

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL

PROPUESTA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES
(GENÉRICAS); Y SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA
DE LIBERTAD

Martín Besio H.
Mayo de 2013

I. PROPUESTA DE ARTICULADO

§A. De las circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad criminal

Art. A. Son circunstancias atenuantes:

1ª. Las eximentes de responsabilidad cuando no produzcan sus efectos como tales, siempre que se verifique su causa fundante y ésta determine una disminución relevante del injusto del hecho o de la culpabilidad de su autor.

2ª. No haber sido condenado con anterioridad por crimen o simple delito.

Para los efectos de esta norma no se considerarán las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la época de los hechos objeto de la nueva condena.

3ª. El transcurso de más de la mitad del tiempo de prescripción de la acción penal o de la pena, debiendo en este último caso adecuarse la condena impuesta a los efectos de esta atenuante.

4ª. Cometer el delito a causa de una grave adicción al alcohol o a sustancias estupefacientes o sicotrópicas, o por motivos o estímulos que le hayan provocado una importante perturbación emocional o limitado de modo relevante su capacidad de autocontrol.

5ª. Reparar o procurar reparar seriamente el daño ocasionado por el delito o disminuir sus efectos.

Para los efectos de este artículo el juez o tribunal considerará la naturaleza del delito y las circunstancias personales del condenado.

6ª. Colaborar sustancialmente con el esclarecimiento de los hechos, en cualquier etapa del proceso.

7ª. Cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores.

Art. B. Son circunstancias agravantes:

1ª. En los delitos contra las personas, ejecutar el hecho con alevosía.

Existe alevosía cuando el autor emplea en la ejecución del delito medios, modos o formas que sean especialmente adecuados para asegurarla, evitando el riesgo que pudiera proceder de la defensa de la víctima.

2ª. Ejecutar el hecho prevaliéndose de una situación o relación de superioridad manifiesta, que debilite las posibilidades de defensa del ofendido.

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

4ª. Ser reincidente.

Existe reincidencia si al momento de delinquir el culpable ha sido condenado previamente, mediante sentencia ejecutoriada, por crimen o simple delito de la misma especie que tenga asignada igual o mayor pena.

No se considerará esta circunstancia transcurridos diez o cinco años, respectivamente, de la época de comisión del hecho que dio origen a la condena previa, ni tampoco tratándose de condenas anteriores por delitos imprudentes.

§B. De la aplicación de las penas.

Art. C. Las penas establecidas en la ley se entienden asignadas al autor del delito consumado.

La tentativa de delito será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, en consideración al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

La complicidad será castigada con la pena inferior en un grado a la señalada por la ley.

Art. D. No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

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

Art. E. Las calidades y circunstancias de naturaleza personal a que la ley atribuye efectos de atenuación o agravación de responsabilidad penal, sólo producirán sus efectos respecto de quienes concurren.

Si tales calidades y circunstancias de naturaleza personal constituyen el fundamento del injusto del delito, a aquellos partícipes en que no concurren se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, atendida la relevancia de su contribución al hecho, y siempre que hayan tenido conocimiento de ellas al momento de su intervención.

Las circunstancias que consistan en la realización material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, producirán sus efectos sólo respecto de los que tengan conocimiento de ellas antes o en el momento de la comisión del delito o de su cooperación al mismo.

Art. F. Para la individualización de la pena, según existan o no circunstancias atenuantes o agravantes, se observarán las siguientes reglas:

1ª. Cuando concorra solo una circunstancia atenuante, se impondrá la pena en la mitad inferior de la asignada por ley al delito.

2ª. Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o más atenuantes muy calificadas, no concurriendo ninguna agravante, se impondrá la pena inferior en un grado a la asignada por la ley, o en dos grados inferiores atendido el número y entidad de las atenuantes concurrentes.

3ª. Cuando concurren una o dos circunstancias agravantes, sin atenuantes, se impondrá la pena en la mitad superior de la asignada por ley al delito.

4ª. Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes, sin atenuantes, podrá imponerse la pena superior en grado a la asignada por ley, en su mitad inferior, atendido el

número y entidad de las agravantes concurrentes. En caso de no hacerse uso de esta facultad, el efecto de las agravantes se rige por lo dispuesto en la regla precedente.

5ª. Cuando concurren atenuantes y agravantes, se procederá a su valoración y compensación racional para la individualización de la pena. Si subsiste un fundamento cualificado de atenuación se aplicará la pena inferior en grado. Si persiste un fundamento cualificado de agravación, se impondrá la pena en su mitad superior.

6ª. Cuando no concurren atenuantes ni agravantes, o cuando concurrendo ya hayan producido sus efectos conforme a las reglas anteriores, la cuantía concreta de sanción se determinará atendiendo a la mayor o menor gravedad del hecho y a las circunstancias personales del condenado.

Art. G. En el caso de la circunstancia primera del artículo A se impondrá la pena inferior en uno, dos o tres grados a la señalada por ley al delito, atendida la relevancia de sus efectos en el injusto del hecho o en la culpabilidad de su autor, sin perjuicio de la aplicación posterior de las reglas del artículo precedente.

Los jueces o tribunales podrán otorgar a las restantes circunstancias del artículo A los efectos de una atenuante muy calificada, si los presupuestos de su configuración se presentan con una especial intensidad.

Art. H. La pena superior o inferior en grado tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas:

1ª La pena superior en grado se formará tomando como base la cifra máxima del marco penal de que se trate y adicionando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo y su límite mínimo la cifra máxima tomada como base, incrementada en un día.

2ª. La pena inferior en grado se formará tomando como base la cifra mínima del marco penal de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo y su límite máximo la cifra mínima tomada como base, reducida en un día.

Art. I. La mitad superior de la pena asignada por ley al delito tiene como límite mínimo la cifra que corresponde a la mitad de su extensión y como límite máximo la cifra que corresponde a la cuantía máxima del marco penal de que se trate. La mitad inferior tiene como límite mínimo la cifra correspondiente a la cuantía mínima del marco penal de que se trate y como límite máximo la cifra que corresponde a la mitad de su extensión.

Art. J. Cuando por aplicación de las reglas precedentes corresponda imponer una pena inferior a 1 año de prisión, dicha pena será siempre sustituida en conformidad a los artículos (XXX).

En ningún caso podrá imponerse una pena de prisión superior a 30 años.

Art. K. Para los efectos de determinar la extensión de la mitad superior o inferior de la pena, o de concretar la pena superior o inferior en grado, el día se considera como una unidad indivisible que, en su caso, se computará en beneficio del condenado.

Art. L. Los jueces o tribunales fundamentarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta, en conformidad con las reglas precedentes.

II. FUNDAMENTACIÓN GENERAL.

1. Explicación preliminar.

La propuesta contempla dos materias de regulación (atenuantes y agravantes; y sistema de determinación/cuantificación de la pena privativa de libertad) que –si bien íntimamente relacionadas- debiesen situarse formalmente en títulos/apartados diferentes del CP, por lo que su formulación en solución de continuidad en esta propuesta es sólo para efectos prácticos (así, atenuantes y agravantes debieran incluirse en un párrafo referido al hecho punible; y las reglas de determinación de la pena privativa de libertad en el párrafo correspondiente a las consecuencias jurídicas del delito, especialmente referido a la aplicación –en general, de todas las clases- de las penas).

