

DOCTRINA

Análisis crítico de la agravante de ensañamiento o aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución

*Critical analysis of the aggravating circumstances of cruelty or deliberately increasing
the evil of the crime by causing other unnecessary evils for its execution*

Gonzalo Agliati Vásquez 
y Angelo Rojas Adasme

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

RESUMEN Este artículo tiene por objeto estudiar la agravante de ensañamiento prevista en el artículo 12 número 4 del Código Penal chileno, consistente en «aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución», para lo cual se analizarán sus características esenciales, los elementos que la constituyen y las relaciones que median entre esta y otras circunstancias semejantes, proponiendo diversas soluciones e interpretaciones para aquellos aspectos que parezcan confusos o carentes de un tratamiento adecuado por la doctrina y la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE Ensañamiento, agravantes, circunstancias modificatorias, mal del delito, responsabilidad penal.

ABSTRACT This paper studies the aggravating circumstance of cruelty provided for in article 12 number 4 of the Chilean Criminal Law, consisting of “deliberately increasing the evil of the crime by causing other evils unnecessary for its execution”, for which purpose its essential characteristics, the elements that constitute it, and the relationships that mediate between this and other similar circumstances will be analyzed, proposing various solutions and interpretations for those aspects that seem confusing or lacking an adequate treatment by the doctrine and jurisprudence.

KEYWORDS Cruelty, aggravating circumstances, modifying circumstances, evil of the crime, criminal liability.

Introducción

Las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en tanto factores decisivos para la cuantificación de la pena aplicable en concreto,¹ corresponden a un tópico de la parte general que no ha concitado suficiente atención por parte de la doctrina nacional,² a pesar de su indiscutida relevancia y de que suele contarse entre los contenidos previstos en las reformas legislativas más recientes.³

Esto último adquiere particular validez en lo concerniente a las circunstancias agravantes «genéricas y de efectos comunes»⁴ incluidas en el catálogo del artículo 12 del Código Penal, cuya extensión ha experimentado un paulatino incremento durante las últimas décadas, llegando actualmente —o, más precisamente, una vez que transcurra el periodo de vacancia de la Ley 21.659— a estar integrado por veinticinco hipótesis de exasperación penológica. Entre las que se cuentan desde la versión original del texto punitivo destaca la del número 4 del artículo 12, consistente en «aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución».

Sin perjuicio de la sostenida vigencia del ensañamiento —como se ha denominado a esta agravante por la doctrina y la jurisprudencia—, el estado actual del desarrollo hermenéutico en torno al tema da cuenta, además de ciertas conclusiones

1. Enfatizando en la «función polivalente como factores de determinación de la pena» —esto es, con incidencia en las fases de determinación legal y de conmensuración judicial del castigo— atribuible a las circunstancias modificatorias (Mañalich, 2010: 228).

2. Con el objeto de evitar una farragosa enumeración de las piezas dogmáticas que dan cuenta de esta afirmación —varias de las cuales aparecerán en el listado bibliográfico con que cierra este estudio—, sirva como ejemplo suficiente a este respecto la constatación de que, en la actualidad, el único trabajo sistemático dedicado a esta materia es la obra colectiva *Circunstancias atenuantes y agravantes genéricas en el Código Penal chileno* (González, 2024).

3. El «protagonismo» de las circunstancias modificatorias en las iniciativas legislativas en materia penal, puede corroborarse mediante la revisión de las enmiendas que durante este año han sido introducidas al Código Penal. De las cuatro que se cuentan a la fecha de esta investigación, Leyes 21.646, 21.659, 21.675 y 21.694; las últimas tres prevén reformas a los artículos 11 y 12 de dicho cuerpo normativo o a otras disposiciones que regulan los efectos precisos de estas circunstancias.

4. Que esta caracterización de las agravantes —propuesta en función de algunas de las categorías que la doctrina suele identificar, respectivamente, a propósito del ámbito de aplicación y de la intensidad de los efectos de las circunstancias modificatorias— sea predicable respecto de las contenidas en el artículo 12 del Código Penal, resulta bastante cuestionable, toda vez que algunas de ellas solo son aplicables a ciertas categorías delictivas (por ejemplo, las de los números 1, 2 y 5, limitadas a los «delitos contra las personas») o no quedan ceñidas a las reglas de aplicación y ponderación contenidas entre los artículos 65 a 68 del Código Penal (como ocurre con la mayoría de las hipótesis de reincidencia de los números 14, 15 y 16 desde la entrada en vigencia de la Ley 21.694 de 4 de septiembre de 2024). No obstante, hemos preferido insistir en el uso de esta caracterización de las circunstancias en comentario, atendiendo a su vigencia general y al consenso subsistente en torno a sus virtudes sistemáticas y explicativas.

bastante extendidas, de una serie de aspectos poco examinados, así como desavenencias y confusiones surgidas a propósito de los términos empleados por el legislador al consagrarlo y de su relación con otras figuras afines o vinculables con este. Aun cuando algunos de estos asuntos derivan de los rasgos predicables de la regulación de las agravantes en su conjunto, es pertinente estudiarlos y, en lo posible, solucionarlos desde la perspectiva de la circunstancia precitada, ya que inciden en las dificultades existentes para arribar a su correcta aplicación e interpretación.

Esta investigación pretende contribuir a la superación de dichas dificultades y falencias en el estudio del artículo 12 número 4 del Código Penal, para lo cual se examinarán y analizarán sus aspectos esenciales y otras cuestiones asociadas con la fisonomía de esta agravante. Así, en primer lugar, llevaremos a cabo una revisión general de la historia legislativa, los fundamentos de consagración y las características básicas del ensañamiento, incluyendo referencias a particularidades relevantes de la regulación sistemática de las agravantes en el Código Penal chileno y del debate académico alrededor de esta. En segundo lugar, analizaremos de manera pormenorizada cada uno de los elementos constitutivos del ensañamiento como agravante. Por último, antes de la exposición de las conclusiones con que finaliza esta investigación, abordaremos el vínculo que media entre la circunstancia modificatoria que comentamos y la «calificante análoga» prevista para el homicidio en el artículo 391, número 1 del Código Penal, enfatizando en sus dimensiones más problemáticas en sede doctrinal y jurisprudencial.

Ofrecemos este breve estudio como una muestra de afecto y reconocimiento a la inestimable trayectoria académica y profesional de don Alfredo Etcheberry Orthusteguy (1931-2023), a cuya memoria está dedicado el número de esta revista. Entre la multiplicidad —casi inabarcable— de materias que ocuparon sus reflexiones dedicadas a la teoría y la práctica del derecho penal se encuentran las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y, en general, las reglas y parámetros previstos en el esquema de cuantificación de las penas, por lo que las disquisiciones siguientes bien podrían considerarse como un episodio más en la senda dogmática trazada por nuestro homenajeado.

