileno, las reglas sobre remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada que establece la Ley N° 18.216.

c. El estatus de las reglas referidas a la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

En conformidad con la esquematización precedente, es posible precisar ahora la posición específica que corresponde a las reglas de determinación

juzgamiento conjunto de los delitos en cuestión; la reincidencia supone, por el contrario, el juzgamiento previo de uno de ellos. Véase supra, Cap. V, 3.a).

⁶ Así, NOVOA, 2005b, 349; VAN WEEZEL, 1997, 459; RUDNICK, 2007, 43 y ss.

de la pena relativas a las así llamadas “circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal”, que comprenden las circunstancias constitutivas de atenuantes y agravantes, así como la circunstancia mixta del parentesco, respectivamente establecidas en los arts. 11, 12 y 13 del CP. Se trata, por ende, de las reglas establecidas en los arts. 62 y siguientes, las cuales, tal como lo anuncia el propio art. 62, se ocupan del efecto que se sigue de la presencia de circunstancias atenuantes y agravantes “*para disminuir o aumentar la pena*”.

Cuál sea la posición específica de estas reglas en el contexto global de la regulación de la determinación de la pena, no es una pregunta cuya respuesta sea autoevidente. Pues en una medida considerable, la respuesta depende de cuál sea la evaluación general que merezca el sistema de determinación de la pena que expresa la regulación vigente, que tradicionalmente se entiende como una variante más bien rígida de un sistema de determinación legal relativa de la pena⁷, que en todo caso resulta incompatible con un sistema de sentencia indeterminada⁸.

A este respecto, Van Weezel pretende situar las reglas de determinación de la pena en atención a la concurrencia de atenuantes y agravantes en el ámbito de la individualización judicial de la pena⁹, citando para ello a Novoa¹⁰. Pero la cita dista de surtir, al menos inmediatamente, el efecto que Van Weezel pretende asignarle. Pues si bien Novoa reconoce el “*margen de apreciación personal*” que la ley concede al juez una vez efectuada la operación de cálculo, ello todavía no prejuzga si las reglas sobre concu-

⁷ Véase por todos NOVOA, 2005b, 349 y ss., 353; CURY, 2005, 757 y ss., 761; GARRIDO, 2005a, 316-317; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2004), *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 495 y ss.; MATUS y VAN WEEZEL, en POLITOFF y ORTIZ, 2002, 324 y ss.

⁸ En detalle al respecto, CUELLO CALÓN, Eugenio (1960), *Derecho Penal*, 13ª ed., Barcelona, Bosch, pp. 668 y ss.

⁹ En este sentido también POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, 2004, 494-495, 529 y ss. Para una muestra de la recepción jurisprudencial de esta interpretación de los arts. 62 y siguientes del CP como reglas de determinación judicial de la pena, véase el fallo de la CS recaído en *contra S.A.N.C.*, de 15 de septiembre de 2009, rol N° 3909-09 (cons. 12).

¹⁰ Véase VAN WEEZEL, 1997, 469 y s.

rencia de atenuantes y agravantes son operativas, en opinión de Novoa, durante o recién después de ese cálculo. Según Novoa,

la misma ley contiene un conjunto bastante numeroso de reglas que disponen la forma como ciertos factores o circunstancias influyen en la determinación de la pena, reglas que son obligatorias para el juez en la mayor parte de los casos. En esta forma, la determinación de la pena aplicable a un determinado delincuente se transforma en un cálculo regido por normas legales obligatorias¹¹.

Es el caso, ahora bien, que dentro de las variables que “considera la ley para los efectos de la regulación de las penas”, Novoa incluye, precisamente, la “*conurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes*”, junto, por ejemplo, con la “*naturaleza de la intervención del delincuente*”¹², siendo esta última una variable inequívocamente entendida –también por Van Weezel¹³– como objeto de referencia de reglas de determinación legal de la pena. Por ende, es posible, sin más, que al interior del conjunto de las reglas expresadas en los arts. 65 y siguientes del CP, que específicamente atienden al número de circunstancias atenuantes o agravantes concurrentes para determinar así el grado –o el máximo o mínimo del grado– de la pena privativa de libertad aplicable, haya que efectuar una diferenciación entre reglas de genuina concreción legal del marco penal aplicable¹⁴, de una parte, y reglas de genuina medición judicial de la pena, de otra.

Desde este punto de vista, entre las reglas formuladas en los arts. 62 y siguientes es posible diferenciar reglas de concreción o modificación del marco penal aplicable, por un lado, que en cuanto tales han de ser tenidas por reglas de determinación legal de la pena, y reglas de medición o individualización judicial de la pena, por otro. Según ya se sugiriera, este último es el caso tratándose de la regla del art. 69, con arreglo a la cual el tribunal competente debe determinar la pena exacta atendiendo tanto al número y

¹¹ NOVOA, 2005b, 353.

¹² *Ibid.*

¹³ Véase MATUS y VAN WEEZEL, en POLITOFF y ORTIZ, 2002, 324.

¹⁴ Análogamente, en relación con las reglas del CP español, MIR PUIG, 2005, 717 y s., 721 y ss.

entidad de las circunstancias modificatorias concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito¹⁵.

Pero a las reglas que especifican el efecto de la concurrencia de atenuantes o agravantes en la concreción del marco penal no se deja atribuir el mismo estatus. Pues éstas no establecen criterios bajo los cuales el tribunal competente pueda efectuar la individualización de la pena en definitiva correspondiente, sino que determinan el modo en que la presencia de una o más circunstancias modificatorias de la responsabilidad puede producir una alteración del marco penal respectivo. Y esto, con independencia de que la modificación del marco se encuentre legalmente impuesta, o bien sólo permitida al tribunal¹⁶. Pues que una regla de rango legal sólo autorice, y no imponga, una agravación o morigeración del marco penal no obsta a que de esa manera el legislador efectúe una modificación del marco penal previsto por la norma de sanción correspondiente. Esto, porque de tratarse de una agravación o morigeración puramente facultativa, cabrá reconocer entonces una ampliación –hacia arriba o hacia abajo, respectivamente– del marco penal correspondiente, al interior del cual el tribunal competente tendrá que proceder, posteriormente, a efectuar la individualización de la

¹⁵ Al respecto, VAN WEEZEL, Álex (2001), “Determinación de la pena exacta: El artículo 69 del Código Penal”, *Ius et Praxis*, vol. 7, N° 2, pp. 401 y ss.

¹⁶ Véase RUDNICK, 2007, 44 y s., quien advierte la posibilidad de reconocer, como paso de determinación *legal* de la pena, la operación de concreción del marco penal abstracto, efectuada por el tribunal, en atención a los criterios fijados por el propio legislador, entre los cuales figura la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes. Rudnick entiende que esta sistematización resulta ser la consecuencia de atender al “*origen o fuente*” de las respectivas reglas de medición, por oposición a atender al “*titular originario del ejercicio*” de la determinación en cuestión, en cuyo caso la concreción del marco penal, en atención a la eventual concurrencia de atenuantes y agravantes, resultaría ser una tarea de determinación *judicial* de la pena. El problema de esta contraposición, sin embargo, radica en que no es posible, de hecho, postular esos dos criterios clasificatorios contrapuestos. Pues es claro, por ejemplo, que el “*origen*” de la regla del art. 69 del CP es la legislación, sin que eso pudiera significar, empero, que entonces, al aplicar esta regla, el tribunal estuviese contribuyendo a la determinación *legal* de la pena. Esto debería ser advertido por Rudnick, quien entiende que la pregunta por el origen sería equivalente, en efecto, a la pregunta acerca de “*la existencia o no de espacios de discrecionalidad judicial*” respecto de la decisión en cuestión (ibíd., 45). Rudnick desconoce –ciertamente, al igual que la generalidad de la doctrina– que siempre que alguna regla *legal* hace posible imponer una pena fuera del marco abstracto fijado por la respectiva norma de sanción penal, lo que tiene lugar de ese modo es una modificación *legal* del marco, con total independencia de si en definitiva el tribunal hace uso de esa posibilidad.

concreta pena a imponer con arreglo a los criterios pertinentes. El eventual carácter obligatorio o facultativo de la rebaja o del aumento de pena no se opone, por ende, a la sistematización de las reglas correspondientes como reglas de determinación legal, y no judicial, de la pena. Este es el caso, por ejemplo, tratándose de la rebaja de pena prevista por el art. 68 bis del CP, que hace posible la imposición de la pena inferior en un grado en caso de concurrir una circunstancia atenuante “muy calificada”.

Lo anterior no significa, empero, validar la tesis mayoritariamente defendida por la doctrina y la jurisprudencia chilenas, en el sentido de que –en contra de lo que se argumentará más abajo– habiendo pluralidad de circunstancias atenuantes la rebaja de la pena correspondiente se encontraría meramente autorizada, y no impuesta, por la ley. Pues como habrá de mostrarse, esta interpretación de los arts. 65 y siguientes del CP resulta, tanto exegética como sistemáticamente, deficiente.

2. LAS REGLAS SOBRE CONCRECIÓN O ALTERACIÓN DEL MARCO PENAL POR CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD

a. Cuestiones generales

Según ya se estableciera, entre las reglas de los arts. 62 y siguientes del CP, todas concernientes al efecto que tiene la presencia de una o más circunstancias atenuantes o agravantes en la determinación de la pena, es posible reconocer tanto reglas de determinación legal como reglas de determinación judicial de la pena. Entre las primeras, las que aquí interesan están constituidas por todas aquellas que prevén una concreción o alteración del marco penal aplicable en virtud de la concurrencia de una o más circunstancias modificatorias, en cuyo contexto cabe tener incluidas, por cierto, las reglas relativas a las así llamadas “circunstancias modificatorias de eficacia excepcional”¹⁷. Aquí aparecen las reglas del art. 71, relativo a la concurrencia incompleta de la eximente del art. 10 N° 8 (que es una eximente

¹⁷ Rudnick (ibíd., 28 y s.) habla aquí de circunstancias “especiales” (por oposición a “comunes”), en atención a que ellas no entran a la operación ordinaria de compensación racional, y diferencia esta clasificación de aquella que distingue entre circunstancias específicas y genéricas, según si se trata de circunstancias que sólo vienen en consideración respecto de determinados delitos, o bien respecto de cualquier delito.

de caso fortuito en cuanto criterio de exclusión de una imputación a título de imprudencia); del art. 72, relativo al aprovechamiento de la minoridad de alguno de los intervinientes en el hecho; del art. 73, relativo a los demás casos de concurrencia de eximentes incompletas; y del art. 103, relativo a la así llamada “media prescripción”¹⁸. A estas reglas resultan asimiladas aquellas que reconocen eficacia excepcional a circunstancias modificatorias establecidas en la parte especial del CP, o bien en alguna ley especial¹⁹.