Dada la estructura de la regulación normativa que se asume en la propuesta, se ha considerado como principal fuente formal de referencia el CP español vigente (CPE) y, además, el Anteproyecto de CP 2005.

2. Fundamentación general.

En materia de consagración de atenuantes y agravantes genéricas se ha formulado la propuesta considerando las siguientes directrices generales.

(a) En materia de atenuantes se ha partido de la base del catálogo vigente, el que se ha sintetizado, actualizado y reformulado en algunos aspectos relevantes. La explicación de cada modificación, inevitablemente individual, se encuentra en la justificación particular de cada circunstancia (*infra*).

(b) Tratándose de agravantes se ha depurado el catálogo vigente. Se mantienen sólo cuatro agravantes genéricas (transversales) sobre la base de que –como es natural y a estas alturas inevitable- se contemplarán, se presume, agravantes específicas/cualificantes (sin entrar a la discusión existente respecto de su diferencia) para ciertos delitos o grupos de delitos en la parte especial. Las agravantes que se mantienen en el catálogo general se estima son las únicas que tienen una justificación consistente en el desvalor de injusto del delito (salvo la reincidencia, cuya consagración se justifica *infra*), al margen de que su nueva formulación, en su caso, permite reconducir a ellas varias de las circunstancias eliminadas en la propuesta (por ejemplo, *infra*, circunstancias segunda y tercera). Se han eliminado todas aquellas agravantes con sustrato subjetivo, referidas a motivaciones del sujeto activo especialmente “indeseables” desde un punto de vista ético-social, dado su incompatibilidad con un sistema punitivo orientado al hecho y no al autor. Al mismo tiempo, las agravantes de alevosía y abuso de superioridad se han reformulado para diferenciar los supuestos de configuración y aplicación diferenciada de una u otra; problemas no resueltos desde la doctrina y especialmente desde la práctica judicial chilena. En materia de reincidencia, se ha optado por regularla restrictivamente (en vez de eliminarla, dado la escasa viabilidad de esta alternativa), reconduciendo las dos hipótesis vigentes al alero de un solo supuesto de reincidencia, con un resultado más restrictivo que, consideradas aisladamente, las dos anteriores.

Tratándose del sistema de determinación de la pena privativa de libertad se ha decidido optar por un sistema de cuantificación con restricciones relevantes a la discrecionalidad judicial, lo que se concreta en el establecimiento de reglas de depuración del marco penal abstracto (que reflejan los efectos sobre el marco penal de, entre otros factores, la presencia de atenuantes y/o agravantes) con efectos legales tasados para la judicatura, entremezclados con espacios de discrecionalidad judicial siempre subordinados a criterios normativos explícitos susceptibles de ponderación, con un fuerte hincapié normativo en la justificación de su ejercicio. En concreto, el sistema propuesto tiene como fuente la tradición española (y chilena) de individualización punitiva (se ha tomado como

referente clave el modelo del CP español, aunque con varias matizaciones), alejándose intencionalmente de un modelo más abierto de cuantificación, como el previsto en el StGB. Las principales razones que justifican dicha opción consisten, por una parte, en las dificultades (y peligros) inherentes a un modelo de cuño alemán, vago e indeterminado y que genera serios problemas de certeza jurídica y –después de todo- de racionalidad del proceso de medición punitiva (así, al margen del establecimiento de criterios legales explícitos –algunos muy difíciles de interpretar y de transformar en una cuantía de pena- la teoría del espacio de juego, principal modelo teórico de cuantificación alemán, constituye el paradigma de la imposibilidad de otorgar racionalidad al sistema del §46; lo mismo en su traslado al sistema español vía art. 66 CPE, conforme a la tesis dominante en dicho país). Por la otra, la existencia de amplios márgenes al arbitrio judicial contrasta con la práctica judicial chilena, que es especialmente reacia y asume con mucha dificultad la tarea de *ponderación* judicial (ponderación que es la base de todo sistema de cuantificación, pero especialmente de aquellos modelos “abiertos”); como se advierte sin mayores dificultades, por ejemplo, de un análisis de las decisiones judiciales de cuantía de pena al alero del art. 69 CP.

De todos modos, la imprecisión de un sistema de cuantificación concreta de pena es irresoluble (aunque siempre mucho más difuso en modelos abiertos), pero en un sistema con efectos tasados de modulación de los marcos penales (de aumento o disminución de grados o de mitades de grados de penalidad) genera en la mayoría de los casos marcos concretos muchos más reducidos, en donde los márgenes de discrecionalidad son más restringidos (y, por ello, resulta, globalmente, menos “peligroso”). Un sistema basado en efectos tasados, que orientan imperativamente al juez en la consecución de la respuesta penal, disminuye de modo relevante los peligros de la *intuición* judicial (muy extendida en nuestro sistema). Esto no obsta, en todo caso, a diseñar un modelo de decisión cuantitativa racional (con criterios específicos establecidos positivamente para la cuantificación, o, por otro lado, con cláusulas generales –criterios orientativos matrices- susceptibles de desarrollo dogmático y jurisprudencial), adicionándole un imperativo normativo explícito de justificación de una motivación racional y –sobre todo- de la posibilidad efectiva de control vía recurso por parte de instancias superiores (por ejemplo, vía recurso de nulidad por infracción de derecho), como ocurre en los sistemas comparados.

No obstante un sistema como el propuesto genera la mayoría de las veces una inconsistencia simbólica entre el marco penal abstracto y la pena efectivamente impuesta (los jueces, por la presencia de circunstancias modificativas, suelen desbordar el marco abstracto en la determinación de la sanción), no se estimó adecuado limitar la incidencia (su eficacia para modular el marco penal) de las circunstancias modificatorias (más allá del muy discutible *simbolismo* que se pretenda obtener con que el juez “respete” el marco penal abstracto, la pena establecida por la ley para el delito). Si se asume –como se estima debe hacerse- que atenuantes y agravantes representan una modificación *relevante* del injusto del hecho *concreto* cometido o de la (menor) culpabilidad del autor al momento *concreto* del hecho ejecutado, o representan disminuciones de la necesidad de pena asociadas a fines político criminales importantes para el sistema; si eso es así, entonces, el aumento del injusto o la menor culpabilidad del autor o el cumplimiento de fines político criminales importantes *deben* tener incidencia *real* en la respuesta concreta que el sistema penal atribuye al sujeto (la pena específica) y esa incidencia, se estima, debe encontrarse definida *ex ante* por el legislador. Por ello, se ha optado por mantener un catálogo (cerrado en caso de agravantes y abierto en caso de atenuantes) con efectos tasados de pena, con algunos márgenes menores de eficacia modificatoria de sanción entregados al arbitrio judicial; en la misma línea del CP vigente.

En ese entendido, y con el objeto de simplificar la operación de individualización de la pena, se ha optado por estructurar el sistema de individualización a través de *grados* (y *medios* grados o mitades de grado) de pena, aunque renunciando a las escalas penales construidas *ex ante* y de modo transversal para todos los delitos (presidios mayor y menor, y sus divisiones formales). Ello parte de la base de que el Proyecto ha definido previamente eliminar la existencia de penas indivisibles y establecer marcos penales individualizados (en su extensión específica) en la parte especial para cada tipo de delito, con límites mínimos y máximos expresados en cifras (años, meses).