Cuestiones preliminares: Historia legislativa, fundamentos y características básicas de la agravante de ensañamiento

Según consta en buena parte de las indagaciones dedicadas a esta temática (Garrido, 2005: 205-206 y Künsemüller, 2002: 187), la Comisión Redactora de 1870 confeccionó el artículo 12 del Código Penal chileno teniendo a la vista el artículo 10 de su homólogo español de 1848. De acuerdo con lo consignado en las actas de la sesión número 9, celebrada el 21 de mayo de 1870 (Comisión Redactora del Código Penal chileno, 1873: 15-17), la mayoría de las circunstancias que componen la nómina de agravantes

fueron reproducidas en los mismos términos con que figuraban en el Código ibérico, sin que ello mereciese mayor controversia entre los comisionados. Tal es el caso del ensañamiento, cuya redacción —que permanece inalterada a la actualidad— es una réplica exacta de la agravante que figuraba en el número 5 del Código de 1848 (Fuensalida, 1883: 99).⁵

La decisión de técnica legislativa adoptada para el catálogo nacional de agravantes conlleva que varios de los cuestionamientos que se pueden formular al texto punitivo hispánico en esta materia se hagan extensivos a la regulación chilena. En este sentido, las principales falencias que los autores suelen imputarle a la nómina de agravantes del artículo 12 consisten en el uso de expresiones genéricas o indeterminadas, la falta de uniformidad y coherencia interna entre las diversas circunstancias que lo componen y, en suma, el contar con un «carácter excesivamente casuista, desprolijo y reiterativo, que da lugar a una serie de situaciones inconexas y confusas» (Agliati, 2016: 611, siguiendo a Cury, 2011: 497-498; Garrido, 2005: 205; Künsemüller, 2002: 187 y Rodríguez, 2024: 201). Como quedará de manifiesto en el siguiente apartado, algunas de dichas deficiencias han permeado el estatuto normativo del ensañamiento, lo que, en última instancia, redundará en la necesidad de extremar los esfuerzos hermenéuticos sobre las exigencias que lo integran.

De momento, solo haremos presente que, a diferencia de lo que ocurre con otras de las circunstancias que lo preceden o suceden en el mismo listado,⁶ el legislador optó por no asignarle una denominación predeterminada. Si bien esto podría estimarse como algo carente de importancia práctica, es preciso disuadir cualquier conclusión en este sentido, pues la opinión unánime acerca del uso de la voz «ensañamiento» a este respecto —brevemente referida en los pasajes introductorios de este trabajo— descansa en el vínculo indisoluble establecido entre esta agravante y la cuarta hipótesis calificante del homicidio contenida en el artículo 391 número 1 del Código Penal, para la cual sí está previsto expresamente dicho nombre (Cury, 2011: 529; Künsemüller, 2021: 93; Labatut, 1990: 223; Novoa, 2021: 49 y Ortiz y Arévalo, 2013: 421).⁷

5. Actualmente, dicha agravante se encuentra contenida en el artículo 22, número 5 del Código Penal hispano, cuyo texto reza: «Son circunstancias agravantes: 5.^a Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a esta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito».

6. A modo ejemplar, se encuentran las agravantes enlistadas en los números 1, 5 y 7 del artículo 12 del Código Penal, las que aparecen nominadas de forma expresa como alevosía, premeditación conocida y abuso de confianza, respectivamente.

7. Resulta destacable que nuestro homenajeado no adhiera a la proyección del *nomen iuris* de la calificante, sino que, al referirse a la agravante, prefiere la reproducción del texto del artículo 12, número 4 del Código Penal. Si bien no expone las razones que asisten a esta decisión metodológica, no es descartable que haya obedecido al afán de evitar las consecuencias indeseables de la confusión referida en lo principal de este texto, especialmente en cuanto resume el vínculo entre ambas figuras valiéndose del

A pesar de que lo relativo a la distinción entre ambas circunstancias será abordada con posterioridad en esta publicación, conviene advertir que la asimilación de los dos supuestos de ensañamiento trasciende la mera pretensión de sistematicidad nominal, derivando en una infundada consunción de la agravante en la calificante, limitando injustificadamente la relevancia de la primera a los casos en que concurre en el marco de un homicidio.

En lo tocante al fundamento de consagración de la agravante en análisis, la posición más extendida entre los comentaristas lo reconduce a un aumento en el injusto delictivo, el que, en palabras de Pacheco, puede conceptualizarse como un «puro lujo de males», que viene dado por la causación de aquellos que aparecen como innecesarios para la ejecución del ilícito respectivo. A juicio del autor citado, esta situación es demostrativa de «más perversidad por parte del delincuente, más daño causado al ofendido, más alarma para la sociedad entera, que si se hubiese realizado pura y simplemente el delito, sin esa exuberancia de males» (Pacheco, 1848: 237; en sentido análogo, Etcheberry, 2010: 44; Mañalich, 2015: 228-232; Matus y Ramírez, 2024: 193; Novoa, 2021: 50 y Ortiz y Arévalo, 2013: 423).

A modo de complemento, resulta muy atingente la prevención enunciada por Cury (2011: 530-531), para quien, por fundarse esta agravante «en un aumento del injusto determinado por la agregación de los “males” superfluos, los cuales implican un daño mayor y un atentado accesorio contra los sentimientos de piedad imperantes en el grupo social», no sería adecuado explicar la pertinencia de su reconocimiento mediante la identificación de un aumento de la culpabilidad del agente, toda vez que, si bien «naturalmente, de ello deriva también una reprochabilidad más acentuada [...] esta es una consecuencia y no la base sobre la que descansa primordialmente la agravación».⁸

Pese a que adherimos plenamente a lo manifestado por los comentaristas mencionados, estimamos que la fundamentación señalada requiere adoptarse con cautela, pues no debe confundirse esta con el hecho de que, para la aplicación de la agravante, será suficiente que se acredite la mera causación de afecciones o daños innecesarios. Como será desarrollado en el siguiente acápite, la propia estructura del artículo 12 número 4, también impone, a lo menos, la necesidad de que dicha situación sea atribuible a la actuación deliberada del hechor, como despliegue de una suerte de crueldad especialmente manifestada (Labatut, 1990: 223).

siguiente pasaje: «Cuando esta circunstancia [la agravante] se refiere a los delitos contra las personas, la ley la llama ensañamiento» (Etcheberry, 2010: 44).

8. Sin perjuicio de la valoración positiva de la posición asumida por este autor, cabe hacer presente que, en cierto sentido, parece consentir en la extensión desmedida que Pacheco atribuye a los «males innecesarios» en el ensañamiento —proyectándolos incluso a la conmoción social que indeterminadamente pudiese ocasionar el delito—, lo que será criticado en la siguiente sección de este trabajo.

Continuando con la caracterización y delimitación del ámbito de procedencia del ensañamiento, corresponde examinar la forma en que puede clasificárselo, para lo que estimamos más adecuado recurrir al aparato taxonómico reconstruido por Rodríguez Collao (2011: 410-412), de acuerdo con el cual la categorización de las circunstancias modificatorias depende de sus efectos (atenuantes, agravantes o mixtas), su aplicabilidad (generales o específicas), la intensidad de sus efectos (comunes o especiales), su eventual comunicabilidad (personales o materiales) y el momento en que se verifican (antecedentes, concomitantes o consiguientes).⁹ Por parecer superfluo a estas alturas, prescindiremos de cualquier alusión específica a lo concerniente al primer criterio, mientras que el que atiende a la comunicabilidad o incomunicabilidad quedará reservado para el final de este apartado por estimarse necesario efectuar precisiones que alcanzan a las aproximaciones más tradicionales al artículo 64 del Código Penal.