Como reglas de determinación legal de la pena también deben ser entendidas, ahora bien, las reglas de los arts. 63 y 64. La primera disposición concierne al problema de la inherencia (explícita o implícita) al delito cometido de una determinada circunstancia agravante, equiparando a esta situación el caso en que la agravante respectiva constituye un delito específicamente tipificado por la ley, en atención a lo cual la ley formula una prohibición de doble valoración, la cual se deja entender al modo de una especificación del principio del *ne bis in idem*²⁰. El art. 64, en cambio, atañe al problema de la “comunicabilidad” de las circunstancias modificatorias entre los diferentes intervinientes en el hecho. En ambos casos se trata, por ende, de reglas que condicionan la aplicabilidad de determinadas circunstancias modificatorias de la responsabilidad para efectos de su contribución a la concreción o alteración del marco penal legalmente previsto. Es decir, se trata de reglas que establecen criterios de aplicabilidad, para efectos de determinación de la pena, de las circunstancias atenuantes y agravantes²¹.

¹⁸ Así, NOVOA, 2005b, 365; VAN WEEZEL, 1997, 471.

¹⁹ CURY, 2005, 767; ETCHEBERRY, 1998a, 189 y s.

²⁰ Véase infra, 2.b).

²¹ Desde ya, esta consideración sugiere que el ámbito de aplicación de las reglas del art. 64 no se extiende al problema de la calificación de la participación de un *extraneus* en un determinado delito especial. Pues en rigor aquí el problema de la “comunicabilidad” se encuentra mal planteado, en cuanto se trata, más bien, de cuál sea la comprensión adecuada del principio de la accesoriidad de la participación. En la doctrina penal chilena, este sigue siendo un punto sumamente controvertido. Sin que aquí sea procedente entrar en la cuestión, baste señalar que, en conformidad con la comprensión de la participación delictiva en sentido estricto –esto es, la inducción (regulada en el art. 15 N° 2, que equipara su penalidad a la de los autores) y la complicidad (regulada en el art. 16)– como intervención delictiva en un hecho principal ajeno, el partícipe, en cuanto interviniente en el hecho del autor (o de los coautores), ha de responder accesoriamente por el hecho típico calificado en la persona del autor. Y esto también vale tratándose de delitos especiales. Pues lo distintivo de un delito especial es que la posición del

b. La concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad como criterio de concreción del marco penal y de individualización de la pena exacta

Es importante tener en cuenta, ahora bien, que la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes no sólo tiene relevancia como criterio de concreción legal del marco penal aplicable. Pues en conformidad con el art. 69 del CP, la concurrencia de atenuantes y agravantes, atendidos su número y entidad, es uno de los criterios –junto al de la mayor o menor extensión del mal causado por el hecho delictivo– con arreglo a los cuales el tribunal ha de proceder a individualizar la pena al interior del marco penal (ya concretado). Esto significa, en efecto, que la concurrencia de atenuantes o agravantes no sólo es un factor al cual el legislador otorga significación directa para la concreción (o ampliación) del marco penal, sino también un factor que ha de incidir en la medición de la pena exacta, una vez que el marco penal correspondiente ha sido concretado. Pero sería un error inferir de ello que, en tal medida, la valoración de la incidencia de las atenuantes o agravantes concurrentes habría de asumir una perspectiva diferenciada de aquella bajo la cual esas mismas circunstancias operan como criterio de concreción del marco penal.

Justamente una diferenciación tal, sin embargo, es lo que propone Van Weezel, según quien la única manera de evitar que la doble consideración de la concurrencia de atenuantes o agravantes –primero en la concreción del marco, después en la individualización de la pena exacta– resulte contraria al principio *ne bis in idem*, sería asumiendo que en la aplicación del art. 69 el tribunal debería adoptar un punto de vista orientado a la prevención²². Esto, porque de asumir un punto de vista orientado a la incidencia de tales circunstancias en la menor o mayor culpabilidad del condenado a la hora de individualizar la pena exacta, el tribunal estaría valorando la concurrencia de atenuantes o agravantes, en los términos del art. 69, desde el mismo

autor (sea directo, mediato o coautor) es dependiente de una cualificación personal especial, que lo convierte en *intra-neus* y así en destinatario de la norma de comportamiento subyacente a la norma de sanción penal. Esto significa, por de pronto, que un *extra-neus* jamás puede ser autor de un delito especial, sino sólo partícipe. Una toma de posición próxima a este planteamiento se encuentra en GARRIDO, 2005b, 431 y ss.

²² VAN WEEZEL, 1997, 466 y s.; VAN WEEZEL, 2001, 403 y s.

punto de vista que subyace a la consideración de esas circunstancias como criterio de concreción del marco penal:

Así, no sería posible para el juez compensar racionalmente dos atenuantes con una agravante por considerar que ésta manifiesta un grado excepcional de reprochabilidad, y luego imponer el máximo de pena dentro del grado así establecido, precisamente en base a esta misma consideración²³.

Pero este argumento no se sostiene, y ya por dos razones diferentes. Pues por un lado, ello desconoce que el principio *ne bis in idem* opera como un criterio de exclusión de sobrevaloración judicial en atención a la posibilidad de una redundancia legislativa dadas las circunstancias del caso²⁴. Pero hablar aquí de una redundancia legislativa supone advertir que la sobrevaloración no ha de ser atribuible al legislador como pretendida o buscada. Pues en tal caso, la “sobrevaloración” no será sino la (genuina) valoración legislativa de las circunstancias del caso. Y es precisamente una consideración de las atenuantes y agravantes concurrentes tanto en el nivel de la concreción del marco penal como en el nivel de la individualización de la pena exacta lo que el legislador expresamente declara pretender. Esto no significa, ciertamente, que entonces esa valoración no pueda ser considerada excesiva, por ejemplo, por referencia al principio general de proporcionalidad, en su clave de prohibición de exceso²⁵. El punto es que ese exceso no será reconocible como tal en atención a los estándares que representan las propias definiciones de merecimiento y necesidad de pena atribuibles al legislador, sino en atención a algún estándar –eventualmente, de rango constitucional– al cual el legislador pueda resultar sometido.

Pero por otra parte, el argumento de Van Weezel también desconoce que, en rigor, esa doble consideración de la concurrencia de atenuantes o agravantes no constituye una duplicación. Pues en la concreción del marco penal, de un lado, y en la individualización de la pena exacta, de otro, se

²³ VAN WEEZEL, 1997, 466.

²⁴ En detalle al respecto, MAÑALICH, 2005b, 1023 y ss.

²⁵ Véase al respecto BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2004), “Delitos contra intereses instrumentales”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, pp. 314 y ss., especialmente 320 y ss.

trata de dos operaciones diferenciadas, que se corresponden, sin embargo, con dos pasos de un mismo proceso encaminado a obtener la identificación de la consecuencia punitiva específica a imponer sobre el sujeto a quien resulta definitivamente imputable un hecho punible, en atención a sus concretas particularidades. Por eso, nada extraño hay en que las circunstancias que hacen posible reconocer esas particularidades del hecho punible, en atención a las cuales ha de identificarse la pena que resulta concretamente merecida y necesaria, adquieran relevancia tanto en el nivel de la concreción del marco penal abstracto como en el nivel de la individualización de la pena exacta al interior de ese marco ya concretado²⁶.

Esta última puntualización sugiere, de paso, cuál es la función precisa que desempeña la regulación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Se trata, en efecto, de circunstancias que la ley selecciona como indicadores (cuantitativos) del concreto grado de merecimiento y necesidad de pena, de cara a determinadas particularidades del hecho delictivo juzgado. Es decir, se trata de circunstancias que contribuyen a realizar la exigencia de que la pena impuesta sea “*una pena que tenga carácter legal*”, pero que al mismo tiempo sea “*adecuada a la individualidad del caso concreto*”²⁷.

c. La estructura sistemática de la regulación legal

Las reglas que directamente conciernen a la incidencia de la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes en la concreción o alteración del marco penal aplicable, expresadas en los arts. 65 a 68 del CP, se hallan formuladas en atención a sus respectivos presupuestos de aplicación, que se diferencian según cuál sea la naturaleza de la pena privativa (o restrictiva) de libertad legalmente asociada a la realización imputable del tipo delictivo correspondiente. Así, el art. 65 se encuentra referido al caso en que la pena –el marco penal– consiste en una sola pena indivisible; el art. 66, al caso en que ella consiste en dos penas indivisibles; el art. 67, al caso en que ella consiste en un grado de una pena divisible; y finalmente el art. 68, al caso en que ella consiste en una pena compuesta o bien por una o

²⁶ Así, CURY, 2005, 769 y s.

²⁷ MERKEL, 1889, 254.

más penas indivisibles y uno o más grados de una pena divisible, o bien (exclusivamente) por dos o más grados de una pena divisible²⁸.