Se hace presente que el sistema de individualización de pena que se propone (orientado en esta propuesta a las penas privativas de libertad, a la pena de prisión) es compatible y debiese erigirse como el modelo base de individualización de todas aquellas penas construidas sobre la base de una extensión temporal, como, por ejemplo, respecto de las penas privativas de derechos (inhabilitaciones o suspensiones para cargo públicos, profesiones titulares, entre otras) que se erijan como penas principales en delitos de la parte especial; con la excepción de la pena de multa, que debiera regirse por parámetros diferentes, dependiendo del sistema adoptado (días-multa, multa proporcional).

Se ha, asimismo, intentado simplificar las reglas que inciden en las modulaciones del marco penal derivadas de las formas de imperfecta ejecución y de las formas de intervención delictiva diferentes a la autoría (por lo que las decisiones que adopte la Comisión en dichas materias influirán en las reglas de cuantificación asociadas; de todos modos, se ha partido de la base de la supresión de la frustración y su reconducción a la figura de tentativa única –acabada e inacabada-, además de la tipificación delictiva autónoma del encubrimiento, separada ya –como es opinión de *lege ferenda* absoluta- de una forma de intervención criminal).

Por último, se han regulado positivamente materias que generan discusión doctrinal y que son objeto de interpretaciones y soluciones diferentes por parte de la jurisprudencia, como los supuestos de (in)comunicabilidad de circunstancias y condiciones de naturaleza personal; adoptando en esta materia una regla limitada de incomunicabilidad.

III. JUSTIFICACIÓN PARTICULAR.

Párrafo A. Se simplifica la regulación vigente, estableciendo un solo párrafo referido a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal (atenuantes y agravantes).

Artículo A.

Circunstancia 1ª. Se mantiene la tradicional *eximente incompleta*, aunque en una formulación positiva diferente a la vigente, cuyo objetivo –de la redacción que se propone- es, en esencia, el siguiente:

Se elimina la referencia normativa explícita –contenida en la legislación vigente- a la ausencia de los *requisitos* de las eximentes como base de la operatividad de la atenuante, con el objetivo de eludir la interpretación doctrinal (aunque minoritaria) y jurisprudencial que circunscribe la aplicación de la eximente incompleta sólo respecto de las justificantes o exculpantes divisibles formalmente (que constan de *requisitos* enumerados), afirmándose ahora positivamente su ámbito de acción también respecto de aquellas sólo susceptibles de división ideológica.

Al mismo tiempo, la alusión a la necesidad de verificación de su *causa fundante* tiene por objetivo destacar que –en concordancia con la doctrina mayoritaria- la configuración de la eximente incompleta supone necesariamente la verificación del fundamento esencial de la respectiva justificante o exculpante (por ejemplo, agresión ilegítima, realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar, cierto grado relevante de privación de razón, etc.).

La exigencia adicional consistente en que la presencia de la *causa fundante* de la eximente haya efectivamente determinado una *disminución relevante del injusto del hecho o de la culpabilidad del autor* se explica para elevar –de un modo dogmáticamente sustentable- el estándar de operatividad de la atenuante (en el escenario de que en nuestra legislación vigente la atenuante de eximente incompleta es una atenuante “calificada” o de “efectos extraordinarios”, con eficacia modificatoria de pena –de responsabilidad- superior al resto de atenuantes), en el entendido de que no toda materialización de la causa base de una – posible- eximente produce de forma automática la configuración de la atenuante: piénsese, por ejemplo, en ciertos grados de perturbación mental –causa base formal de la eximente- que, en razón de su poca intensidad, no supone efectivamente una alteración relevante de la culpabilidad del infractor y, por ello, no pueden dar lugar a una aminoración de pena, sin perjuicio de que, en su caso, dada su relevancia, pueda de todos modos tener la entidad suficiente como para configurar una atenuante analógica (*infra*, circunstancia 7ª).

Circunstancia 2ª. No obstante la atenuante no es susceptible de ser reconducida de un modo dogmáticamente sustentable a la categoría culpabilidad (pese a que algún autor la fundamenta en una hipótesis –más bien presunción- de no exigibilidad atenuada), se mantiene –aunque en una formulación diferente- dado su fuerte arraigo en el sistema y en la cultura jurídica chilena, y su vinculación a fines preventivo-especiales (positivos) que, de todos modos, forman parte de la lógica inherente a las atenuantes de responsabilidad.

Se reformula su redacción con el objetivo de restringir su operatividad a la constatación objetiva de ausencia de condenas penales pretéritas y así no dar cabida a interpretaciones subjetivas moralizantes asociadas a reproches ético-sociales y no estrictamente jurídico-penales.

Se destaca, asimismo, que no obstan a la concesión de la atenuante las condenas cumplidas diez o cinco años (dependiendo si es crimen o simple delito) antes de la época de comisión del (nuevo) delito en que se juzga dicha atenuante. Tal límite temporal resulta consistente con la Ley 18.216 (incluidas las modificaciones introducidas por la Ley 20.603)

y debiera armonizarse con las reglas que al efecto se establezcan en el Proyecto en materia de penas sustitutivas, si es que se introducen en el cuerpo del CP y no –como hasta ahora– en una ley especial. La redacción que se propone destaca además que el plazo de cinco o diez años (transcurridos desde el cumplimiento de la condena previa) se computa desde la época de comisión del delito y no desde la fecha de la sentencia condenatoria, a fin de no sujetar sus efectos a la indeterminada duración del proceso penal y porque resulta más consistente con la *ratio* inherente a la atenuante.

Debe destacarse que si bien se contempla un similar criterio tratándose de la agravante de reincidencia (*infra*), no existe dependencia directa entre esta atenuante y dicha agravante, dado que para que proceda la primera no se computan las condenas pretéritas *cumplidas* diez o cinco años antes de la comisión del nuevo delito, mientras que tratándose de la reincidencia (al margen de los nuevos requisitos de configuración que se proponen), no se consideran aquellas condenas en que la época de comisión del *hecho* que le sirve de sustento es anterior en diez o cinco años).

La redacción contempla la distinción categorial vigente entre crímenes y simples delitos, cuestión que debe ser revisada y concordada con las decisiones que se adopten al respecto en el Proyecto.

Circunstancia 3ª. Se incorpora la institución de *prescripción gradual* o *media prescripción* en el catálogo formal de atenuantes por razones sistemáticas, rompiendo así con su tratamiento diferenciado al interior de las reglas propias de la prescripción; y sobre la base de una jurisprudencia consolidada que la concibe como circunstancia atenuante (incluso como atenuante muy calificada), aunque reconduciendo ahora sus efectos a los propios de una circunstancia de efectos ordinarios, pero siempre susceptible, dependiendo de las circunstancias del caso, de ser reconocida como atenuante muy calificada (*infra*, art. G; por ejemplo, si el tiempo transcurrido se acerca mucho al de prescripción total) o como atenuante analógica (*infra*, circunstancia 7ª; por ejemplo, si el tiempo transcurrido no es superior a más de la mitad del plazo de prescripción, pero es muy próximo a ese límite).