Desde la perspectiva de la segunda y tercera categoría enunciadas, el ensañamiento es una agravante general y de efectos comunes, pues «no aparece de manifiesto en el texto de la ley alguna exigencia especial respecto de los delitos respecto [sic] de los cuales procede, razón por la cual [...] se trata de una circunstancia compatible con cualquier delito en el que pueda concebirse un incremento del mal por medio de otros innecesarios» (Ortiz y Arévalo, 2013: 423; con alusión expresa al punto, Künsemüller, 2002: 194).¹⁰ A su vez, la extensión de sus efectos viene supeditada a las reglas contempladas en los artículos 65 a 68 del Código Penal, al igual que los de la mayoría de las agravantes contenidas en el artículo 12 del mismo cuerpo normativo, a las que no les han sido asignadas consecuencias más intensas por la ley.

Lo constatado sobre la aplicabilidad del ensañamiento obliga a desestimar las propuestas que, seguramente con el fin de contribuir a una interpretación restrictiva de esta clase de figuras, pretenden circunscribir sus efectos a los delitos contra las personas. Entre los autores que adhieren a esta posición se encuentra Mañalich, quien sostiene que existen razones sintácticas y sistemáticas que abonan la posibilidad de limitar en el sentido antedicho las agravantes contenidas en los números 1 al 5 del artículo 12 del Código Penal. En lo que atañe al número 4, afirma que:

9. En los párrafos dedicados a esta materia, salvo que se indique lo contrario, deberá ceñirse a lo sostenido por este autor en la sección individualizada de la obra referida.

10. Este rasgo de la circunstancia en comentario no debe relativizarse por el hecho de que comúnmente se restrinja su estudio a los delitos contra las personas, lo que, en buena medida, obedece a la confusión antes aludida entre la agravante y la «calificante análoga». En concordancia con lo afirmado en el texto principal, la aplicabilidad del ensañamiento solo puede restringirse en virtud de «alguna causal de incompatibilidad, regida también por normas generales» (Rodríguez Collao, 2011: 411). Se profundizará brevemente en torno a este debate, con especial atención a la fisonomía de la agravante en análisis, en los párrafos siguientes.

A pesar de no exhibir restricción alguna en atención al solo tenor de la disposición, también tendría que ser entendido como circunscrito a ese mismo ámbito delictivo [título 8 del libro segundo del Código Penal], tanto en razón de su posición relativa al interior del catálogo del artículo 12 como en consideración de la naturaleza de la agravante en cuestión (Mañalich, 2015: 228-229).¹¹

Más allá de que este razonamiento sea atendible respecto de otras de las mentadas agravantes —por ejemplo, en lo tocante al sentido que cabe atribuirle al uso de la voz «cometerlo» como expresión referencial en el artículo 12 número 2 del Código Penal (Agliati, 2016: 625-627 y Rodríguez Collao, 2013: 357-358)—, a propósito del ensañamiento no parece pertinente, en tanto no cabe apreciar la consistencia terminológica pretendida por el autor citado (a diferencia de la mayoría de las circunstancias que lo antecedan, no prevé menciones directas o indirectas a los delitos contra las personas) y tampoco evidencia una supuesta incompatibilidad ontológica con ilícitos que excedan el título 8 del libro segundo del Código Penal, toda vez que, por su propia naturaleza, cualquier delito comporta la producción de un «mal» que admite una mayor o menor extensión según sea el caso.¹²

En lo que atañe «al momento en que ocurre el hecho o situación que sirve de base a las circunstancias» (Rodríguez Collao, 2011: 411), el aumento deliberado del mal del delito suscita discrepancias entre los autores. Así, mientras no existe discusión en estimarlo como una circunstancia concomitante —puesto que su presencia durante el despliegue de la conducta delictiva es una posibilidad naturalmente inherente al hecho de que aparezca descrita como la producción de «otros males innecesarios para su *ejecución*»—, no hay consenso en relación con las actuaciones anteriores y posteriores a la comisión del delito.

Por un lado, que el hecho que configura el ensañamiento sea anterior al ilícito al que accede, al margen de que pudiese mostrarse como contraintuitivo, ha sido estimado compatible con el sentido de la norma por ciertos sectores de la doctrina y la jurisprudencia (Matus y Ramírez, 2024: 193). Por otro lado, incluso hallándose opiniones que consienten en ello (Garrido, 2005: 249; Matus y Ramírez, 2024: 193; Politoff y otros, 2001: 126-127), la postura más asentada entre nuestros tribunales de

11. Como apoyo a la tesis esbozada a propósito de las primeras cinco agravantes contenidas en el artículo 12 del Código Penal, el autor citado invoca lo afirmado por Enrique Cury (2011: 472) en la sección respectiva de su tratado dedicado a la parte general del derecho penal chileno. No obstante, es preciso advertir que Cury, al momento de ilustrar la existencia de agravantes específicas entre las contenidas en la norma citada, solo menciona a aquellas previstas en el artículo 12, números 1 y 5, las cuales contienen expresamente una limitación de sus efectos a los delitos contra las personas.

12. En buena medida, el segundo argumento formulado como sustento de esta posición limitativa descansa en la confusión indeseable entre el ensañamiento como agravante y como calificante, a la que ya han sido hechas múltiples referencias en este artículo.

justicia tiende a descartar la aplicabilidad de esta agravante cuando venga dada por actuaciones subsiguientes al delito.¹³

Lo anterior queda de manifiesto en la sentencia de la Corte Suprema dictada el 17 de octubre de 2012, en causa rol 5833-2012 (citada por Matus y Ramírez, 2024: 193).¹⁴ De la argumentación vertida en los considerandos undécimo y duodécimo del fallo, se desprende que el Supremo Tribunal entiende que la expresión «otros males innecesarios para su ejecución» supone una especie de límite normativo-temporal que restringe la aplicabilidad de la agravante a las actuaciones perpetradas en razón (y, por ende, en el contexto) de la realización de la hipótesis típica. En consecuencia, a juicio de los sentenciadores, los males constitutivos del ensañamiento solo podrían verificarse antes o durante la consumación de delito, agotándose esta posibilidad en momentos posteriores a aquella.

Nuestro parecer diverge de esta interpretación, en tanto estimamos que las expresiones utilizadas en el artículo 12 número 4 del Código Penal no deben entenderse como denotativas de un afán de limitación cronológica, sino que pretenden destacar cuan innecesarios son los males irrogados en relación con la ejecución del delito; afianzando con ello la concepción tradicional del ensañamiento como un actuar excesivo frente a aquel que se reputa inherente al núcleo del tipo de que se trate o a cuestiones directamente vinculadas con este.

Habiéndose tratado los aspectos remitidos a los párrafos anteriores, corresponde hacerse cargo de lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal, identificado en ocasiones como continente de «la única clasificación de las circunstancias agravantes con importancia práctica» (Cury, 2011: 499; Etcheberry, 2010: 28). La norma citada distingue entre las circunstancias que consisten en «la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra *causa personal*» o en «la *ejecución material* del hecho o en los medios empleados para realizarlo», señalando que las primeras solo producirán efectos en la pena aplicable a los «autores, cómplices o encubridores en quienes concurran», mientras que las segundas alcanzarán a todos los intervinientes delictivos «que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito».