Así, dependiendo de cómo esté configurado el respectivo marco penal, resultan aplicables las reglas que diferencian situaciones de concurrencia de una o varias circunstancias atenuantes, de una o varias circunstancias agravantes, o bien tanto de atenuantes como de agravantes. En este último caso resulta aplicable la regla que impone la compensación racional de atenuantes y agravantes, cuyo análisis excede el marco del presente trabajo²⁹. Siguiendo a Novoa³⁰, es posible identificar un conjunto delimitado de criterios sustantivos que subyacen a las reglas específicamente expresadas en cada una de las disposiciones legales ya mencionadas:

a) No concurriendo atenuantes o agravantes, el tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena asignada por la ley al hecho punible, siempre que no se trate de un marco penal consistente en una sola pena indivisible;

b) La concurrencia de una sola atenuante o una sola agravante no alcanza a tener un efecto modificador de la extensión de la pena aplicable más allá de los límites mínimo o máximo del correspondiente marco penal, a menos que se trate de una atenuante muy calificada; pero sí alcanza a tener un efecto de concreción de ese mismo marco penal, restringiéndolo a su *mínimum* o *máximum*, o bien excluyendo su grado máximo o grado mínimo, según concurra una sola atenuante o una sola agravante, respectivamente;

c) La concurrencia de varias –esto es, dos o más– circunstancias atenuantes hace posible una rebaja de la pena legalmente prevista;

d) La concurrencia de varias circunstancias agravantes, en cambio, sólo posibilita un aumento de pena en caso de tratarse de (uno o más grados de) una pena divisible;

²⁸ Véase por todos ETCHEBERRY, 1998a, 181 y ss.; CURY, 2005, 767 y ss.

²⁹ En detalle, VAN WEEZEL, 1997, 478 y ss.; RUDNICK, 2007, 409 y ss., 477 y ss.

³⁰ NOVOA, 2005b, 361 y ss. Véase también GARRIDO, 2005a, 321 y ss.

e) El monto de la rebaja de pena, habiendo pluralidad de atenuantes, es variable, dependiendo de la clase de pena asignada al hecho punible; en cambio, la medida del aumento de pena, habiendo pluralidad de agravantes, nunca puede exceder de un grado.

Esta enunciación de los criterios generales de determinación de la pena frente a la concurrencia de una o varias atenuantes o agravantes, expresados en los arts. 65 a 68 del CP, hace posible extraer un principio fundamental que la regulación hace suyo. Se trata del principio de valoración asimétrica del impacto de la concurrencia de atenuantes, de un lado, y de agravantes, de otro, en la concreción o alteración del marco penal aplicable³¹.

La postulación de este principio, que usualmente se invoca como criterio específico para la operación de la compensación racional entre atenuantes y agravantes, deviene igualmente importante frente al problema que aquí interesa más directamente. Pues si es efectivo, como afirmara Cury, que “[e]sta valoración diferenciada que se desprende del texto legal debe ser tomada en cuenta cuando se exige realizar evaluaciones al intérprete”³², entonces esta consideración también podrá adquirir relevancia en la determinación del sentido y alcance de los arts. 65 a 68, en lo relativo a las consecuencias que se siguen de la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes para la concreción o alteración del respectivo marco penal. Como se sostendrá más abajo, en efecto, dicha asimetría en el peso específico que la ley asigna a atenuantes y agravantes constituye un antecedente imprescindible en la justificación de la tesis de que, concurriendo dos o más atenuantes, sin agravantes, la rebaja de pena correspondiente no es facultativa, sino obligatoria para el tribunal.

³¹ Véase CURY, 2005, 765 y 769; en detalle, VAN WEEZEL, 1997, 481 y ss.; RUDNICK, 2007, 40 y ss.

³² CURY, 2005, 769.

3. LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA REBAJA DE PENA POR CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

a. Planteamiento general

Es jurisprudencia absolutamente constante de la CS, con la salvedad de un conjunto reducido de sentencias que serán examinadas más abajo, que las reglas establecidas en los arts. 65, 66, 67 y 68 del CP, relativas a las consecuencias que la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad tiene para la determinación de la pena, conferirían una facultad de rebaja de pena, cuyo ejercicio sería enteramente discrecional, para el caso en que concurren dos o más circunstancias atenuantes sin que al mismo tiempo concurren agravantes. Un vistazo tanto a las decisiones más remotas³³ como a algunas más recientes³⁴ que la CS ha emitido al respecto así lo muestra. Esta línea jurisprudencial es, por lo demás, consistente con la opinión ampliamente mayoritaria en la doctrina³⁵. Una temprana toma de posición contraria a la tesis del carácter facultativo de la rebaja fue ofrecida por Franklin Quezada, en su nota (crítica) a la sentencia de la CS recaída en el caso *contra Carlos Squella Lagno*, de 11 de junio de 1954, publicada en la *Revista de Ciencias Penales*³⁶.

³³ Véase ETCHEBERRY, Alfredo (1987a), *El derecho penal en la jurisprudencia*, tomo II, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 216 y ss.; ETCHEBERRY, Alfredo (1987b), *El derecho penal en la jurisprudencia*, tomo IV, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 230 y s.

³⁴ Véase MAÑALICH, 2004, 252 y s.; MAÑALICH, 2005a, 507 y ss.; MAÑALICH, 2013a, 304 y ss.

³⁵ Véase por todos NOVOA, 2005b, 362 y s.; LABATUT, 2005, 274 y 276; ETCHEBERRY, 1998a, 185 y ss.; CURY, 2005, 769; GARRIDO, 2005a, 332; MATUS y VAN WEEZEL, en POLITOFF y ORTIZ, 2002, 360; en idénticos términos, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, 2004, 529 y s., con nota al pie N° 115. Véase también YUSEFF, Gonzalo (2005), *La prescripción penal*, 3ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 163 y ss.; RUDNICK, 2007, 453 y ss.

³⁶ Véase QUEZADA (1956), “Nota a ‘Contra Squella Lagno’”, *Revista de Ciencias Penales*, tomo XV, N° 1, pp. 91 y ss. Inmediatamente antes de la nota de Quezada aparece publicada la nota (favorable a la tesis del fallo) de Miguel Schweitzer. Véase SCHWEITZER (1956), “Nota a ‘Contra Squella Lagno’”, *Revista de Ciencias Penales*, tomo XV, N° 1, pp. 89 y ss., quien ya hubiera publicado una nota (crítica) a la sentencia de la corte recaída en *contra Eduardo Marambio*; véase SCHWEITZER (1943), “Nota a ‘Contra Eduardo Marambio’”, *Revista de Ciencias Penales*, tomo VI, pp. 202 y ss. Puesto que esta última nota de Schweitzer proponía una crítica integral a la solución adoptada por la CS en ese caso (que aisladamente validara la

Tanto la segunda oración del art. 65, como el inc. 3° del art. 66, como el inc. 4° del art. 67, como finalmente el inc. 3° del art. 68 del CP, se refieren a casos de concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes, sin que concurren agravantes, disponiendo que entonces el tribunal podrá imponer la pena inmediatamente inferior en uno, dos o (bajo el art. 68) tres grados. La diferencia específica entre las cuatro disposiciones se reduce, por ende, a la clase de pena (privativa de libertad) que viene en consideración, en el sentido en que ya se señalara más arriba. En relación con estas disposiciones –y en particular respecto de los respectivos incisos de los arts. 67 y 68, por ser éstos los de mayor incidencia en la praxis– la jurisprudencia constante de la CS mantiene, como ya se sugiriera, que la rebaja del marco penal correspondiente en uno o más grados sería, en tales casos, enteramente discrecional para el tribunal competente. Esta es la razón por la cual la CS tiende a rechazar sistemáticamente los recursos de casación –de acuerdo con las reglas del CdPP– o nulidad –con arreglo a las reglas del CPP– a través de cuya interposición se pretende obtener la invalidación de sentencias condenatorias que niegan la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes. La posición típicamente mantenida por la CS a este respecto consiste en que, aun de concurrir las atenuantes invocadas por el recurrente, el error de derecho cometido en la sentencia respectiva carecería de influencia en lo dispositivo del fallo, puesto que el tribunal de fondo de todas maneras habría podido imponer la pena de hecho impuesta, dado que la rebaja en cuestión habría sido meramente facultativa, y no obligatoria para el mismo³⁷.

De modo completamente aislado, sin embargo, la CS emitió, el año 2004, un importante pronunciamiento en el sentido inverso³⁸, en relación con un caso en que venía en consideración la regla del inc. 3° del art. 68.

interpretación contraria a la tesis de la discrecionalidad de la rebaja), es incorrecto identificar ese punto de vista –como sugieren, sin embargo, MATUS y VAN WEEZEL, en POLITOFF y ORTIZ, 2002, p. 360– con el de “*alguna doctrina*” que negaría el carácter facultativo de la rebaja de pena correspondiente. El mismo error, que se explica por la reproducción de la referencia doctrinal, aparece en la sentencia de la CS recaída en *contra E.E.O.R.*, de 19 de agosto de 2009, rol N° 2936-09 (con. 6°).

³⁷ Así, explícitamente, RUDNICK, 2007, 456.

³⁸ Véase *contra L.R.G.D.*, de 18 de agosto de 2004, rol N° 2809-04. Al respecto, véase MAÑALICH, 2005a, 508 y ss.

En efecto, mediante una sentencia de casación la CS invalidó una sentencia de segunda instancia que confirmara un fallo que había impuesto una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, desconociendo la concurrencia de una segunda atenuante de responsabilidad, cuya consideración, bajo el inc. 3º del art. 68, habría tenido que conducir a la imposición de una pena de presidio menor en su grado máximo. La CS sostuvo que el error, por ende, sí había influido en lo dispositivo del fallo.

Que la CS haya asumido que era obligatorio rebajar la pena en un grado supone entender que la regla del inc. 3º del art. 68 establece una facultad que en un sentido es discrecional, pero en otro no. Concurriendo dos o más circunstancias atenuantes, el tribunal puede, efectivamente, determinar “discrecionalmente”, en un sentido débil³⁹, el *quantum* de la rebaja, atendiendo al número y la entidad de las atenuantes concurrentes, pero está obligado a rebajar la pena, a lo menos en un grado. Es justamente esta última interpretación la que se encuentra desarrollada en el más importante antecedente desfavorable a la interpretación dominante tanto jurisprudencial como doctrinalmente, consistente en un pretérito pronunciamiento de la propia CS. Se trata de la decisión recaída en el caso *contra Eduardo Marambio*, del año 1943, publicada en la *Revista de Ciencias Penales* y acompañada de una reseña crítica de Miguel Schweitzer⁴⁰. Como habrá de mostrarse todavía, los argumentos aquí ofrecidos por la propia CS a favor de la tesis de la obligatoriedad de la rebaja de pena resultan inmunes frente a las objeciones que la doctrina tradicional ha dirigido en su contra.

b. El argumento exegético

El principal argumento, masivamente esgrimido, a favor de la tesis del carácter facultativo de la rebaja de pena legalmente prevista para el caso en que concurren varias atenuantes sin que concurren agravantes, es exegético; o más propiamente, idiomático. El argumento se centra en el hecho de que en las disposiciones legales pertinentes se utilice la forma verbal “podrá”, predicada del sujeto gramatical “*el tribunal*”. Esta expresión, se

³⁹ Sobre este concepto de discreción en sentido débil, véase infra, 4.a).