Al mismo tiempo, se simplifica la redacción con el objetivo de evitar las inconsistencias que la redacción actual sugería, especialmente el presupuesto explícito de su aplicación, reducido a las hipótesis en que el responsable “*se presentare o fuere habido*”, expresiones que parecieran orientarse a los casos de presentación voluntaria del autor o de detención del mismo en un contexto procesal de rebeldía y sobreseimiento temporal; que, entonces, excluiría –de una forma inconsistente con la *ratio* de la atenuación– los supuestos en que el imputado ha comparecido voluntariamente y ha estado presente durante el proceso penal, como ocurre en la mayoría de los casos.

Circunstancia 4ª. Se recogen dos hipótesis diferentes con fundamento común en una menor imputabilidad del sujeto (aun cuando alguna posición doctrinal tiene a incluir la segunda como un caso de exigibilidad disminuida, pero también con resorte claro en la categoría culpabilidad), y en ambos casos, siempre que la merma en la imputabilidad no revista una intensidad tal como para dar lugar a una eximente (completa) o, en su caso, a una atenuante vía eximente incompleta (la que tiene efectos modificatorios de pena superiores a los ordinarios; *infra* art. G).

La primera hipótesis, tomada del CPE, refiere a los supuestos de disminución de la culpabilidad por estado de intoxicación por alcohol o drogas al momento del delito derivado de una adicción grave a dichas sustancias, pero también puede incluir supuestos de síndrome de abstinencia de menor entidad (que, en rigor, de ser de una intensidad relevante, debiesen dar lugar a una eximente). Si bien estos supuestos pueden tener teóricamente una cabida en la segunda hipótesis recogida en el precepto que se propone

(atendida su estructura típica abierta), se consideró razonable hacer una referencia explícita a los casos de intoxicación por alcohol y drogas derivados de graves adicciones, dada su frecuencia en la criminalidad cotidiana y para así destacar positivamente su contenido y no depender de un desarrollo jurisprudencial siempre conservador y vacilante en estas materias.

La segunda hipótesis intenta recoger a través de una formulación genérica –pero con contornos más claros- las vigentes atenuantes del art. 11 N° 3, 4 y 5 CP. Se parte de la base de la redacción contenida en el Anteproyecto CP 2005, que refunde convenientemente y perfecciona las dificultades detectadas por la doctrina en la formulación –actual- de dichas minorantes, aunque se realiza una matización menor: se utiliza la expresión *motivos* sin circunscribirlos sólo a aquellos de carácter “piadoso” o “altruista”, a fin de no limitar normativamente motivaciones del autor que, sin ser de esa naturaleza, de todos modos producen en el sujeto los resultados –a nivel de imputabilidad- que describe la norma propuesta, como por ejemplo los casos –ahora eliminados- de vindicación de ofensas a cónyuge, conviviente y familiares directos; o incluso de obrar por celo de la justicia. Si bien –podría replicarse- que estas motivaciones (no subsumibles estrictamente en las ideas de piedad y altruismo que propuso el Anteproyecto CP 2005) podrían ser reconducidas ahora a través de la atenuante analógica (que cierra este catálogo), dicha reconducción podría generar problemas dada la referencia objetiva a conceptos con una valoración ético-social positiva, lo que conllevaría la imposibilidad de incluir vía atenuante analógica motivaciones que, sin contener dicha valoración positiva, de todos modos repercutan a nivel de la imputabilidad del sujeto (por ejemplo, los celos como motivo del delito, en tanto impliquen una perturbación emocional relevante).

Circunstancia 5ª. Se mantiene la estructura central de la atenuante vigente (11 N° 7), pero con algunas modificaciones. Primero, se amplía a casos de reparación total (y no sólo al intento de reparación) por razones de consistencia estructural: la regla general será fomentar normativamente una reparación íntegra (tratándose de delitos que ocasionen un daño susceptible de reparación) y, en subsidio, un intento de reparación. Segundo, en la línea del Anteproyecto CP 2005, se prefiere la expresión *seriamente* a la exigencia de “celo”, en la medida de que ésta última parece recalcar con mucha mayor intensidad la posición subjetiva del autor en el intento de reparación (esfuerzo personal considerable) que la reparación objetiva del daño, y la voz *seriamente* es más neutral al respecto (y de todos modos incluye esa exigencia subjetiva). Tercero, se simplifican los términos vigentes por una redacción que parece más adecuada y menos pretenciosa: *daño ocasionado por el delito o disminuir sus efectos*. Por último, recogiendo la interpretación jurisprudencial y doctrinal al respecto, se formulan como criterios de ponderación la *naturaleza del delito* (para evaluar la reparación del daño o su intento o, en su caso, la disminución de sus efectos) y las *circunstancias personales del condenado* (para evaluar tanto la reparación del daño como su intento o, en su caso, disminución de sus efectos y la seriedad de éstas).

Al mismo tiempo, se omitió intencionalmente en la redacción la referencia a la *víctima* como sujeto de la reparación del daño o su intento o disminución de sus efectos (como, por ejemplo, ocurre en el CPE), con el objetivo de no excluir de antemano la posibilidad de concesión de la atenuante en supuestos de delitos que protegen bienes jurídicos colectivos (sin víctima concreta). Si bien esta atenuante se encuentra limitada explícitamente en leyes especiales (por ejemplo, Ley 20.000), no parece ser una opción político-criminal razonable, que –se propone- debe ser revisada.

Circunstancia 6ª. Se mantiene la estructura central de la vigente atenuante del art. 11 N° 9 CP, con el sólo añadido de precisar positivamente que dicha colaboración puede ser

prestada en cualquier etapa del proceso penal, incluyendo en consecuencia la fase de juicio (en que la colaboración prestada –por ejemplo- vía declaración del acusado puede ser relevante para lo decidido –esclarecimiento de hechos y de la responsabilidad- en la sentencia). Se ha optado por mantener la exigencia de *sustancialidad* o relevancia de la colaboración (en la línea del CP vigente y en contra de la posición asumida por el Anteproyecto CP 2005), pues dicha exigencia es más consistente con la *ratio* de la atenuante, vinculada a fines político criminales de eficacia de la persecución penal. De todos modos, siempre resta la alternativa, en su caso, de atenuante analógica. Al mismo tiempo, a este precepto pueden ser reconducidos los supuestos de la vigente atenuante del N° 8, razón por la cual dicha atenuante se elimina del catálogo.

Circunstancia 7ª. Se incorpora –tomada del CPE y recogida también por el Anteproyecto CP 2005- la denominada “atenuante analógica”, como manifestación específica de la posibilidad de analogía *in bonam partem* y con el objetivo de mantener un catálogo abierto de atenuantes susceptible de ser desarrollado por vía jurisprudencial, en el entendido de que todas las hipótesis de disminución de culpabilidad (o de injusto vía eximente incompleta) o de conveniencia político criminal de pena, no pueden ser establecidas *a priori* en un catálogo cerrado e inamovible.

Se mantiene la estructura lingüística del CPE a fin de destacar que la circunstancia no exige analogía con los elementos formales de las atenuantes anteriores (si ello ocurre, la relación analógica podrá afirmarse de modo más palmario), sino que la analogía debe serlo con su *significado* normativo, en tanto modificación relevante del injusto del hecho, de la culpabilidad del autor o de la conveniencia político criminal de pena, y que –por razones obvias- no sea, en su caso, de la suficiente entidad como para configurar una eximente incompleta.