Aun cuando los términos a que recurre el legislador —evidenciando una claridad meridiana muy infrecuente en estos asuntos— permiten catalogar las circunstancias

13. Aun cuando no lo afirmen de manera expresa, parecen adscribir a este postulado, por exigir que los males innecesarios deben ser de aquellos de los que la víctima podía percatarse (Bullemore y MacKinnon, 2022: 329; Cury, 2011: 530).

14. A pesar de la postura discrepante asumida por estos autores, incluyen una referencia al fallo comentado para afirmar que «con todo, pese a lo ilustrativo del ejemplo [consentir en la concurrencia de la agravante a propósito de actos de profanación o mutilación de un cadáver], se debe considerar que, para nuestra jurisprudencia, esta circunstancia no opera respecto de males posteriores a la ejecución del delito, como los actos sobre el cadáver para su ocultamiento».

modificadorias en «personales» y «materiales», la doctrina chilena suele distanciarse de la nomenclatura legal, reemplazándola por el binomio circunstancias «subjetivas» y «objetivas» (Bullemore y MacKinnon, 2022: 314 y Labatut, 2000: 219).

No admite relegarse esta discrepancia terminológica a una simple decisión expositiva, ya que entraña una profunda confusión que impacta en el desarrollo teórico y práctico en este ámbito. Esta aseveración descansa, primordialmente, en el sentido habitual con que se emplean las voces «subjetivo» y «objetivo» en el estudio de la teoría del delito, de acuerdo con el cual estas son usadas «en referencia a elementos que transcurren en el mundo exterior o en la mente de una persona, respectivamente» (Rodríguez, 2011: 413; en concordancia, Agliati, 2024: 379).¹⁵ En este orden de ideas, una revisión superficial —pero cuidadosa— de las circunstancias modificadorias en general bastará para constatar que todas ellas están integradas, en mayor o menor medida, por elementos de ambas índoles, por lo que cualquier agrupación pretendida desde este enfoque será impracticable o, en el mejor de los casos, carente de cualquier utilidad (comparten esta tesis, Rodríguez, 2011: 314 y, citando al primero, Agliati, 2016: 626-629 y Pinto, 2024: 545-546. En la doctrina extranjera, entre otros, Baigún, 1970: 13-23 y Mir, 2016: 632 y 648-649).

Asimismo, no es dable propugnar por una diferenciación entre las díadas «objetivo-subjetivo» y «material-personal» que, al mismo tiempo, pretenda asimilarlas mediante la supuesta correspondencia «objetivo-material» y «subjetivo-personal» (entre otros, aunque sin que parezca evidente que admiten la prevención inicial, Garrido, 2005: 206-207; Künsemüller, 2002: 187; Politoff y otros, 2008: 505 y van Weezel, 2023: 561-562; recurren al binomio «objetivas» y «personales», Del Villar, 1985: 240 y Novoa, 2021: 13), toda vez que los motivos que asistirían a esta opción son insostenibles en términos absolutos. Esto es lo que se desprende, por ejemplo, de las circunstancias de irreprochable conducta anterior (artículo 11 número 6 del Código Penal), reincidencia (artículo 12 números 14, 15 y 16 del Código Penal) y parentesco (artículo 13 del Código Penal), las cuales, siendo objetivas —en cuanto vienen dadas por relaciones interpersonales y antecedentes fácticos que no dependen de la interioridad del sujeto del cual son predicables—, presentan un carácter indiscutiblemente personal (Agliati, 2024: 379-380 y Rodríguez Collao, 2011: 413-414).

Por todo lo expuesto, solo queda concluir la necesidad de abandonar las impropiedades advertidas sobre este tema en el tráfico dogmático-jurídico —al igual que los vanos intentos de resignificar las voces «objetivo» y «subjetivo» en el marco de las

15. En el caso de este último autor, los vocablos revisados aparecen definidos, en el mismo orden en que están dispuestos en lo principal, como «aquellos aspectos que circundan al individuo, los cuales suelen ser de índole física y reputarse como perceptibles o constatables sensorialmente» y «aquello que ocurre en el fuero interno o la psiquis del sujeto activo».

circunstancias modificatorias (entre otros, Cury, 2011: 499-500)—,¹⁶ reafirmando la corrección en el recurrir a las nociones de «personal» y «material» en el contexto de lo regulado en el artículo 64 del Código Penal.¹⁷

En lo tocante al ensañamiento, no existe uniformidad en la doctrina al momento de calificarlo como «material» (Bullemore y MacKinnon, 2022: 328 y Cury, 2011: 500) o «personal» (Künsemüller, 2002: 194; Matus y Ramírez, 2024: 194 y Mera, 2011: 319), llegando a plantearse la posibilidad de explorar su incorporación a una tercera categoría de circunstancias mixtas, las que «si bien se manifiestan en la forma de ejecución del delito o en los medios empleados, suponen también una particular disposición de ánimo por parte del delincuente» (Etcheberry, 2010: 43; Garrido, 2005: 243; Ortiz y Arévalo, 2013: 418 y 421; y Navas, 2024: 461).

Frente al estado actual de este debate en la dogmática nacional, consideramos que, al margen de los méritos explicativos o sistematizadores que sean imputables a la tercera de las posturas descritas, esta contraviene el texto y espíritu del artículo 64 del Código Penal, precepto claramente establecido a la base de una distinción binaria o dicotómica. Así, sin perjuicio de lo pertinente que resulta atribuir al ensañamiento rasgos compatibles con ambas categorías, la discusión debe reducirse a encuadrarlo en las circunstancias personales o materiales.

A propósito de estas últimas, son apreciables ciertas incompatibilidades con la agravante en comentario, en vista de que, como sugiere Mera (2011: 319), «causar los referidos males innecesarios para la ejecución del delito, constituye un hecho que, por definición, no consiste, por cierto, en su ejecución material, como tampoco representa los medios empleados para realizarlo». De esta manera, la agravante del artículo 12 número 4 del Código Penal, debe reputarse como una de carácter —al menos eminentemente— personal y, por ende, incommunicable a los intervinientes delictivos en quienes no concurra. Esta conclusión no solo es congruente con lo expuesto con anterioridad, sino que permite compatibilizar el carácter deliberado del ensañamiento con los términos contenidos en el artículo 64 del Código Penal, en tanto cabe reconducirlo a la «disposición moral del delincuente» (Matus y Ramírez, 2024: 194 y Mera, 2011: 319) o, en cualquier caso, al supuesto genérico que alude a «otra causa personal».¹⁸

16. La postura adoptada por este autor parece especialmente cuestionable, ya que en la sección citada de su obra recoge reflexiones muy semejantes a las de este trabajo en torno a la concurrencia simultánea de elementos objetivos y subjetivos en la fisonomía de las circunstancias modificatorias del Código Penal chileno.

17. Emplean la taxonomía adecuada, entre otros, Etcheberry (2010: 28); Ortiz y Arévalo (2013: 392-393) y Vargas (2014: 59). Con todo, la última autora citada incluye una categoría especial para las agravantes «mixtas», en los términos que dicha especie es descrita en lo sucesivo de este artículo.

18. No obstante los reparos que le fueron opuestos, los autores que adscriben a la posibilidad de identificar «circunstancias mixtas» a partir del artículo 64 suelen arribar a razonamientos similares al ofrecido sobre este asunto.