⁴⁰ *Revista de Ciencias Penales*, 1943, 202 y ss. Al respecto, véase también ETCHEBERRY, 1987a, 220 y s.

dice, tendría una connotación tal que la rebaja de pena correspondiente, en uno o más grados, habría de ser entendida como puramente facultativa. Pues de haber pretendido el legislador imponer la rebaja de pena al tribunal competente, entonces la fórmula lingüística escogida habría consistido en alguna conjugación del verbo “deber”, o bien en alguna construcción equivalente en el tiempo futuro del modo indicativo. Así razona, en efecto, la dirección jurisprudencial absolutamente preponderante⁴¹, como también la doctrina mayoritaria⁴².

Este argumento, sin embargo, está lejos de ser concluyente. Pues si bien es cierto que hay disposiciones legales en que el uso de la expresión “*podrá*” opera confirmando una facultad de rebaja de pena para el tribunal competente –como es el caso, por ejemplo, tratándose del art. 68 bis del CP–, es igualmente claro que hay otras disposiciones legales en que la utilización de esa misma expresión lingüística (o de otra equivalente) no obsta a que ellas sean interpretadas, también por la CS, en el sentido de prescripciones o requerimientos para el tribunal competente.

Un ejemplo emblemático lo proveen el art. 509 del CdPP y el art. 351 del CPP, en los cuales se establece que “*podrá*” aplicarse el régimen del art. 74 del CP, que es uno de acumulación material de las penas respectivas, en caso de reiteración de delitos –o sea, en caso de concurso real–, cuando de ese modo correspondiere imponer una pena menos severa que aquella que se seguiría de aplicar el régimen de acumulación jurídica, establecido en aquellos mismos artículos. El hecho de que esta habilitación para la aplicación favorable del régimen de acumulación material de las penas del art. 74 sea entendida no como facultativa, sino como imperativa para el tribunal, tal como lo admite, por lo demás, buena parte del mismo sector doctrinal que favorece la tesis de la rebaja de pena puramente facultativa en caso de concurrencia de dos o más

⁴¹ Véase la reseña en ETCHEBERRY, 1987a, 217 y s., 221 y ss.; ETCHEBERRY, 1987b, 230 y s.

⁴² Así, ETCHEBERRY, 1998a, 185 y s.; CURY, 2005, 769; MATUS y VAN WEEZEL, en POLITOFF y ORTIZ, 2002, 360; RUDNICK, 2007, 454 y s.

atenuantes (sin agravantes)⁴³, sugiere que las propiedades semánticas del término “*podrá*” son más complejas que lo que el argumento aquí criticado supone⁴⁴.

A este respecto, basta con atender a la siguiente consideración ofrecida por Etcheberry:

El sistema del art. 509 del C. de Procedimiento Penal no recibe aplicación si el régimen del art. 74 [del CP] resulta más favorable al reo (acumulación). Es éste un caso en el cual, no obstante el empleo de la expresión “*podrá*”, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que se trata de una regla obligatoria: debe [sic] aplicarse el sistema del art. 74 si es más favorable al reo que el del art. 509 del C. de Procedimiento Penal⁴⁵.

Resulta a lo menos curiosa la ductilidad de esta actitud favorable a entender como obligatoria la aplicación de la regla del art. 74 del CP, en caso de ser ésta más favorable al condenado, a pesar de que las respectivas disposiciones de los códigos procesales emplean la expresión “*podrá*”, esto es, precisamente la expresión cuyo uso en los arts. 65 y siguientes del CP supuestamente volvería imposible entender la rebaja de pena, habiendo varias atenuantes y ninguna agravante, como obligatoria. Dado que ni la doctrina ni la jurisprudencia consideran problemática la interpretación del art. 509 del CdPP y del art. 351 del CPP como reglas que imponen la aplicación del régimen del art. 74 del CP cuando ello es más favorable al condenado, cabe concluir que la interpretación de los respectivos incisos de los arts. 65 y siguientes, referidos a la concurrencia de varias atenuantes sin agravantes, como reglas que vuelven obligatoria la rebaja de pena correspondiente, tampoco puede resultar problemática.

⁴³ A favor de la obligatoriedad de la aplicación del régimen previsto por el art. 74 del CP en caso de resultar más favorable al condenado, ETCHEBERRY, 1998a, 118; CURY, 2005, 661; MATUS, en POLITOFF y ORTIZ, 2002, 396; ambiguamente, NOVOA, 2005b, 228. Acerca de la jurisprudencia véase ETCHEBERRY, 1987a, 103 y ss.

⁴⁴ Otro ejemplo lo ofrece la regla del art. 385 del CPP: a pesar de que la disposición emplea la expresión “*podrá*”, se entiende que el tribunal que ha anulado la sentencia *debe* proceder inmediatamente a pronunciar sentencia de reemplazo, en la medida en que la nulidad sólo afecte la sentencia, y no el juicio oral, y en tanto la nulidad de la sentencia se funde en que ésta ha calificado como punible un hecho que no lo es, o bien haya impuesto pena a pesar de no proceder imponerla, o bien haya impuesto una pena superior a la legalmente prevista. Así por ejemplo, HORVITZ y LÓPEZ, 2004, 443 y s.

⁴⁵ ETCHEBERRY, 1998a, 118.

El argumento exegético pretendidamente favorable a la tesis de la discrecionalidad de la rebaja de pena, por ende, resulta contradicho por las prácticas interpretativas de las mismas autoridades doctrinales y jurisprudenciales que lo promueven.

c. ¿Argumento sistemático?

A favor de la tesis del carácter enteramente facultativo de la rebaja de pena en caso de concurrir varias atenuantes y ninguna agravante también se suele esgrimir, sin embargo, un argumento de orden sistemático, cuya exposición canónica se encuentra en las sendas notas publicadas por Miguel Schweitzer en relación con dos de los pronunciamientos más importantes de la CS al respecto⁴⁶. El argumento consiste en poner en relación las reglas pertinentes de los arts. 67 y 68, relativas a la concurrencia de varias atenuantes sin agravantes, por un lado, y la regla de la segunda parte del art. 65, cuya formulación original (anterior a la modificación de la disposición por medio de la Ley N° 17.727, de 1972) hacía posible una rebaja en un grado de la pena (indivisible) asignada al delito a condición de que en el hecho concurriera una “circunstancia atenuante muy calificada”, por otro. Siendo indudable que la rebaja prevista por el art. 65 (bajo su formulación original) sólo podía ser tenida por facultativa para el tribunal, la conclusión tendría que ser, entonces, que la rebaja prevista por los arts. 67 y 68 también habría de serlo. Esto, porque nadie pensaría que “*la forma verbal de futuro del verbo transitivo ‘poder’ empleada por el legislador en esta disposición [el art. 65] es distinta de la utilizada en el art. 68*”⁴⁷.

Como habrá de verse más abajo, este argumento está lejos de ser concluyente. Primero, porque la reforma introducida por la Ley N° 17.727, que entre otras cosas ampliara el margen de la rebaja correspondiente a uno o dos grados respecto de la pena (indivisible) correspondiente, vuelve posible una interpretación de la disposición, de acuerdo con su texto actualmente vigente, que favorece la tesis del carácter obligatorio de la rebaja correspondiente. Pero también, y en segundo término, porque precisamente bajo la redacción original del art. 65 lo correcto era justificar una diferenciación entre el carácter facultativo

⁴⁶ Véase SCHWEITZER, 1943, 207; SCHWEITZER, 1956, 90; en el mismo sentido, ETCHEBERRY, 1998a, 185 y ss.

⁴⁷ SCHWEITZER, 1943, 207.

de la rebaja con arreglo a esta disposición, por un lado, y el carácter obligatorio de la misma con arreglo a las reglas de los arts. 67 y 68. El examen pormenorizado de este punto tendrá lugar cuando se revisen algunos antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de esos artículos⁴⁸.

d. ¿Argumento histórico?

A favor de la tesis del carácter facultativo de la rebaja de pena también se esgrime, finalmente, un argumento que apela a la historia fidedigna del establecimiento de los arts. 65 y siguientes del CP⁴⁹. El argumento descansa en una referencia inicial al acta de la sesión N° 19 de la Comisión Redactora del CP, en la cual consta que en la redacción del art. 68 originalmente propuesta se habría empleado la expresión “*los tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior [...] en el grado que corresponda [...]*”, lo cual sugeriría, entonces, que la regulación originalmente aprobada contemplaba expresamente el carácter obligatorio de la rebaja de pena, lo cual, sin embargo, en definitiva habría sido abandonado. A esto se añade, ahora bien, una referencia al acta de la sesión N° 136, donde se lee lo siguiente:

En el art. 65 se limitó la facultad del juez para bajar solo dos grados en vez de tres, cuando concurren dos o mas circunstancias atenuantes calificadas, i se dejó como facultativa esta reducción, en lugar de establecer la obligación para los tribunales de hacerla en todo caso⁵⁰.

De esta indicación se pretende extraer la consecuencia de que la decisión legislativa en definitiva adoptada habría consistido, para la totalidad de los casos de concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante, en el establecimiento de una rebaja puramente facultativa. Pero es manifiesto que la conclusión no se sigue. Pues en el acta de la sesión N° 136, a diferencia de lo que se registrara de la sesión N° 19, no se hallan referencias al art. 68, sino sólo al art. 65. Y como se verá más abajo, en el contexto de la fundamentación de la tesis contraria al carácter facultativo de la rebaja de pena,

⁴⁸ Véase infra, 4.d).

⁴⁹ Véase SCHWEITZER, 1943, 208; en igual sentido, ETCHEBERRY, 1998a, 186 y s.; RUDNICK, 2007, 455.