Artículo B.

Circunstancia 1ª. Al margen de las críticas que se han esgrimido en contra de la agravante de alevosía en un Derecho penal de corte preventivo (centradas en una suerte de “castigo al más listo” y a la inconsistencia de pretender motivar en contra de asegurar la ejecución del delito), se opta por mantener dicha agravante sobre la base un mayor desvalor de injusto objetivo del hecho, en la medida de que *ex ante* la presencia de alevosía supone un mayor peligro para los bienes jurídicos, un ataque más eficaz dado el contexto fáctico (provocado y aprovechado por el autor, como se verá) de indefensión de la víctima.

De todos modos, se reformula la agravante en aras de una mayor precisión de sus presupuestos de configuración (que permita distinguirla de otras agravantes de estructura similar, como la hipótesis de *abuso de superioridad*; al efecto, *infra* circunstancia 2ª), sobre la base de los problemas de interpretación (no tanto doctrinales, sino que especialmente jurisprudenciales) de la definición positiva vigente de la alevosía (*a traición o sobre seguro*).

Se toma como base la formulación de la alevosía del CPE (con matizaciones) a fin de destacar su estructura central (con respaldo dogmático mayoritario), a saber, la organización de la ejecución del hecho (*medios, modos o formas adecuados*) para asegurar dicha ejecución sin el riesgo que importa la posible defensa de la víctima, esto es, las notas de *creación* por parte del autor de una *situación de indefensión* y –no sólo de- *aprovechamiento* de la misma. Esto con el objeto de clarificar de antemano los casos más discutidos, como los estados de indefensión consustancial de la víctima (niños, ancianos) y de indefensión circunstancial de la víctima (dormida, inconsciente).

Se ha preferido la fórmula “medios, modos o formas que sean *especialmente adecuados* para asegurarla” en vez de la española “medios, modos o formas *que tiendan directa y*

especialmente a asegurarla”, a fin de destacar con mayor precisión la idoneidad *ex ante* de los medios, modos o formas a través de los cuales se organiza la ejecución del hecho (creación); y de todos modos para resaltar el carácter eminentemente objetivo de la agravante. También se ha simplificado, respecto de la formulación de esta agravante en el CPE, la alusión al estado de indefensión (“evitando el riesgo que pudiera proceder de la defensa de la víctima” en vez de la fórmula “sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido”).

Además, se ha limitado explícitamente la aplicación de la alevosía a los *delitos contra las personas*, expresión que pretende aludir (al margen de la existencia eventual de un título específico asociado, que dependerá de la estructura sistemática de la parte especial del Proyecto) a delitos en contra de la vida (humana independiente) y salud individual, categoría en donde la alevosía tiene estructuralmente sentido (esto, al margen de que el vigente CP la extienda a otro tipo de ilícitos, como respecto de la violencia en el delito de robo con violencia, art. 456 bis CP, situación normativa que –se propone- debe ser evaluada).

Circunstancia 2ª. Se consagra y reformula la vigente agravante de abuso de superioridad, con fundamento objetivo en un incremento de injusto dada la mayor peligrosidad de la conducta sobre la base del aprovechamiento de un estado de indefensión de la víctima.

La formulación que se propone cumple varios cometidos. Por una parte, la alusión típica a una *situación o relación* de superioridad es más amplia e incluye no sólo supuestos de desventaja objetiva de la víctima derivados de características físicas del autor (como las expresadas en la vigente circunstancia del art. 12 N° 6 CP: superioridad de sexo o fuerzas), sino que ahora también contempla hipótesis de desequilibrio generadas a partir de una especial *relación* entre autor y víctima, que –se destaca- no requiere necesariamente ser de parentesco (incluyéndose en consecuencia, en ese caso, la agravante del art. 13 CP, si es que importa efectivamente una relación de desequilibrio aprovechada por el autor), si no que puede ampliarse a otras hipótesis no derivadas de dicho vínculo formal, como la especial ascendencia moral de uno respecto del otro, o la relación de confianza existente entre sujeto activo y pasivo (incluyendo entonces, en su caso, el presupuesto fáctico de la vigente agravante del art. 12 N° 7 CP). Además, se amplía a contextos *situacionales* (independientes de la condición física del autor o de su relación con la víctima), como ciertas circunstancias de tiempo o lugar (noche o despoblado, art. 12 N° 12 CP) o de personas (auxilio de otras personas (12 N° 11 CP), en la medida de que se verifiquen los restantes requisitos típicos de su configuración; y sean, de todos modos, compatibles con la naturaleza del delito.

Se estima más precisa y acorde con la *ratio* de la circunstancia la voz rectora de *prevalimiento* (en reemplazo de *abuso*), en tanto significativa de la exigencia de aprovechamiento de las ventajas que confiere al autor la situación o relación de superioridad. Al mismo tiempo, se incluye como exigencia típica que dicha situación o relación de superioridad debe ser *manifiesta*, en términos de destacar su relevancia para la ejecución del delito; y, en todo caso, la eficacia de causar objetivamente una disminución de las posibilidades de defensa del ofendido (situación que genera el mayor desvalor de injusto del hecho).

Asimismo, la nueva formulación típica delimita de modo más preciso esta circunstancia de la agravante de alevosía (también reformulada en esta propuesta, *supra*), en términos de esclarecer que para la configuración de ésta última no basta con el simple aprovechamiento (el prevalerse) del estado de indefensión, sino que requiere además la creación de dicho estado; bastando, por el contrario, para esta agravante, el simple *aprovechamiento* de la situación o relación de superioridad en tanto manifiesta y que genere efectivamente una disminución objetiva de las posibilidades de defensa del ofendido. Si

bien ambas constituyen agravantes (y, por supuesto, son incompatibles), delimitar la operatividad de cada una resulta clave por la relevancia intrasistémica de la alevosía (por ejemplo, como calificante del homicidio, lo que podría determinar en los casos complejos, como los supuestos de estado de indefensión consustancial o circunstancial de la víctima, la calificación jurídica de homicidio simple más la agravante de prevalimiento de situación de superioridad); y, de todos modos, pues la agravante de prevalimiento no se restringe típicamente a los delitos contra las personas, como sí ocurre tratándose de la alevosía, lo que desde ya justifica su consagración diferenciada como agravante.

Se exige expresamente que la relación o situación de superioridad de cuya ventaja se prevale el autor determine efectivamente una merma en las posibilidades de defensa de la víctima, que haya facilitado la ejecución del delito.

Circunstancia 3^a. Se mantiene, en una formulación con algunos matices, la vigente agravante de *ensañamiento*, con fundamento *objetivo* en un mayor desvalor de resultado, en tanto extensible a la causación del sufrimiento de la víctima innecesario para la ejecución del delito; a la que se añade –sobre la base de su estructura normativa y fundamento común– la vigente agravante del art. 12 N° 9 CP, que se mantiene sin alteraciones.

La referencia explícita al *sufrimiento de la víctima* y a su *padecimiento innecesario* se prefiere a las vigentes *mal del delito* y *males innecesarios* para destacar con mayor precisión la justificación y ámbito de operatividad de la agravante, naturalmente asociada a delitos con víctima (excluyéndose en consecuencia ilícitos que tutelan bienes jurídicos colectivos) y a su *dolor* innecesario en el contexto de la dinámica comisiva.