Finalizado el examen de las temáticas anunciadas para este acápite, corresponde abocarse al análisis de los aspectos que conforman al ensañamiento como agravante, de acuerdo con el esquema propuesto en la siguiente sección de este estudio.

Sobre la fisonomía de la agravante de ensañamiento: Revisión crítica de sus elementos constitutivos

Aun cuando ya ha sido transcrito en otras secciones, con el objeto de facilitar la apreciación y verificación de las aseveraciones que se ofrecen en este párrafo, creemos conveniente reproducir el texto del artículo 12 número 4 del Código Penal, que a la fecha dispone que «son circunstancias agravantes: 4. Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución».

Basándose en dicha norma, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia coincide en separar el contenido de esta agravante en función de los dos elementos o requisitos copulativos que la integran, cada uno perteneciente a una naturaleza distinta. El primero, de índole objetiva, consiste en el aumento del mal del delito provocado mediante la causación de otros males innecesarios para la comisión del delito; y el segundo, de carácter subjetivo, viene dado por la necesidad de que dicha situación se produzca por la actuación deliberada del agente (Bullemore y MacKinnon, 2022: 329; Cury, 2011: 530-531; Etcheberry, 2010: 44; Garrido, 2005: 248; Künsemüller, 2002: 194; Labatut, 1990: 223; Matus y Ramírez, 2024: 194; Novoa, 2021: 50; y Vargas, 2010: 170).

Como método para asegurar una correcta distribución de las consideraciones que formularemos para el tratamiento de cada uno de dichos elementos, estos obrarán por separado en lo subsiguiente, disponiéndose sus respectivos contenidos de conformidad con la secuencia en que recién fueron enunciados.

Elemento objetivo: Causar otros males innecesarios para la ejecución del delito

El primer componente del ensañamiento dice relación con un aumento del mal del delito como consecuencia de la producción de otros males innecesarios para su ejecución. A pesar de que desempeña una función estructural para esta figura, cabe hacer presente que la noción de «mal» no cuenta con una definición legal u «oficial», por lo que corresponde a un concepto jurídicamente indeterminado. Al mismo tiempo, es menester advertir sobre la corrección de acudir al alcance natural atribuible en el plano extrajurídico a aquella locución. En este caso, por resultar demasiado equívoca e introducir variables eminentemente morales, esta alternativa deviene improcedente de manera categórica. El panorama descrito hasta este punto es demostrativo de la oscuridad en torno al sentido de esta agravante y de la incidencia atribuible en esto

a la deficiente técnica legislativa que, como fue apuntado al comienzo del artículo, caracteriza a este sector del ordenamiento penal chileno.

Como primera herramienta para superar esta situación, nos parece adecuado sostener que el concepto de «mal» en este contexto es equivalente a una referencia genérica alusiva al desvalor inherente a cualquier hecho delictivo que pretenda respetar las exigencias que, entre otros, imponen los principios de tipicidad y lesividad. En este orden de ideas, dentro del campo semántico de este término, quedarían comprendidos la afectación del bien jurídico transgredido por el ilícito y otras consecuencias perjudiciales que, con cierto grado de determinación y de forma directa, puedan atribuirse a la comisión de este.

No obstante, incluso de aceptarse irrestrictamente la breve aproximación propuesta, es menester complementarla con precisiones adicionales que permitan una delimitación concluyente del contenido objetivo de la agravante. Para empezar, conviene acudir a una distinción que fluye del propio texto de la ley, en virtud de la cual es dable separar los males necesarios e innecesarios para la ejecución del delito en el que concurren. Solo los segundos, es decir, los que aparecen como superfluos desde la perspectiva de la comisión delictiva típica, componen la hipótesis fáctica aludida en la norma analizada.

Estas prevenciones ya eran incontrastables para los primeros comentaristas del código punitivo nacional, como lo demuestra Fuensalida (1883: 99) al afirmar que «la ley considera los daños necesarios para la comisión de un delito al imponer sus penas comunes; pero los innecesarios y deliberados envuelven una culpa especial que no pueden haberse considerado en aquellas [...] el mal necesario constituye la culpabilidad elemental y el fortuito no puede ser penado».

La contravención de lo sugerido por el autor citado —esto es, la indistinción entre las dos clases de males del delito antedichas— redundaría en una transgresión evidente de la prohibición de doble valoración en perjuicio, derivada de la eventual imputación del mal necesario como condición de aplicación de la agravante de ensañamiento. Así, complementando lo señalado, es correcto plantear que «cada tipo delictivo lleva consigo, al ser ejecutado, una cierta cantidad de mal que es propia de su especie; ese daño, por grande que sea, nunca será bastante para que llegue a surgir la agravante» (Novoa, 2021: 50).

En la última frase del fragmento citado de la obra de Fuensalida, el autor reivindica la diferenciación entre los males constitutivos de ensañamiento y aquellos de naturaleza fortuita, los que, en este último caso, «no puede[n] ser penado[s]». El hecho de que este no sea subsumible en el mal del delito no condiciona lo acertada que resulta su mención a estos efectos. De acuerdo con el estado actual de la legislación penal chilena, las consecuencias fortuitas que impliquen un menoscabo en las condiciones de existencia de otro sujeto, en general, no pueden ser objeto de la reacción punitiva estatal, sea porque deben reconducirse a la eximente de responsabilidad contenida

en el artículo 10 número 8 del Código Penal o, en caso de que provengan de una actuación ilícita, queden sometidos a la concepción restrictiva del principio *versari in re illicita*.¹⁹

De lo razonado, queda de manifiesto la necesidad de delimitar en qué consisten los males innecesarios, más allá de conformarse con describirlos —en sentido negativo— como todos aquellos que no son esenciales para la ejecución del delito. Sobre este punto, la doctrina y la jurisprudencia ofrecen múltiples aproximaciones y prevenciones.

Una primera cuestión relevante se desprende de los criterios postulados por Cury para efectuar el «juicio sobre la innecesiedad de los males» atribuibles al delito (Mera, 2011: 318). Por una parte, la superfluidad del agravio «debe ser enjuiciada en forma objetiva y no con arreglo a los propósitos del agente», por lo que, siguiendo el ejemplo ofrecido por el jurista citado, serían innecesarios los tormentos infligidos por el sujeto que con ello perseguía satisfacer finalidades vengativas personales.²⁰ Por otra parte, sin que ello contradiga lo ya reseñado, la apreciación de la naturaleza del mal delictivo debe ser hecha «en concreto, teniendo en consideración las características del hecho, tal como se las representaba *ex ante*, el autor» (Cury, 2011: 530; Mera, 2011: 318; Ortiz y Arévalo, 2013: 421-422).

Sin perjuicio del notorio mérito y corrección de la propuesta de Cury, esta solo identifica la perspectiva cuya asunción parece exigible para el tribunal que evalúa la concurrencia de la agravante, sin embargo, no contribuye a la determinación particular de la naturaleza y contenido de los males que puedan catalogarse de innecesarios o superfluos. Por ello, es menester examinar si lo que decide el carácter necesario o innecesario de un mal delictivo se circunscribe a la presencia o ausencia de identidad lógica y normativa entre este y la ejecución típica del delito. En otras palabras, cabe preguntarse si, desde el punto de vista de la tipicidad, basta que el mal no se identifique con el verbo rector u otros componentes esenciales del respectivo supuesto típico para tenerlo como innecesario.