⁵⁰ *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora* (1974), Valparaíso, Edeval, p. 494.

esa precisión resulta fundamental, en atención a cuál era originalmente el texto del art. 65, con anterioridad a su reforma en el año 1972.

4. LA TESIS DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA REBAJA DE PENA POR CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

a. Discreción en sentido fuerte versus discreción en sentido débil

La defensa de la tesis del carácter facultativo de la rebaja de pena concurriendo varias atenuantes y ninguna agravante descansa en una determinada comprensión de las respectivas reglas de concreción o modificación del marco penal aplicable, en cuanto reglas que harían posible una alteración discrecional de tal marco por parte del órgano jurisdiccional competente. En términos procesales, esta discrecionalidad se traduciría en que la renuncia a efectuar tal rebaja en ningún caso podría constituir una infracción de ley que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo respectivo, de modo tal que el ejercicio de esa facultad sería inmune a una eventual impugnación a través de un recurso de casación o de nulidad, según el sistema procesal de que se trate.

Esto se deja reformular en términos de que la comprensión dominante (en la doctrina y en la jurisprudencia) de las reglas en cuestión les atribuye el efecto de otorgar al tribunal –recurriendo aquí a la terminología de Dworkin– un ejercicio de *discreción en un sentido fuerte*⁵¹. Esto quiere decir que, en conformidad con tales reglas, el tribunal no estaría sujeto a estándar normativo alguno al decidir si da lugar o no a la rebaja de pena, en cualquier grado que sea, por concurrir dos o más atenuantes sin agravantes. Y esto quiere decir, a su vez, que el tribunal por definición no podría equivocarse –en el sentido de aplicar erradamente el derecho– al decidir dar lugar o no a la rebaja de pena correspondiente.

Lo anterior es importante, porque es necesario diferenciar este sentido en que cabe hablar de discreción judicial, por un lado, del sentido en que puede decirse que en la aplicación de cualquier estándar normativo que sea en alguna medida indeterminado siempre cabría reconocer un momento de

⁵¹ DWORKIN, Ronald (1984), *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, pp. 83 y ss.

discrecionalidad, por otro. De ser este último el caso, el término “discreción” estará siendo usado *en un sentido débil*, esto es, en el sentido de “*que, por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento*”⁵².

Es justamente este el sentido en que ha de entenderse el carácter “discrecional” de la rebaja (obligatoria) de pena en caso de concurrir varias atenuantes y ninguna agravante: con arreglo a las reglas respectivamente aplicables, el tribunal “puede” rebajar la pena en uno, dos o aun tres grados, “*según sea el número y entidad de dichas circunstancias*” (art. 66 inc. 3º, art. 67 inc. 4º y art. 68 inc. 3º)⁵³. Pues la determinación de si, en atención al número y la entidad de las atenuantes concurrentes, la pena *debe* ser rebajada sólo en un grado, o bien en dos o aun tres (en el caso del art. 68), constituye una determinación que el tribunal ha de adoptar ejerciendo un discernimiento, en estricto paralelismo, por ejemplo, a la manera en que la compensación *racional* de atenuantes y agravantes debe hacerse “*graduando el valor de unas y otras*”.

Nada de lo anterior, sin embargo, modifica el hecho de que la mejor interpretación disponible de las disposiciones legales aquí pertinentes se traduce en la tesis de que el hecho mismo de la rebaja, más allá de su *quantum*, no es discrecional en sentido alguno –esto es, ni en sentido fuerte ni en sentido débil–, de modo que la tesis reza: concurriendo a lo menos dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal está en todo caso obligado a rebajar la pena correspondiente, a lo menos en un grado.

b. El argumento sistemático

Según ya se sugiriera, la interpretación de los arts. 65 y siguientes del CP en el sentido de que, concurriendo dos o más atenuantes (y ninguna agravante), la pena a imponer necesariamente ha de reducirse en uno o más grados, se ve apoyada por una consideración sistemática elemental.

⁵² *Ibíd.*, 84.

⁵³ Que el art. 65, segunda parte, no incorpore esa misma cláusula se explica, como habrá de verse todavía, por el sentido de la disposición bajo su formulación original, que sólo preveía una rebaja de un grado.

Lo que en tales casos se plantea no es sólo si la pena ha de rebajarse o no, sino también cuántos grados ha de comprender esa rebaja. El hecho de que la ley emplee la expresión “podrá” es consistente, por lo tanto, con que el *quantum* de la rebaja sea variable, en el sentido de que el mismo depende de cuál sea el número y la entidad de las atenuantes concurrentes. El tribunal competente, de este modo, puede decidirse (fundadamente) por una rebaja de uno o más grados, según cuántas atenuantes concurren y cuál sea su peso respectivo, pero el tribunal debe, en todo caso, decidirse por una rebaja.

Esta última consideración es consistente con una consideración más general acerca de la estructuración del proceso de determinación de la pena frente a la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal⁵⁴. Tanto el art. 66 como el art. 67, así como también el art. 68 establecen, en sus respectivos incisos primeros, que de no concurrir agravantes y atenuantes el tribunal puede recorrer toda la extensión del marco penal correspondiente. *A contrario sensu*, entonces, de concurrir agravantes o atenuantes, la determinación de la pena ha de sujetarse a las reglas enunciadas en los incisos siguientes de cada uno de esos artículos. Esto significa que de concurrir una o más de esas circunstancias, la regla aplicable no es, en todo caso, la expresada en el inc. 1º del artículo respectivo (haciendo abstracción aquí del art. 65, que sólo consta de un inciso). Qué debe hacer el tribunal en un caso tal se encuentra establecido en las reglas expresadas en los incisos siguientes de cada uno de esos artículos.

El inc. 2º del art. 66 dispone que concurriendo una sola atenuante (y ninguna agravante) el tribunal debe imponer la pena correspondiente (que será una compuesta de dos indivisibles) en su grado mínimo; el inc. 2º del art. 67 dispone, a su vez, que concurriendo una sola atenuante (y ninguna agravante) el tribunal debe imponer el *mínimum* de la pena, esto es, una pena que se encuentre dentro de la mitad inferior del marco correspondiente; y el inc. 2º del art. 68, finalmente, dispone para el mismo caso que el tribunal no puede imponer el grado máximo de la pena. (Concurriendo una sola agravante y ninguna atenuante, la regla correspondiente se invierte.) Ahora bien, el inc. 3º del art. 66, el inc. 4º del art. 67 y el inc. 3º del art. 68 se encuentran referidos a casos en que concurren dos o más atenuantes (y

⁵⁴ Este argumento se encuentra cabalmente desarrollado en QUEZADA, 1956, 91 y s.

ninguna agravante). Por ende, la posibilidad de recorrer toda la extensión del marco penal se encuentra excluida en tales casos, dada la interpretación a contrario del inc. 1º de cada artículo. Pero entonces tampoco resulta aplicable la consecuencia fijada en los respectivos incisos segundos de los arts. 66, 67 y 68, pues las reglas ahí expresadas se encuentran circunscritas a casos en que concurre “*una sola atenuante*” (sin agravantes).

Luego, la solución aplicable ha de encontrarse en los incisos específicamente referidos a los casos de concurrencia de dos o más atenuantes, los cuales, empero, contienen la forma verbal “podrá”. Pero si se observa que en estos incisos se establecen múltiples magnitudes de rebaja posible—esto es, en cada caso, en uno o más grados—, el uso de esa forma verbal resulta enteramente compatible con que la rebaja no sea facultativa, sino obligatoria para el tribunal. Así se obtiene, en definitiva, la misma tesis: la discreción (en sentido débil) es relativa a cuál de las consecuencias alternativas ha de tener lugar, esto es, al número de grados en que ha de tener lugar la rebaja, pero no a si ha de tener lugar una rebaja. Esto último es obligatorio para el tribunal.

A este respecto, es especialmente importante atender a la regla del inc. 2º del art. 67, ya mencionada, que ordena la imposición de la pena (de un grado de una divisible) en su mínimo en caso de concurrir una sola atenuante (y ninguna agravante). O sea: si concurre sólo una atenuante, el tribunal debe imponer la pena establecida en la respectiva norma de sanción, en su mínimo; es decir, el tribunal está obligado a reducir el marco penal aplicable a su mitad inferior, tal como dispone el inc. 3º del mismo artículo. Para el caso en que concurren dos o más atenuantes (y ninguna agravante), la regla aplicable ya no es la del inc. 2º, sino la del inc. 4º, de acuerdo con la cual el tribunal puede rebajar la pena en uno o dos grados, según el número y la entidad de las mismas. Ahora bien, si el inc. 2º del art. 67 dispone que concurriendo una sola atenuante (y ninguna agravante) necesariamente debe imponerse el mínimo de la pena establecida en la correspondiente norma de sanción, entonces resulta inadmisibles interpretar el inc. 4º del mismo artículo en el sentido del otorgamiento de una facultad discrecional respecto de la rebaja de pena.

Lo anterior significa que las reglas de los distintos incisos de los arts. 66, 67 y 68 han de ser entendidas como reglas recíprocamente excluyen-

tes, dada la incompatibilidad de sus respectivas condiciones de aplicación. Así, la regla que hace posible que el tribunal recorra toda la extensión del marco penal correspondiente, que presupone que en el hecho no concurren atenuantes ni agravantes, no resulta aplicable a casos en que concurren una o más atenuantes o agravantes, pues a estas situaciones se encuentran referidas las reglas de los incisos posteriores de cada artículo, según corresponda. Es decir, entre las reglas expresadas en cada uno de esos incisos cabe reconocer una relación de alternatividad o mutua exclusión, tal como ya lo apuntara Quezada en su nota crítica a la sentencia de la CS recaída en *contra Carlos Squella Lagno*:

[...] la existencia de esos incisos normativos de situaciones diferentes, constituye una demostración de que no pueden interpretarse los incisos 4º del artículo 67 y 3º del artículo 68 del modo amplio que se expresa en el fallo de casación, porque aquellos no complementan a los últimos. El inciso 2º del artículo 67 tiene vida independiente respecto del inciso 4º, como la tiene el inciso 2º del artículo 68 en cuanto al inciso 3º. Cada inciso llena su cometido, realizándose el objetivo señalado en el artículo 62, que dice que las atenuantes (o las agravantes) se tomarán en consideración para disminuir (o aumentar) la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes, entre los cuales figuran los que son objeto de este análisis⁵⁵.