Circunstancia 4^a. En el contexto de un cuestionamiento dogmático generalizado de la agravante de reincidencia (asociado, entre otros, a la inexistencia de una justificación consistente en –un incremento de– las categorías de injusto o culpabilidad; o a su fundamento al alero de un sistema punitivo orientado al autor y no al hecho; o, en fin, a su estructura preventivo-especial negativa, basada en cuestionables pronósticos de peligrosidad criminal), lo cierto que es que, por ahora, los sistemas penales comparados no han renunciado (ni, renunciarán, se puede proyectar, en el futuro) a la consagración positiva de dicha agravante, dado los efectos simbólicos inherentes de la misma de cara a la ciudadanía; motivo por el cual se estima razonable en esta propuesta, más que eliminarla, formularla en términos más restrictivos, reconduciéndola a la hipótesis central que resulta más consistente con su –insisto, cuestionable– presupuesto base, a saber, la idea de especialización criminal.

Se ha optado por mantener la referencia típica a delitos de la *misma especie* con el objetivo de no predeterminedar el desarrollo dogmático y jurisprudencial del concepto, que –de todos modos– se encuentra formalmente condicionado por el artículo 351 CPP, a saber, aquellos que afectaren al mismo bien jurídico protegido (no obstante dicha norma restringe tal significado sólo *para los efectos de este artículo*).

Al mismo tiempo, se restringe la procedencia de la agravante a ilícitos que tienen asignada en abstracto igual o mayor pena que el ilícito anterior (incorporando, entonces, en una sola agravante las dos modalidades vigentes, con un resultado conjunto más restrictivo que la dualidad alternativa existente); y se excluye su aplicación explícitamente de los delitos imprudentes, en los que, por su propia naturaleza, la reincidencia no tiene justificación alguna.

Se incorpora, además, la regla vigente de “prescripción” de la reincidencia (art. 104 CP), por razones sistemáticas.

La redacción contempla la distinción categorial vigente entre crímenes y simples delitos y sus respectivos plazos de prescripción de la acción penal (tiempo que constituye la

base de aquellos contemplados en el precepto propuesto), cuestión que debe ser revisada y concordada con las decisiones que se adopten al respecto por parte de la Comisión.

Párrafo B. Se ha establecido como párrafo referencial en esta propuesta, sobre la base que todas las reglas aquí incorporadas debiesen incluirse –en este mismo párrafo- en conjunto con las demás asociadas a esta materia (y dentro de un título general asociado a las consecuencias jurídicas del delito o a las formas de reacción penal), como, entre otras, penas accesorias, pena de multa y –eventualmente- substitutivos penales, reglas concursales (tradicionalmente incorporadas sistemáticamente en el ámbito de la individualización punitiva).

Artículo C. Se reúnen en una sola disposición –simplificando la regulación- las reglas de determinación de la pena vinculadas con el grado de ejecución del delito y con la clase de intervención delictiva; sobre la base de la tipificación como delito autónomo en el Proyecto (se sugiere, contra la administración de justicia) del encubrimiento y la reconducción positiva de la frustración a una forma de tentativa (acabada).

De todos modos, se destaca, esta regla dependerá de la regulación que asuma el Proyecto en materia de concurso de personas en el delito y de *iter criminis*, por lo que no se justifica particularmente en lo que sigue.

Se mantiene la regla general vigente en materia de la predeterminación del marco penal abstracto de cada delito (concepto base del sistema de individualización punitiva, *pena señalada por la ley al delito*), a saber, la pena prevista para el autor del delito consumado. Respecto de la tentativa, en la línea del CPE, se prevé una rebaja en uno o dos grados del marco penal particularizado del delito de que se trate, subordinado dicha decisión a la discrecionalidad judicial, que se vincula con los criterios legales de *peligro inherente al intento* y *grado de ejecución alcanzado*. De todos modos, se entiende –de la estructura de la norma- que la rebaja en grado es obligatoria para el tribunal, y sólo discrecional –atendiendo a los baremos mencionados- la disminución en dos grados. Siguiendo el estándar vigente, se prevé una rebaja imperativa en un grado para los supuestos de complicidad.

Las reglas de los incisos segundos y tercero son, por cierto, acumulables entre sí (así, por ejemplo, al cómplice de delito intentado corresponde una pena inferior en al menos dos grados); cuestión que no se estimó conveniente establecer expresamente porque se deriva de la estructura y naturaleza misma del contenido de la disposición.

Artículo D. Se mantiene en esta regla, sin alteraciones, el contenido del vigente artículo 63 CP.

Artículo E. El inciso primero tiene como objetivo simplificar la regulación vigente en materia de comunicabilidad de las causas de atenuación/agravación de naturaleza personal. Así, y para ampliar su aplicación a cualificantes y privilegiantes (y no sólo a circunstancias atenuantes y agravantes genéricas, como formalmente puede derivarse del vigente art. 64 CP), se emplea una fórmula genérica, comprensiva de ambas (*calidades y circunstancias* de naturaleza personal a que *la ley atribuye efectos de atenuación o agravación*); manteniéndose, entonces, la regla de comunicabilidad respecto de delitos especiales impropios. Al mismo tiempo, se ha preferido una expresión general (en comparación a la vigente, algo casuística) para incluir a todas las causas de naturaleza personal, y que sin duda incluye a aquellas con base en la disposición moral del delincuente o sus relaciones particulares con el ofendido. No se ha hecho una referencia explícita a las clases de intervención criminal (autores, cómplices, inductores, encubridores), porque la regulación formal de dichas categorías de intervención está subordinada a definiciones previas de la

Comisión (que se desconocen) y porque, al margen de ello, no resulta necesario al tenor de la norma propuesta, ya que dicha categorización –cualquiera que sea- se entiende incluida en el precepto, atendida su estructura gramatical.

En el contexto de una fuerte discusión doctrinal y jurisprudencial (así, la muy conocida SCS Rol 2321-2007; también SCA Valpo. 3235-2003), el inciso segundo opta por establecer una regla expresa de comunicabilidad, manteniendo el título de imputación, en materia de delitos especiales propios (a los que define como aquellos en los que la causa –calidades o circunstancias- de naturaleza personal *constituye el fundamento del injusto del delito*; diferenciándolo así de aquellos en que la causa personal supone –de acuerdo al inciso primero- *efectos de atenuación o agravación* de responsabilidad), previendo para el *extraneus* una disminución relevante de pena: en un grado o en dos grados dependiendo de *relevancia de su contribución al hecho*, alternativa que parece más acorde con las diferentes posibilidades reales de intervención (y de contribución al delito) y que se deja al análisis del caso concreto; y siempre sobre la base de que la circunstancia personal fundante del injusto sea conocida por el *extraneus* al tiempo de su intervención en el hecho.

El inciso tercero recoge, con muy pocas modificaciones formales, que se introducen para simplificar la regla y adecuarla al contexto del artículo, la regla de comunicabilidad de las circunstancias materiales/reales del vigente art. 64 inciso segundo CP.