La ingente amplitud de males que —en principio— cabe vislumbrar, justifica que se planteen dos posibles interpretaciones sobre esta materia. Una, que podemos denominar «extensiva», sostiene que mal innecesario puede ser cualquiera que, sin formar parte de aquellos típicamente considerados, derive directamente de la comisión del delito (Garrido, 2005: 248; Matus y Ramírez, 2024: 193, y Navas, 2024: 461). En oposición diametral con esta exégesis surge otra alternativa, de índole «limitada» o

19. Por no corresponder al objeto de este trabajo, basta con afirmar que la dudosa admisibilidad de este principio en nuestro sistema depende de la correcta interpretación de los artículos 10, número 8, 71 y 490 del Código Penal, lo que limita considerablemente sus eventuales efectos.

20. Situaciones como la aquí descrita serán retomadas sucintamente al tratar el elemento subjetivo de la agravante en estudio.

«restrictiva», que subsume la procedencia del componente objetivo del ensañamiento a los males que, a pesar de condecirse con el núcleo sustantivo del delito cometido, lo exceden en cuantía o intensidad, tornándose innecesarios para la consumación del ilícito o para conseguir la finalidad pretendida por el sujeto activo (Bullemore y MacKinnon, 2022: 329; Etcheberry, 2010: 44; Künsemüller, 2021: 94 y Novoa, 2021: 50).

Estas disquisiciones no han quedado relegadas a la discusión doctrinal, sino que han sido recogidas, desde el siglo pasado, en múltiples pronunciamientos de nuestros tribunales con competencia penal. Uno de los que inaugura este tópico corresponde a la sentencia que Etcheberry (2005: 430-431) individualiza como aquella dictada en 1963 «contra Juan Rodríguez Barahona», en la que parece adoptarse la tesis extensiva al resolver que «debe concluirse que la agravante existe en dos casos: 1) Cuando se aumenta deliberadamente el mal del delito, ocasionando otros males innecesarios para su ejecución, y 2) Cuando se aumenta deliberadamente el dolor del ofendido por exageración de los medios y de su aplicación».

La aceptación de esta postura hermenéutica por sentenciadores de fondo, sin tratarse de un fenómeno generalizado, subsiste hasta épocas más recientes que la del fallo anterior. Esto queda de manifiesto en la resolución del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta emitida en causa rol 132-2005 (20 de septiembre de 2005), en donde se determinó como mal innecesario para la comisión de un robo con violencia las amenazas y golpes proferidos «cuando ya habían coaccionado plenamente las víctimas» y «cuando lo tenían [al ofendido] completamente reducido [...], incluso ya herido y sangrando» (citada por Cerda y Hermosilla, 2008: 97-98).²¹

No obstante, la Corte Suprema paulatinamente ha matizado la extensión sugerida para el ensañamiento, modificando sustancialmente la interpretación de la noción de «males innecesarios». La consolidación de esta tendencia puede apreciarse en la sentencia de reemplazo dictada por el Supremo Tribunal en la causa rol 5833-2012 (17 de octubre de 2012). En dicha ocasión, los hechos asentados por el tribunal de grado daban cuenta de un caso en que los autores, luego de provocarle un traumatismo encéfalo-craneano de carácter mortal a la víctima, procedieron a prenderle fuego a su cadáver, con la finalidad de deshacerse de aquel y ocultar las señales del homicidio. Con posterioridad, los restos fueron inhumados de manera ilegal en dos lugares diversos.

El tribunal *a quo*, haciendo propia la tesis amplia, afirmó que el intento de incineración del cuerpo configuraba la agravante de ensañamiento:

21. En consonancia con lo expuesto con anterioridad en este trabajo, a propósito del fundamento de esta agravante, el fallo señalado agrega que la actuación descrita «constituye un plus de actividad que acrecienta la iniquidad propia del delito cometido, lo que redundará en un mayor disvalor de su acción».

A propósito del delito de homicidio, pues subjetivamente está íntimamente relacionado con él, pues solo resulta explicable como un modo de aseguramiento de la impunidad de dicho ilícito y no de otro, de manera tal que el mal causado, aunque innecesario para el fin propio del delito, es decir la muerte de un ser humano, resultó complementario de este [sic], agregándole entonces la malignidad que se requiere para hacer procedente esta agravante.

Añade a lo anterior que «no cabía menos que considerarlo así, pues, de lo contrario, no habría existido sanción alguna atribuible a ese mayor injusto, pues se encontraría en una intermedia entre la comisión de dos delitos independientes, como son el homicidio y la inhumación ilegal, lo que parece racionalmente intolerable» (Corte Suprema, sentencia rol 5833-2012, de 17 de octubre de 2012).

Frente a dicho razonamiento, acogiendo el recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia definitiva por la defensa de los condenados, la Corte Suprema suscribió los fundamentos de la posición restrictiva, sosteniendo que, en el caso del homicidio, el mal del delito solo comprende la muerte de la víctima, por lo que no es susceptible de ninguna clase de aumento. Así, en el caso de marras, los comportamientos desplegados con posterioridad a la pérdida de la vida de la víctima no serían compatibles con la agravante de ensañamiento (Corte Suprema, sentencia rol 5833-2012, de 17 de octubre de 2012).²²

A nuestro juicio, habida cuenta de la subsistencia de este debate, estimamos que no existen razones textuales para restringir la procedencia de la agravante del artículo 12 número 4 del Código Penal a la causación de males típicos que superen los límites de intensidad previstos para cada caso. La adopción de la tesis limitativa, al margen de los méritos sistemáticos que puedan concedérsele, implica una desnaturalización de la disposición aludida, en tanto solo repara en la primera parte del precepto, despojando de cualquier incidencia práctica a la mención del incremento del injusto provocado mediante la verificación de «otros males innecesarios para su ejecución».

Empero, con miras a evitar una posible desnaturalización de los límites propios de la agravante en comentario, consideramos indispensable circunscribir la ampliación de su sentido solo a los males innecesarios que guarden alguna vinculación ideológica, consecuencial o lógico-sistemática con la naturaleza del delito enjuiciado,²³ a lo que debe sumarse la necesidad de que se verifiquen en el mismo contexto espacio-temporal o con cierto grado de proximidad estricta que permita entenderlos racio-

22. Con independencia de las opiniones que merezca el razonamiento de la Corte Suprema, los argumentos expuestos devienen en un posible respaldo a las interpretaciones que incurren en la confusión inadmisibles entre el ensañamiento como agravante y como calificante.

23. En este sentido, las consecuencias perjudiciales que pretendan reconducirse a esta cláusula deberán ser de aquellos que se demuestren como objetivamente imputables a la conducta desplegada por el agente o que hayan sido representables por este al momento de ejecutarla.

nalmente incorporados en el marco de la ejecución del delito al que acceden (en contra de esta restricción, Pacheco, 1848: 237).²⁴

De acuerdo con la postura que sugerimos sobre este asunto, teniendo en cuenta algunos de los casos resueltos en las sentencias antes referidas, no existen inconvenientes en torno a aceptar que conductas como profanaciones, mutilaciones y otros actos similares sobre el cadáver de la víctima de homicidio configuren la agravante en cuestión (Matus y Ramírez, 2024: 193). Por el contrario, las lecturas que consienten la inclusión a estos efectos de la conmoción o impacto social producido por el delito (Pacheco, 1848: 237) son irreconciliables con los límites que articulan nuestra propuesta.