Y Quezada complementaba esta observación apuntando a la consecuencia interpretativa que tendría que seguirse del hecho de que la regulación reconozca relevancia autónoma a la concurrencia de una sola atenuante para la concreción (favorable al condenado) del marco penal respectivo:

Y como observación general acerca de esto hay que manifestar que al reglamentar el juego de las atenuantes, el Código Penal ha atribuido importancia, cumpliendo un objetivo manifestado desde que se discutía la redacción del Proyecto, a la existencia de una sola atenuante aislada (artículos 66, 67 y 68), de manera que mayor valor ha de otorgarse a la concurrencia de dos o más atenuantes y ausencia de agravantes que a la de una sola⁵⁶.

Es decir, dado que la concurrencia de una sola atenuante lleva aparejada la consecuencia de una modificación, por vía de restricción, del marco penal

⁵⁵ *Ibíd.*, 92.

⁵⁶ *Ibíd.*

aplicable –tal como lo disponen los respectivos incisos 2º de los arts. 66, 67 y 68–, entonces la concurrencia de dos o más atenuantes ha de tener, *a fortiori*, un efecto de rebaja de pena, que es precisamente la rebaja en uno o más grados prevista por las reglas correspondientes.

En la doctrina favorable a la tesis del carácter puramente facultativo de la rebaja de pena cabe hallar un intento de respuesta a este argumento sistemático. La formulación de este intento de respuesta la ofrece Etcheberry, quien procura hacerse cargo de la objeción consistente en que la tesis del carácter puramente facultativo de la rebaja de pena conllevaría dejar en peor situación al imputado respecto de quien concurren dos o más atenuantes frente a aquel respecto de quien sólo concurre una atenuante. Dice Etcheberry que esta objeción

es más aparente que real, ya que de ningún modo podría el tribunal recorrer toda la extensión de la pena. A falta de regla directa, debe aplicarse la misma que para el caso de concurrir una atenuante sin agravantes, o sea, se impide aplicar el máximo de la pena [...]⁵⁷.

Pero Etcheberry parece no estar plenamente consciente del costo que trae consigo esta tentativa de sortear el problema. Pues su argumento supone que, concurriendo dos o más atenuantes y ninguna agravante, si el tribunal decidiera –en uso de la facultad enteramente discrecional que la ley supuestamente le reconoce– no dar lugar a la rebaja de pena en a lo menos un grado, nos encontraríamos en una situación de “falta de regla directa”. Es decir, nos encontraríamos ante una laguna legal, que Etcheberry propone salvar, entonces, recurriendo a la regla aplicable al caso en que sólo concurre una atenuante. Pero esta es una regla que, atendida la estructura sistemática de la regulación, manifiestamente no concierne al caso de cuya solución aquí se trata, lo cual implica, a su vez, que su aplicación sólo podría ser analógica.

Atribuir una laguna a una regulación que parece, por el contrario, prever de modo sumamente preciso y diferenciado cuáles son los presupuestos de aplicación de cada una de las reglas específicas, tendría que despertar

⁵⁷ ETCHEBERRY, 1998a, 186; en términos coincidentes y literalmente idénticos (sustituyendo la conjugación del verbo de la última oración), RUDNICK, 2007, 455.

la sospecha de que la interpretación que conduce a esa postulación de una laguna es sistemáticamente defectuosa. Y aquí es fundamental advertir que la única razón por la cual Etcheberry llega, en efecto, a postular tal laguna consiste en su resistencia a considerar una interpretación alternativa de las disposiciones en cuestión, a saber, precisamente una interpretación bajo la cual, concurriendo varias atenuantes (y ninguna agravante), la pena aplicable ha de resultar de una rebaja, en uno o más grados, del marco previsto por la respectiva norma de sanción penal.

Justamente esta consideración se halla formulada en la sentencia de la CS recaída en *contra Eduardo Marambio*, que validara la tesis del carácter obligatorio de la rebaja a lo menos en un grado:

Es lógica la interpretación que acaba de darse porque, si así no se entendiera, o sea, si se reputase que es absoluta y totalmente potestativa la facultad del Tribunal, habría que admitir –lo que no es aceptable– que pueden, sin inconveniente, resultar igualmente penados algunos reos a quienes favorezca una circunstancia atenuante y otros que cuenten en su abono con dos, tres o más de esas circunstancias⁵⁸.

El absurdo de la conclusión contraria, así como lo implausible e inconveniente de postular, como única salida al absurdo, la existencia de una laguna legal, hablan directamente a favor de la tesis del carácter obligatorio de la rebaja de pena, a lo menos en un grado, en caso de concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante.

*c. La historia fidedigna del establecimiento
de los arts. 65 y siguientes del CP*

Todavía ha de desvirtuarse el argumento, ya reseñado, de que la tesis del carácter puramente facultativo de la rebaja de pena por concurrencia de varias atenuantes encontraría apoyo en la así llamada “historia fidedigna” del establecimiento de las disposiciones legales pertinentes. Recientemente, el argumento ha sido expuesto en los siguientes términos:

⁵⁸ *Revista de Ciencias Penales*, 1943, 204.

Las principales razones a favor de esta interpretación [= facultad enteramente discrecional] son dos: i) el sentido literal posible de la norma, que utiliza la palabra “podrá”; ii) la historia fidedigna de su establecimiento, pues consta en las Actas (Ses. CR, números 19 y 136) que los comisionados quisieron dejar este asunto a la prudencia de los jueces, modificando en este sentido el art. 74 del Cesp [CP español], que sirvió de base a nuestro art. 65 [...]⁵⁹.

Ninguna de las actas de las sesiones citadas, sin embargo, contribuye al apoyo de la tesis del carácter facultativo de la rebaja de pena. Considérese, primero, el acta de la sesión N° 19:

Puesto en discusión el art. 68, fué igualmente aprobado; sin embargo, el segundo inc. de este art. suscitó algún debate respecto a la calificación de las circunstancias que pueden agravar un delito i de aquellas que son inherentes a el. Finalmente, i a indicación del señor Reyes i apoyado por el señor Altamirano, se convino en que en el presente caso era necesario dejar algo de latitud a este respecto a la apreciación prudencial de los jueces, para que califiquen aquellas circunstancias accesorias que pueden o nó ser de la esencia de un delito⁶⁰.

Es claro que la discusión referida no tenía relación alguna con la cuestión aquí analizada. La latitud que se convino dejar a la apreciación prudencial de los jueces estaba referida al establecimiento de aquellas circunstancias modificatorias –atenuantes o agravantes– que pueden resultar ser inherentes al hecho punible correspondiente, que es lo que actualmente regula el inc. 2° del art. 63 del CP. Pero tampoco en el acta de la sesión N° 136 encuentra apoyo la tesis del carácter facultativo de la rebaja de pena. Aquí han de distinguirse las referencias a la redacción del art. 65 de las referencias a la redacción del art. 67. En cuanto a lo primero, se lee lo siguiente:

En el art. 65 se limitó la facultad del juez para bajar solo dos grados en vez de tres, cuando concurren dos o mas circunstancias atenuantes calificadas, i se dejó como facultativa esta reducción, en lugar de establecer la obligación para los tribunales de hacerla en todo caso⁶¹.

⁵⁹ MATUS y VAN WEEZEL, en POLITOFF y ORTIZ, 2002, 360.

⁶⁰ *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*, 1974, 279.

⁶¹ *Ibíd.*, 494.

Si bien este antecedente parecería ser concluyente a favor de la tesis del carácter facultativo de la rebaja –al menos en los casos regulados por el art. 65: concurrencia de dos o más atenuantes respecto de un delito cuya pena sea una indivisible–, ello no es efectivo. Pues hay una inconsistencia entre el fragmento del acta recién citado y el texto definitivo de la disposición que fuera acordado en esa misma sesión, tal como se encuentra reproducido a continuación del fragmento en cuestión:

Art. 65. Cuando la lei señala una sola pena indivisible, la aplicarán los tribunales sin consideración a las circunstancias agravantes que concurren en el hecho. Pero si hai una circunstancia atenuante mui calificada, o dos o mas aun cuando no sean calificadas i no concurre ninguna agravante, podrán aplicar la pena inmediatamente inferior en grado a la escala respectiva⁶².

De acuerdo con el texto aprobado, tenía sentido –en los términos de la tesis aquí defendida– establecer el carácter facultativo de la rebaja, puesto que la regla, en su formulación original, sólo contemplaba una rebaja de un grado. Esto se condice enteramente con la tesis interpretativa según la cual, habiendo posibilidad de rebaja en varios grados, la decisión sobre la rebaja de la pena en a lo menos un grado, no es facultativa en modo alguno. Aquí es fundamental tener presente que sólo en virtud de la reforma introducida por la Ley N° 17.727, de septiembre de 1972, la regla del art. 65 del CP pasó a contemplar la posibilidad de rebaja de pena en uno o dos grados, siendo suprimida, además, la exigencia de que las atenuantes en cuestión tuviesen que considerarse “muy calificadas”. Y esa modificación tiene que implicar entonces, por razones de congruencia sistemática, que la decisión sobre la rebaja ya no pueda considerarse facultativa para el juez.

En relación con el texto del art. 67, por su parte, en el acta de la misma sesión se consigna lo siguiente:

Con respecto al art. 67, se modificó el inc. 2° estableciéndose la regla de que cuando hai circunstancias atenuantes i la pena señalada consta de un solo grado, los tribunales no aplicarán el máximo; i si consta de dos o mas, tampoco impondrán el mayor; porque si se obliga en estos casos a imponer el mínimo como lo hacía el proyecto, puede suceder que un gran criminal

⁶² *Ibíd.*

se libre de la pena merecida i reciba un castigo pequeño por obrar en su favor una circunstancia atenuante de escasa importancia. Vale mas dejar al juez la latitud que la modificación permite, prohibiéndole solo por el efecto de la atenuación que llegue hasta el límite mas elevado de la pena⁶³.