Artículo F. Se regulan en un mismo artículo –tomando como referente el sistema del CPE, con alteraciones y matizaciones- las reglas de determinación de la pena para el supuesto de concurrencia de atenuantes y/o agravantes o de ausencia de las mismas, con efectos tasados imperativos o discrecionales, dependiendo del caso.

La propuesta de determinación de la pena se basa en la eliminación de las penas indivisibles y de las escalas graduales predeterminadas (con tiempos de duración *estandarizados*) para todos los tipos de delitos (como en el vigente CP: escalas de presidio mayor y menor, en grados máximos, medios y mínimos) y opera sobre la existencia de marcos penales *particularizados* para cada tipo de delito. En ese contexto, las categorías de *grados y mitad superior e inferior* del marco penal tienen sentido única y exclusivamente a partir del marco penal individualizado para cada tipo de delito (*infra*, arts. H e I).

La pena de multa se excluye de este precepto, pues dependerá del sistema de pena pecuniaria (multa proporcional, sistema de días-multa) y determinación que se construya a su respecto y que depende de una decisión previa de la Comisión.

En la regulación de los efectos que producen sobre el respectivo marco penal las atenuantes y/o agravantes concurrentes, se ha mantenido el estándar existente tanto en nuestro CP como en legislaciones comparadas, relativo a que los efectos minorantes de las atenuantes son superiores (en la modulación del marco penal) que los efectos agravatorios de las circunstancias agravantes (la idea de que las atenuantes “pesan más” que las agravantes en la modulación del marco penal).

Sobre la base de la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales de justicia, que se ha alineado afirmando el carácter facultativo/discrecional de las rebajas o aumentos de grados, basada principalmente en el tenor literal del vigente CP (así, por ejemplo, en el caso de pluralidad de atenuantes sin agravantes; esto, con consecuencias directas en materia de recurso de nulidad); se han utilizado intencionalmente expresiones unívocas en el sentido de recalcar el carácter imperativo o, en su caso, facultativo, de los efectos de concurrencia de atenuantes y/o agravantes, dependiendo del supuesto (así, las expresiones *impondrá* o *determinará* versus el término *podrá*).

La regla 1ª regula el supuesto de concurrencia de sólo una atenuante (sin presencia de agravantes), con el efecto modificadorio de situar el marco concreto en la mitad del

marco penal particularizado del delito de que se trate (sobre la determinación de una *mitad* de grado, *infra*, art. I).

La regla 2ª regula la hipótesis de concurrencia de dos o más atenuantes o de una o más atenuantes muy calificadas (*infra*, art. G inc. 2º). El efecto de ambas hipótesis es la rebaja obligatoria en un grado del marco penal; y, en su caso, atendido los criterios previstos en el precepto (*número y entidad de las atenuantes concurrentes*), de modo facultativo en dos grados inferiores (sobre la operación de salto de grado, *infra*, art. H).

La regla 3ª se refiere al supuesto de verificación de una o dos agravantes (sin atenuantes), en cuyo caso, de modo imperativo, el juez o tribunal debe situar el marco concreto en la mitad superior.

La regla 4ª regula la hipótesis de concurrencia de tres o más agravantes sin atenuantes (hipótesis de muy difícil ocurrencia en la práctica, sobre todo atendido el catálogo de agravantes establecido en esta propuesta –*supra*, art. B-, pero que de todos modos se opta por regular), con el efecto facultativo para el juez o tribunal de imponer la pena superior en grado, pero siempre limitado a la mitad inferior del grado superior. Por razones obvias, si el juez o tribunal decide no recurrir a la exasperación punitiva en grado superior, las agravantes concurrentes producen el efecto tasado de la regla anterior, a saber, la fijación del marco concreto en la mitad superior del marco penal original.

La regla 5ª incorpora el ejercicio de compensación racional de circunstancias de signo contrario, adicionando la exigencia de una *valoración* previa al ejercicio compensatorio de las atenuantes y agravantes concurrentes, a fin de destacar que dicho ejercicio no es de carácter aritmético sino esencialmente cualitativo, cuestión que se subraya al prever expresamente como resultado posible de la operación de compensación (en su caso, piénsese en el supuesto probable y frecuente de pluralidad de circunstancias de un signo en conjunto con una circunstancia del signo contrario; pero también en el supuesto de presencia de una agravante y una atenuante, compensación que no necesariamente implicará una eliminación total de sus efectos) la persistencia de efectos residuales atenuatorios o agravatorios jurídico-penalmente relevantes (fundamentos cualificados), cuyos efectos se regulan positivamente (rebaja en grado inferior o imposición de pena en mitad superior).

La regla 6ª regula los criterios (obligatorios) que orientan al juez o tribunal en la decisión cuantitativa de pena (decisión de pena exacta), tanto cuando no concurren atenuantes y/o agravantes (en cuyo caso el marco concreto es más amplio, pues incluye toda la extensión del grado), como cuando se han verificado circunstancias atenuantes y/o agravantes y éstas ya han producido sus efectos sobre el marco penal (ya sea limitándolo a una mitad del grado o generando un nuevo grado inferior o superior, en su caso, también limitado en una mitad del grado).

Dada la poca operatividad tanto teórica como práctica de los baremos vigentes de cuantificación del art. 69 CP (extensión del mal causado y número y entidad de circunstancias concurrentes), que no resultan idóneos para captar la ponderación de los aspectos relevantes del hecho delictivo que deben ser aterrizados en una cuantía de sanción (al margen de interpretaciones inconsistentes de dichos criterios, como en el caso de la extensión del mal causado vinculado a la ponderación de las consecuencias extra-típicas del delito; o el problema –no real, pero al menos discutible- de una eventual infracción a la prohibición de doble valoración en el caso de ponderación de agravantes que ya han surtido efectos sobre el marco penal), se ha optado por los estándares previstos en el CPE, por cierto susceptibles de un desarrollo dogmático y jurisprudencial a futuro, pero que al menos en teoría intentan captar para los efectos de la cuantificación penal la ponderación del –mayor o menor- injusto del delito (*mayor o menor gravedad del hecho*) e incluir en la lógica

de la individualización penal consideraciones preventivo-especiales de pena (*circunstancias personales del condenado*).

De esta forma, el precepto regula todos los supuestos posibles de concurrencia de atenuantes y/o agravantes, sin solapamientos entre ellos: la regla 1ª refiere a la presencia de una sola atenuante, sin agravantes; la regla 2ª, a la concurrencia de dos o más atenuantes o una o más muy calificadas, también sin presencia de agravantes; la regla 3ª, a la presencia de una o dos agravantes, sin atenuantes; la regla 4ª, a la verificación de tres o más agravantes sin atenuantes; la regla 5ª, a la concurrencia conjunta de atenuantes y agravantes; y la regla 6ª refiere a dos supuestos diferenciados, para los efectos de la decisión cuantitativa de la pena (pena exacta): cuando no concurren atenuantes ni agravantes o cuando concurrendo ya produjeron sus efectos sobre el marco penal conforme a los preceptos anteriores.

Artículo G. El inciso primero regula los efectos de la atenuante de “eximente incompleta”, constituidos (al igual que en el vigente artículo 73 CP) por la rebaja imperativa en un grado y facultativa en dos o tres, atendiendo –en este último supuesto, en concordancia con la nueva formulación típica de dicha atenuante- a la relevancia de sus efectos en el injusto del hecho o, en su caso, en la culpabilidad de su autor.