Ahora, es menester señalar que, con independencia de la posición interpretativa que se prefiera, si la realización de los males innecesarios supone la configuración de un tipo penal diverso, este será sancionado junto con el «delito principal», en virtud de las reglas aplicables a los concursos delictivos, descartándose la configuración del supuesto agravatorio (Bullemore y MacKinnon, 2022: 329; Etcheberry, 2010: 44; Ortiz y Arévalo, 2013: 422 y Vargas, 2010: 170).

Ciertos sectores de la dogmática (Bullemore y MacKinnon, 2022: 329; Cury, 2011: 530 y, de modo implícito, Navas, 2024: 461), demandan que los males susceptibles de estimarse como constitutivos de ensañamiento solo pueden ser aquellos de los que la víctima pudo percatarse. Aun cuando la imposición de requerimientos adicionales resulte valorable cuando se trata de figuras que pretenden exasperar la reacción punitiva, esta opinión nos parece carente de cualquier sustento positivo o sistemático y, por lo pronto, corresponde a una más de las consecuencias indeseables que se siguen de la confusión con el ensañamiento como calificante, cuya identificación como padecimiento efectivo experimentado por el sujeto pasivo resulta incuestionable en virtud de la inserción de la voz «dolor al ofendido».

Para finalizar la revisión de la dimensión objetiva, es relevante destacar que la doctrina y la jurisprudencia no se han pronunciado sobre la eventual concurrencia de un requisito cuantitativo, según el cual la agravante solo concurre cuando existe una multiplicidad de agravios superfluos —en cuanto la disposición estudiada alude, en plural, a la producción de «otros males innecesarios»—, debiendo descartarse cuando el incremento sea singular. De la ausencia de abordaje expreso y de la forma en que la agravante suele imponerse en casos concretos, puede inferirse la desestimación de esta exigencia.

24. Aun cuando vaya más allá de la finalidad de este estudio, conviene apuntar que, por motivos sistemáticos, el sentido atribuido a la idea de «mal del delito» debe extenderse a las demás disposiciones que contengan alusiones al mismo factor de cuantificación penológica, sea con idéntica formulación o recurriendo a otras semejantes.

Elemento subjetivo: Deliberación del agente

El segundo elemento de concurrencia necesaria para la verificación del ensañamiento, demanda que la producción de males innecesarios obedezca a la actuación deliberada del agente. La modalidad adverbial en que aparece reconocido este elemento en el artículo 12 número 4 —«deliberadamente»—, refiere a la realización de una conducta voluntaria, intencionada o hecha a propósito. Para dotar de significado concreto a dicho requerimiento, y velando por la coherencia sistemática del término en el contexto jurídico-penal, la doctrina mayoritaria lo ha entendido como una proyección del dolo del sujeto activo al incremento del mal del delito mediante la realización de males superfluos (Cury, 2011: 530). En consecuencia, la procedencia de la agravante «importaría en los delitos en que concurre, la exigencia de dolo directo y la exclusión del dolo eventual» (Matus y Ramírez, 2024: 194), debiendo extenderse esto último, por razones evidentes, a los delitos culposos.

No obstante, hay autores que han entendido que el empleo de la voz en comentario implica la necesidad de observar en el agente una especial frialdad o templanza, lo que sería sinónimo de un actuar «meditado, reflexivo, tranquilamente decidido» (Etcheberry, 2010: 44). A nuestro juicio, adscribiendo a lo expuesto en el párrafo precedente, lo planteado por esta postura excede al contenido de la exigencia subjetiva del ensañamiento, la que debe contentarse con demandar que el agente actúe con pleno conocimiento de que su conducta opera como causa directa de males innecesarios para la ejecución del delito preterido (Ortiz y Arévalo, 2013: 422). Sobre el particular, es de suma importancia la aclaración ofrecida por Garrido (2005: 248), quien destaca que el aspecto subjetivo del ensañamiento «no supone que haya premeditación, como tampoco frialdad en el hechor, que puede actuar impulsado por la ira o cualquier otra pasión, como también actuar con indiferencia; debe —en todo caso— tratar de causar otros males sabiendo que no son necesarios para la consumación del delito».²⁵

El alcance que aquí se le pretende atribuir a este requisito obra en favor de las tesis que entienden que no concurre la agravante cuando la producción de males innecesarios obedece a la brutalidad propia de la condición psíquica desequilibrada o patológica que aqueja al agente, quien, según la intensidad particular que esta asuma, podría verse beneficiado por una eximente de enajenación mental o una atenuante de eximente incompleta por imputabilidad disminuida (Labatut, 1990: 223 y Mera, 2011: 318-319).

25. A pesar de que la cuestión no será examinada con detalle en esta publicación, cabe advertir que, en cierta medida, este razonamiento podría servir de base para aquellas posiciones que admiten la posibilidad de concurrencia conjunta de esta agravante y la de alevosía, siempre que no pretendan acreditarse a partir de los mismas consideraciones fácticas y argumentativas. Adscribiendo a una opinión similar, se encuentra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 2910-2022, mientras que en contra se pronuncia Matus y Ramírez (2024: 194).

A modo de corolario del estudio del segundo elemento del ensañamiento, cabe hacer presente que la dimensión subjetiva de este no se verifica —y, por ende, aun existiendo males superfluos para la comisión del delito, la agravante no concurre— por el solo hecho de que el autor emplee determinados medios comisivos o despliegue el desvalor adicional como medio para apresurar la consumación del delito, si es que ello se ha verificado sin el conocimiento o la intención de infligir un padecimiento o perjuicio innecesario (Künsemüller, 2021: 95-96).

A propósito del vínculo entre la agravante y la «calificante análoga» de los artículos 391 número 1 y 400 del Código Penal: Excurso para una correcta delimitación

Una temática que ha subsistido en la dogmática chilena desde la entrada en vigencia del Código Penal es la relativa a la diferenciación entre la agravante del artículo 12 número 4 y la calificante del homicidio contenida en el artículo 391 número 1, circunstancia 4 —que deviene en procedente para ciertos casos de lesiones, en virtud de lo estatuido en el inciso primero del artículo 400. La trascendencia de este debate viene dada por la necesaria observancia de las reglas establecidas en el artículo 63 del Código Penal y el hecho de que, en apariencia, ambas normas estarían referidas al mismo supuesto fáctico, por lo que podrían darse casos de colisión entre los ámbitos de aplicabilidad de estas.

Así pues, el Código Penal sindicó como ensañamiento la circunstancia calificante del homicidio consistente en ejecutarlo «aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido». Sin perjuicio de que las similitudes entre esta redacción y la de la agravante son evidentes y que, en buena medida, comparten el fundamento de la exasperación que provocan en el caso al que acceden —el aumento del mal del delito como especie de incremento del injusto—,²⁶ es ineludible el hecho de que el propio texto de la ley explicita la diferencia que media entre las dos circunstancias.