Luego, la referencia tiene por objeto la regla del inc. 2º del art. 67, en términos tales que el reconocimiento de la conveniencia de discreción sólo aparece ligado a la determinación de la pena en los casos en que concurra una sola atenuante (sin agravantes) o una sola agravante (sin atenuantes). En este punto, la historia del establecimiento de las disposiciones en cuestión no favorece en modo alguno la tesis de la rebaja facultativa.

De la revisión de las actas, por ende, no se obtienen antecedentes concluyentes a favor de una u otra tesis⁶⁴, de modo que la cuestión ha de decidirse, como siempre, por argumentos primariamente sistemáticos. Y tal como ya se ha sugerido, estos argumentos hablan decisivamente a favor de la tesis del carácter obligatorio de la rebaja en al menos un grado.

d. El argumento relativo al art. 73 del CP

En su reseña crítica del pronunciamiento de la CS recaído en *contra Carlos Squella Lagno*, Quezada aportaba una serie de argumentos adicionales a favor de la tesis del carácter obligatorio de la rebaja de pena en los casos que aquí interesan, los cuales ameritan ser considerados. El primero de estos argumentos concierne a la regla del art. 73 del CP, tradicionalmente entendida como una que establece una “circunstancia modificatoria de eficacia excepcional”⁶⁵.

Dispone el art. 73 que “[s]e aplicará [...] la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley” en caso de que falte alguno de los requisitos de una eximente de responsabilidad de las previstas en el art. 10 del CP, “*siempre que concurra el mayor número de ellos*”. El

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Véase FERNÁNDEZ, Pedro (1899), *Código Penal de la República de Chile Explicado i Concordado*, 2ª ed., Santiago de Chile, Imprenta Barcelona, p. 193.

⁶⁵ QUEZADA, 1956, 92 y s.

argumento de Quezada apunta a poner en relación la regla del art. 73 con la regla del art. 11, circ. 1ª, del CP, que establece una atenuante general para los casos de eximentes incompletas, esto es, los casos en que se presenta alguna de las circunstancias del art. 10 sin que se satisfagan todos los requisitos necesarios para la correspondiente eximente de responsabilidad. Dado que la configuración de una eximente incompleta constituye, por ese solo hecho, una circunstancia atenuante, que como tal podrá tener relevancia para la determinación de la pena correspondiente bajo los arts. 65 y siguientes del CP, la máxima de la interpretación útil obliga a interpretar el art. 73 de un modo tal que quepa reconocer una diferencia entre sus condiciones de aplicabilidad, por una parte, y las del art. 11, circ. 1ª, por otra⁶⁶. La manera de satisfacer esta exigencia hermenéutica consiste en entender que para que se configure la atenuante de eximente incompleta basta con que se cumpla alguno de los requisitos de la eximente respectiva, mientras la circunstancia de eficacia excepcional del art. 73 presupone que se satisfaga la mayoría de sus requisitos, aunque no todos. Esto, en el entendido de que las condiciones de aplicación de la eximente respectiva se dejen fraccionar al modo de una pluralidad de requisitos, esto es, que se trate de una “eximente compuesta”⁶⁷.

Sobre esta base, Quezada introduce la importante sugerencia de que

la presencia de los requisitos copulativos de una eximente compuesta trae consigo tantas atenuantes como requisitos haya, al no completarse para generar la eximente, de manera que habremos de hallarnos en un caso de obligatoriedad de rebaja en casos de igual naturaleza que los de los incisos que se están comentando⁶⁸.

Es decir: “los incisos que se están comentando”, que son el inc. 4º del art. 67 y el inc. 3º del art. 68 –a los cuales es enteramente asimilable el

⁶⁶ Al respecto, véase NOVOA, 2005b, 17 y s.

⁶⁷ El problema que plantea la pregunta de si tal divisibilidad de los requisitos es aplicable a todas o sólo a algunas de las eximentes del art. 10 no necesita ser considerado aquí. A favor de la restricción a eximentes que constan (explícitamente) de requisitos diferenciados, véase *ibíd.*; ETCHEBERRY, 1998a, 17 y ss.; CURY, 2005, 478. En contra, y con matices, LABATUT, 2005, 210 y s.; GARRIDO, 2005a, 186 y s.

⁶⁸ QUEZADA, 1956, 92 y s.

inc. 3º del art. 66–, son aquellos relativos a casos en que concurren dos o más atenuantes (y ninguna agravante), en tanto que los casos a que se refiere el art. 73 serían de igual naturaleza. Esto, porque el art. 73 exige que se satisfaga la mayoría de los requisitos de una eximente, en tanto que satisfaciéndose varios requisitos de una misma eximente podría entenderse configurado igual número de atenuantes, con arreglo al art. 11, circ. 1ª, en la medida en que cada requisito satisfecho se considerara aisladamente.

Así, por ejemplo, si alguien alegase haber actuado en legítima defensa, mas sin que se satisfaga el requisito de la falta de provocación suficiente de quien se defiende (art. 10 N° 4, circ. 3ª), entonces se vería cumplida la mayor parte de los requisitos de la eximente (aún incompleta). Ahora bien, suponiendo que tampoco se hubiese satisfecho el requisito de la necesidad racional del medio empleado (art. 10 N° 4, circ. 2ª), en tal caso de todas formas se habría configurado una atenuante por eximente incompleta. Pues en tal caso seguiría siendo reconocible una acción efectuada en defensa propia (art. 10 N° 4, inc. 1º) frente a una agresión ilegítima de otro (art. 10 N° 4, circ. 1ª), lo cual bastaría para la configuración de la atenuante por la eximente incompleta. Luego, un caso en que se satisfacen dos de los requisitos que el art. 10 N° 4 establece para una exoneración a título de legítima defensa, es un caso en que, de aplicarse aisladamente la regla del art. 11 N° 1 frente a cada uno de los requisitos cumplidos, cabría reconocer tantas atenuantes configuradas como requisitos satisfechos; es decir: dos atenuantes⁶⁹. Y ese

⁶⁹ Esto supone, ciertamente, rechazar el punto de vista según el cual uno de los varios requisitos de la eximente en cuestión tuviera que contar como su “requisito esencial”, sin cuya concurrencia no cabría plantear siquiera la pregunta por la configuración incompleta de la eximente. Así, NOVOA, 2005b, 18 y s.; ETCHEBERRY, 1998a, 16; GARRIDO, 2005a, 186. En contra de esta noción de un solo requisito esencial habla, en primer término, que esa noción no encuentra apoyo alguno en el texto legal. Pero más decisivamente aún, en segundo término, esta noción carece de sentido en atención al fundamento de una eximente como la legítima defensa. Pues la eximente de la legítima defensa constituye, desde un punto de vista dogmático, una causa de justificación, esto es, una regla que vuelve permisible un comportamiento típicamente relevante que de lo contrario resultaría antijurídico, y en tal medida punible. Para una justificación a título de legítima defensa, todos los requisitos de ésta son igualmente relevantes, esto es, son igualmente “esenciales”. Lo único que se expresa en el reconocimiento de una eximente incompleta como atenuante es un reconocimiento de que la satisfacción de alguno de los presupuestos de una eximente puede ameritar una morigeración del reproche penal correspondiente. Y es enteramente posible que esa morigeración se justifique en un caso en que falle el requisito de una agresión ilegítima –entendido como la exigencia de una agresión, actual o inminente,

mismo caso, desde el punto de vista de la regla del art. 73, es un caso en que lo procedente es una rebaja obligatoria de pena.

De esta manera, el efecto genérico de la concurrencia de varias atenuantes tiene que ser, por exigencia de congruencia sistemática, una rebaja obligatoria de pena. Pues si el art. 73 establece una rebaja obligatoria de pena “*en uno, dos o tres grados*”, y la descripción correcta de los casos a que se refiere el art. 73 es equivalente a la de casos de concurrencia de varias atenuantes (aisladamente consideradas), entonces ha de concluirse que la rebaja de pena prevista en las respectivas reglas de los arts. 67 y 68 también es obligatoria.

e. El argumento relativo a la “media prescripción”

Un ulterior argumento adelantado por Quezada también favorece la tesis del carácter obligatorio de la rebaja⁷⁰. El argumento apela a la regla del inc. 1º del art. 103 del CP, que regula los efectos de la así llamada “media prescripción”, la cual representa, a su vez, una circunstancia atenuante de eficacia excepcional. La regla en cuestión se encuentra referida a casos en que el responsable de un hecho punible se presenta o es hallado antes de que se cumpla el plazo de la respectiva prescripción de la acción penal o de la pena, según se trate, pero habiendo ya transcurrido la mitad de ese mismo plazo. En tal situación, el hecho ha de entenderse “*revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante*”, debiéndose aplicar entonces “*las reglas de los arts. 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la pena ya impuesta*”.

La formulación disyuntiva de la última cláusula de la disposición se explica en atención a que el art. 103 regula tanto el caso de una “media prescripción” de la acción penal como el caso de una “media prescripción” de la pena. En este segundo caso, corresponde rebajar la pena ya impuesta, y precisamente en el sentido de la aplicación de las reglas de los arts. 65 y siguientes; en el primer caso, tratándose de la “media prescripción”

contra un bien jurídico individual—, por tratarse, por ejemplo, de un ataque a un bien jurídico colectivo (así, CURY, 2005, 477 y s.).

⁷⁰ QUEZADA, 1956, 92.

de la acción penal, corresponde imponer la pena dando aplicación a las reglas de esos mismos artículos. Ahora bien, si en el caso de la “media prescripción” de una pena ya impuesta corresponde rebajar esa pena, en razón de que el hecho debe entenderse revestido de dos o más atenuantes y de ninguna agravante, entonces lo mismo ha de valer tratándose de la “media prescripción” de la acción penal.

Lo importante es que todo lo anterior presupone, de hecho, que el efecto de las reglas de los arts. 65, 66, 67 y 68, en caso de concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante, justamente consiste en una rebaja obligatoria de pena. Es decir, el sentido de la regla del art. 103, a través de su remisión a las reglas de los arts. 65 y siguientes, descansa en que éstas, para el caso de concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante, prescriben –y no meramente autorizan– una rebaja de pena. Es posible reconocer, sin embargo, dos eventuales objeciones a este argumento, las cuales deben ser clarificadas y, en definitiva, desechadas.