Al mismo tiempo, para evitar problemas de aplicación de esta regla con aquellas que regulan los efectos de las atenuantes de efectos ordinarios, y porque así lo aconseja la *ratio* de la circunstancia, se prevé su aplicación con anterioridad a estas últimas.

El inciso segundo contiene los presupuestos de calificación (atenuante muy calificada) de una minorante (excluida la eximente incompleta, de por sí de efectos extraordinarios), cuestión que se entrega a la discrecionalidad judicial bajo el criterio rector de la *especial intensidad de sus presupuestos de configuración* (y que, después de todo, es el criterio que subyace a las decisiones adoptadas en esta materia por los jueces y tribunales).

Artículo H. Sobre la base de que la parte especial prevé marcos penales establecidos de modo particularizado para cada delito (y que no tienen por qué corresponder con las extensiones de las escalas graduales vigentes), la operación de aumento o disminución de grado deja de estar estandarizada por medio de escalas graduales generales y comunes, y pasa a tener sentido y operatividad dependiendo única y exclusivamente de dicho marco penal particularizado (construido en referencia a cada tipo de delito). En otras palabras, el aumento o rebaja en grado se entrega a un procedimiento formal que depende de la extensión específica de cada marco penal, individualmente considerado.

El aumento en grado supone la generación de un nuevo marco penal (superior), que se construye de la siguiente forma: el límite inferior del nuevo marco superior está constituido por la cifra correspondiente al límite máximo del marco penal anterior, adicionándole un día (para evitar un solapamiento con el marco original); y el límite máximo del nuevo marco penal (superior) está constituido por la cifra resultante de adicionar a la cifra máxima del marco original, la mitad de su cuantía.

La disminución en grado supone, asimismo, la generación de un nuevo marco penal (inferior), que se construye de la siguiente forma: se toma como base la cifra mínima del marco penal original y se le resta la mitad de su cuantía; en términos tales que el resultado de esa operación pasa a ser el límite mínimo del nuevo marco inferior y el límite máximo está constituido por la cifra que se tomó como base para el cálculo (y que corresponde al límite mínimo del marco original), restándole un día, para evitar el solapamiento con el marco original.

Así, por ejemplo, la siguiente tabla ilustra la construcción del grado inferior y superior de un marco penal (imaginario) que oscila entre 3 años a 6 años:

Un grado inferior	Marco original	Un grado superior
1 año y 6 meses <i>hasta</i> 3 años - 1 día	3 años a 6 años	6 años + 1 día <i>hasta</i> 9 años

Artículo I. - El precepto regla la división interna de la extensión de una pena en mitades equivalentes o iguales (en términos de extensión): la mitad inferior oscila entre la cifra mínima del marco original y la cifra que corresponde a la mitad de su extensión (del marco original); y la mitad superior oscila entre ésta y la cifra máxima del marco original. Aunque se produzca un solapamiento entre ambas mitades (un día común tanto al límite máximo de la mitad inferior como al límite mínimo de la mitad superior), se ha mantenido para los efectos de respetar la equivalencia o igualdad entre ambas mitades, en su extensión exacta.

Así, la siguiente tabla ilustra la mitad inferior y superior de un marco penal (imaginario) que oscila entre 10 años a 15 años.

Mitad inferior	Marco original	Mitad superior
10 años <i>hasta</i> 12 años y 6 meses	10 años a 15 años	12 años y 6 meses <i>hasta</i> 15 años

Artículo J. El inciso primero tiene por objeto eliminar la imposición de “penas cortas de prisión”, dado sus indiscutibles efectos desocializadores; por lo que prescribe que en el supuesto de imposición de una pena privativa de libertad de corto tiempo (cuya extensión debe definir la Comisión, pero se propone sea inferior a 1 año) dicha pena debe, en todo caso, ser objeto de “sustitutivos penales”, cuya determinación específica se encuentra subordinada a lo que establezca en esta materia la Comisión; pero que se propone –en la línea del derecho comparado- sea regulada ya sea a través de penas sustitutivas en sentido estricto (por ejemplo, trabajos en beneficios de la comunidad, multa o reclusión parcial domiciliaria) o a través de una institución intermedia, como la suspensión de la ejecución de la pena bajo la imposición de condiciones.

Por ese motivo (porque el contenido concreto del precepto dependerá de la regulación adoptada en materia de “sustitutivos penales”), es que se formula la regla en términos amplios. De todas formas, se destaca en la norma el carácter imperativo de la sustitución (o de la procedencia de sustitutivos penales en general: “dicha pena será *siempre* sustituida”), para salvar así los supuestos en que, en su caso, pese a tratarse de una pena concreta inferior a un año de prisión, no se cumplan algunos de los requisitos previstos para la operatividad de dicha institución (como, por ejemplo, algunos requisitos objetivos que suelen exigirse en esta materia, como inexistencia de condenas previas; o incluso requisitos de apreciación judicial discrecional, como cláusulas de corte preventivo-especiales.

El inciso segundo prevé como límite máximo de la pena de prisión impuesta judicialmente la extensión de 30 años (extensión máxima fijada por la Comisión como resultado de las reglas de determinación de la pena). A diferencia del inciso primero, no se hace referencia a la posibilidad de que se llegue a esa extensión (30 años) como resultado de la *aplicación de las reglas precedentes*, por dos razones: (1) porque atendido que el tramo de pena máximo fijado por la Comisión para los delitos de la parte especial tiene como límite

superior 20 años, no es posible superar el límite de 30 años a través de las reglas que regulan los efectos de concurrencia de agravantes (*supra*, art. F regla 4ª, que en presencia de tres o más agravantes –hipótesis de difícil ocurrencia dado el catálogo del art. B, *supra*– sólo posibilita el aumento en un grado superior restringido a la mitad inferior de dicho tramo superior, lo que implica la generación de un marco penal superior que oscila entre 20 años y 1 día a 25 años); (2) Porque, dado lo anterior, sólo podría excederse de la extensión de 30 años como resultado de la aplicación de las reglas asociadas a los concursos de delitos, que no son “*reglas precedentes*” a esta norma, especialmente (pues se desconoce la reglamentación específica que existirá al respecto) a través de la regla del art. 351 CPP, que –de mantenerse– posibilitaría el aumento en dos grados, caso en el cual podría excederse del límite de 30 años, incluso tratándose de un tramo inferior, como el que oscila entre 12 a 15 años.

Artículo K. El precepto tiene por objeto solucionar *ex ante* el problema que podría verificarse en caso de días impares, en el contexto de alteraciones en grado o concreciones en mitades del marco penal: el día es indivisible en horas y siempre se computa en beneficio del condenado.

Artículo L. El precepto tiene como objetivo resaltar positivamente el deber de motivación judicial de las decisiones adoptadas en sede de determinación de la pena al tenor de las reglas y baremos previstos positivamente para ese efecto; deber de justificación que no sólo se refiere al *grado* de pena escogido, sino que también a la *cuantía* o *extensión concreta* de sanción impuesta: y que incluye tanto los supuestos en que una norma legal impone una determinada operación sobre el marco penal (supuestos imperativos de actuación) como aquellos en que la ley otorga facultades discrecionales para ello.