Un primer problema consiste en que el art. 103 dispone que el hecho en cuestión ha de entenderse revestido de dos o más atenuantes “*muy calificadas*”. Pues esto podría interpretarse en el sentido de que la sola concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante no bastaría, con arreglo a los arts. 65, 66, 67 y 68, para que el tribunal quedase obligado a efectuar una rebaja de pena. Para la obligatoriedad de la rebaja en caso de una “media prescripción” –así podría continuar la objeción– sería necesario que esas atenuantes tuviesen además el carácter de “muy calificadas”⁷¹, sin que esto figure, empero, entre las condiciones de aplicación de las reglas de los arts. 65 y siguientes.

Tal interpretación, sin embargo, desconocería que en el texto original del art. 65, según ya se mostrara, sí figuraba la expresión “una atenuante muy calificada”. En su versión original, la regla del art. 65, referida a casos en que la pena aplicable es una sola indivisible, preveía la posibilidad de una rebaja de pena en un grado en caso de concurrir una atenuante muy calificada, o bien dos o más atenuantes que no tuviesen esa entidad. Puesto que antes de la reforma del año 1972 la rebaja disponible era de un solo grado,

⁷¹ Así, GUZMÁN DALBORA, en POLITOFF y ORTIZ, 2002, 484; RUDNICK, 2007, 412 y ss., 414.

tenía sentido entender que la rebaja era facultativa, ya sea que concurriera una atenuante muy calificada o varias no calificadas. Y justamente para hacer obligatoria, y no facultativa, esa rebaja de un grado en caso de una “media prescripción” tratándose de un delito cuya pena correspondiente fuera una sola indivisible, tenía sentido que el art. 103 dispusiese que el hecho debía entenderse revestido de dos o más atenuantes muy calificadas. Lo importante es que esta última situación, de hecho, no se encontraba prevista como tal bajo el art. 65 en su versión original. Pues éste preveía la posibilidad de rebaja en un grado en caso de concurrir una sola atenuante muy calificada, o bien varias atenuantes, aun cuando no muy calificadas. Luego, la regla del art. 103 expresa que en atención a esa regulación, que preveía una rebaja facultativa, la rebaja tenía que convertirse en obligatoria.

Lo anterior quiere decir que el uso de la expresión “muy calificadas”, en el contexto del art. 103, para caracterizar las atenuantes de las cuales tiene que entenderse revestido el hecho en casos de “media prescripción”, sólo tenía sentido frente a la regla originalmente plasmada en el art. 65. Pues los arts. 66, 67 y 68 prevén una rebaja de pena en caso de que concurren varias atenuantes, sin que rija aquí la exigencia de que ellas sean muy calificadas. Mas en virtud de la reforma del año 1972, la redacción del art. 65 dejó de contener la expresión “muy calificada” y pasó a prever una rebaja de pena en uno o más grados en caso de concurrencia de dos o más atenuantes (“a secas”). En atención a las razones ya esgrimidas, eso significa que la rebaja de pena tiene que entenderse obligatoria, al menos en un grado. Y por eso, a consecuencia de la reforma del año 1972 perdió relevancia el hecho de que el art. 103 emplee la expresión “*atenuantes muy calificadas*”.

La segunda dificultad que debe enfrentar el argumento a favor del carácter obligatorio de la rebaja de pena, en referencia a la regla del art. 103, está constituida por la necesidad de demostrar la inviabilidad de la interpretación alternativa, defendida por Schweitzer⁷². Según éste, la regla del art. 103 no tendría como efecto una rebaja obligatoria de pena en todos los casos en que hubiese transcurrido el tiempo suficiente para una “media prescripción”, sino que su alcance sería mucho más limitado. Así, la rebaja obligatoria de una pena ya impuesta sólo procedería en dos situaciones:

⁷² SCHWEITZER, 1956, 90; en igual sentido, YUSEFF, 2005, 164 y s.

primero, en caso de que la sentencia condenatoria hubiese aumentado la pena correspondiente en un grado, por haber estimado concurrentes dos o más agravantes; y segundo, en caso de que la sentencia condenatoria hubiese impuesto el grado máximo previsto por la ley, por haber estimado que no concurrirían agravantes ni atenuantes.

Esta propuesta interpretativa es deficiente. En primer lugar, porque ella sólo parece pertinente, de entrada, tratándose de casos de “media prescripción” de una pena ya impuesta por sentencia condenatoria previa, sin dar cuenta, en absoluto, de que la regla también es aplicable a casos de “media prescripción” de la acción penal correspondiente, esto es, a casos en que por definición no existirá una sentencia condenatoria ya pronunciada cuya eventual modificación pudiera venir en consideración⁷³. Y en segundo lugar, porque si el efecto de la regla consistiera, de hecho, en aquel que pretende atribuirle Schweitzer, entonces el art. 103 tendría que exhibir un tenor literal distinto del que efectivamente exhibe. Pues si el efecto de una “media prescripción” se limitase a la rebaja de pena (ya impuesta) que fue objeto de un aumento en un grado por haberse estimado concurrentes varias agravantes, o bien a la rebaja de una pena impuesta en el máximo del marco correspondiente por no haberse estimado concurrentes agravantes ni atenuantes, entonces el art. 103 tendría que estar formulado de un modo que de hecho produjera ese efecto. Y para eso habría sido suficiente que el art. 103 dispusiera que el hecho ha de entenderse revestido de ninguna agravante, así como de una (sola) atenuante. Pues en tal situación —es decir, sin concurrir agravante alguna y concurriendo una sola atenuante—, y en conformidad con las reglas del inc. 2º del art. 66, del inc. 2º del art. 67 y del inc. 2º del art. 68, el tribunal queda impedido de imponer siquiera la pena correspondiente en su máximo, debiendo por lo demás imponerla en su mínimo en caso de tratarse de una pena compuesta de varias indivisibles (art. 66 inc. 2º) o de un solo grado de una divisible (art. 67 inc. 2º).

Por lo tanto, si el art. 103 muestra una formulación lingüística más exigente que aquella que habría bastado para producir el efecto que la interpretación de Schweitzer pretende atribuirle, entonces la máxima de la interpretación útil exige atribuirle un alcance congruente con esa formula-

⁷³ Esto es enfatizado por GARRIDO, 2005a, 398.

ción. (A esto se añade que las reglas que prevén el efecto de determinación de la pena con que Schweitzer pretende delimitar el alcance del art. 103 son reglas que no resultan aplicables a casos de concurrencia de varias atenuantes sin agravantes⁷⁴.) Ahora bien, la terminología plasmada en el art. 103 es una terminología que vuelve aplicables las reglas específicamente referidas a casos de concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante. Y tal como se ha mostrado, esas reglas imponen una rebaja obligatoria de pena en uno o más grados “según sea el número y entidad de dichas circunstancias atenuantes”.

f. El argumento relativo al art. 359 N° 4 del CdPP

Existe un último argumento, también de orden sistemático, que cabe esgrimir a favor de la tesis de la obligatoriedad de la rebaja de pena, prevista en los arts. 65 y siguientes del CP, en caso de concurrir varias atenuantes y ninguna agravante. Se trata de una puesta en relación de esas disposiciones, por una parte, con el art. 359 N° 4 del CdPP, por otra⁷⁵. Esta última disposición establece que corresponde otorgar la libertad provisional, de oficio o a petición de parte, y bajo caución suficiente, a todo imputado como autor, cómplice o encubridor de cualquier delito, siempre que, “por las circunstancias atenuantes que concurren o por las que resten una vez compensadas ellas con las agravantes del caso”, la pena correspondiente sea inferior a aquellas enunciadas en el N° 1 del mismo artículo –a saber, a las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en su grado máximo.

Ahora bien, esta regla sólo tiene sentido en el entendido de que, bajo las reglas pertinentes del CP, la pena haya de ser obligatoriamente rebajada en caso de que concurren varias circunstancias atenuantes sin agravantes, o bien en caso de que concurren varias atenuantes que prevalezcan tras la com-

⁷⁴ Esto significa que el argumento de Schweitzer, consecuentemente desarrollado, tendría que llevar a la tesis de que la aplicación de las reglas referidas a la concurrencia de una sola atenuante y ninguna agravante habría de ser analógica, tal como sostiene Etcheberry. Pero esa tesis a favor de la aplicación analógica de tales reglas presupone constatar, como Etcheberry lo hace explícito, que habría una laguna legal. Y esta afirmación, según ya se demostró, es infundada.

⁷⁵ Así ya en QUEZADA, 1956, 93.

pensación entre la totalidad de las atenuantes y agravantes concurrentes⁷⁶. Pues sólo así cabe entender que la regla del CdPP asuma que en caso de concurrencia de atenuantes la pena que eventualmente corresponda imponer tenga que (y no meramente “pueda”) ser menor que aquellas indicadas en el art. 359 N° 1. Es decir, la consideración de esta regla de procedimiento también lleva a la conclusión de que la única interpretación admisible de los arts. 65, 66, 67 y 68 del CP, en lo relativo a casos de concurrencia de dos o más atenuantes y ninguna agravante, consiste en que la rebaja de pena correspondiente resulta obligatoria y no facultativa.

Cabe apuntar, finalmente, que la regla del art. 359 N° 4 del CdPP tiene un significado adicional. Pues esta regla hace reconocible que, en un caso en que por la concurrencia de varias atenuantes y varias agravantes sea necesario proceder a su compensación racional (en conformidad con los arts. 66 inc. 4°, 67 inc. 6° y 68 inc. 5°), las reglas expresadas en los incisos correspondientes han de ser aplicables según cuál sea el resultado de esa compensación. Y si el resultado de la compensación es que prevalecen dos o más atenuantes una vez descartadas las demás atenuantes y agravantes concurrentes, entonces ha de procederse obligatoriamente a la rebaja de pena prevista por esas reglas.

⁷⁶ La opinión contraria se encuentra en SCHWEITZER, 1956, 90 y s., quien meramente reiteraba, sin embargo, la interpretación de los arts. 67 y 68 en conformidad con la cual la rebaja de pena sería facultativa, la cual ya ha sido impugnada.