El parámetro de distinción viene dado por la manera en que se consagran los componentes objetivo y subjetivo de cada figura. Por una parte, la calificante, a nivel objetivo, prescinde de alusiones a la noción de «mal del delito», acotándolo al incremento del «dolor del ofendido», es decir, «la intensificación del mal —o sea el dolor— natural a la acción de matar a otro» (Garrido, 2005: 249).²⁷ Con todo, ambas formulaciones no son antagónicas, pues el dolor del ofendido es una manifestación

26. Por lo pronto, el parecido entre agravante y calificante también comprende sus estructuras básicas, pues ambas se articulan sobre la conjunción copulativa de un elemento objetivo y uno subjetivo.

27. En el mismo pasaje citado, el autor adscribe a una interpretación amplia de la agravante de ensañamiento, al sostener que el artículo 12 «caracteriza la circunstancia por la causación de otros males, diversos a los inherentes al delito».

particular del concepto (más) amplio de mal del delito. Así, puede «afirmarse que la agravante genérica es, también, el género respecto del aumento de males en el delito; mientras que la calificante sería una especie, determinada por la naturaleza del mal que se aumenta: el dolor del ofendido» (Matus y Ramírez, 2024: 193; de un parecer semejante, Vargas, 2010: 170).

Por lo demás, el hecho de que se exija la intensificación del dolor padecido por la víctima permite caracterizar los efectos concretos de la circunstancia del homicidio como un supuesto particular de innecesaridad del mal, en los términos previstos en lo precedente de este artículo. No obstante, esta afirmación demanda cierta cautela en lo que respecta a restringir su relevancia hermenéutica a la esfera que aquí se está tratando, puesto que, como correctamente sostienen algunos exponentes de la doctrina nacional, la inhumanidad a la que alude el artículo 391 número 1 del Código Penal se proyecta sobre las características del dolor provocado al ofendido, mas no alcanza a los rasgos distintivos de la persona del delincuente (Ossandón, 2021: 88).

Con independencia de la importancia que hemos atribuido a esta interpretación doctrinal, debemos recordar que la amplitud comparativa de la agravante cuenta con escaso reconocimiento en la jurisprudencia actual de nuestros tribunales superiores de justicia. Así lo demuestra la w de la Corte Suprema en causa rol 5833-2012, citada con anterioridad en este estudio, la cual exige que los males agravatorios sean de la misma índole o naturaleza que los del delito al que acceden. En buena medida, esta actitud de la judicatura contribuye a la confusión «analogizante» que pretendemos superar en este párrafo.

Por otra parte, el artículo 391 número 1 del Código Penal exige, copulativamente, un requisito psíquico o subjetivo, consistente en la actuación deliberada del autor, en los mismos términos que la agravante. Sin embargo, según se esbozó en los párrafos anteriores, parte de la academia entiende que la voz «inhumanamente» remite a una exigencia subjetiva que trasciende la simple actuación deliberada, consistente en un *animus* de insensibilidad en el despliegue de la conducta homicida (aluden a esta opinión, Garrido, 1976: 179 y Ossandón, 2021: 88). Dicha postura es desechada de manera correcta y contundente por Ossandón (2021: 88), quien consigue demostrar que adoptarla supondría una restricción artificial a la aplicación de la hipótesis de homicidio en comentario, al exigir la concurrencia de «una especie de personalidad cuasi-psicopática», cuya determinación depende de un juicio netamente moral que no admite conciliarse con los principios rectores esenciales del derecho penal.

En virtud de las razones antes esgrimidas, consideramos adecuado sostener que no es dable homogeneizar ambas modalidades de ensañamiento y, en consecuencia, la inaplicabilidad de la agravante en los casos de homicidio y de las lesiones enlistadas en el artículo 400 del Código Penal solo acontece cuando los males innecesarios con que se ejecuta el delito puedan asimilarse con la maximización inhumana y delibera-

da del dolor o sufrimiento de la víctima, subsistiendo su eventual procedencia en las demás hipótesis en que sea acreditada la concurrencia de sus aspectos constitutivos.

A su vez, siguiendo lo planteado por algunos autores, la agravante será impropia por estimarse inherente, entre otros, respecto de los supuestos de tortura tipificados en los artículos 150-A a 150-F del Código Penal (Matus y Ramírez, 2024: 194).

Conclusiones

De acuerdo con las consideraciones desarrolladas a lo largo de este artículo, la circunstancia modificatoria de la responsabilidad criminal contenida en el artículo 12 número 4 del Código Penal, tradicionalmente denominada como ensañamiento, puede caracterizarse como una agravante general, de efectos comunes y personal que, en principio, puede concurrir en cualquier momento en relación con la ejecución del delito al que accede. Aun cuando la doctrina y la jurisprudencia no coincidan incondicionalmente sobre esta descripción, el texto de la ley y una adecuada exégesis del mismo permiten reafirmarla.

La fisonomía del ensañamiento está integrada por la concurrencia copulativa de dos elementos: uno de carácter objetivo, consistente en el aumento del mal del delito mediante la causación de otros innecesarios para su ejecución; y otro elemento de índole subjetiva, identificable con la deliberación del agente en provocar dichos males superfluos. Hay razones suficientes para sostener que el primer componente alude a padecimientos o agravios que excedan de los inherentes al núcleo típico del delito, lo que debe determinarse desde una perspectiva objetiva, particular y *ex ante*, pero que, en cualquier caso, requieren un vínculo ideológico o lógico-sistemático con el ilícito que agravan. Además, deben verificarse en el mismo contexto espacio-temporal en que se ejecuta el delito al que accede o, al menos, con cierto grado de proximidad estricta que permita entenderlos racionalmente incorporados en el marco de la ejecución de este.

La dimensión subjetiva de la agravante de ensañamiento, por su parte, al exigir que el agente actúe de forma deliberada, ha de entenderse como una extensión o proyección del dolo directo del delito, es decir, el sujeto activo debe proceder con pleno conocimiento haber causado males innecesarios para la comisión de aquel y con voluntad positiva de provocarlos.

Por último, a pesar de las semejanzas estructurales que parte importante de los autores y de la jurisprudencia han advertido, la agravante analizada no admite confusión o asimilación con la cuarta calificante del homicidio del artículo 391 número 1 del Código Penal, con la cual mantiene una relación de género-especie. Además de que no están redactadas en términos idénticos, la diferenciación propuesta descansa en que la calificante exige la producción de un mal determinado y particular —el dolor inhumano experimentado por el ofendido—, restringiendo comparativamente

sus hipótesis de procedencia respecto del homicidio y de las clases de lesiones previstas en el artículo 400 del Código Penal.

Referencias

- AGLIATI, Gonzalo (2016). «Propuesta interpretativa y de aplicación de la agravante de precio, recompensa o promesa». En Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman (coordinadores), *El Derecho Penal como teoría y como práctica: Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (pp. 609-651). Santiago: Thomson Reuters.
- . (2024). «Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio de la calidad del ofendido o en su morada». En Manuel Ángel González (coordinador). *Circunstancias atenuantes y agravantes genéricas en el Código Penal chileno*. 2.^a ed. (pp. 377-412). Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- BAIGÚN, David (1970). *Naturaleza de las circunstancias agravantes*. Buenos Aires: Pannedille.
- BULLEMORE, Vivian y John MacKinnon (2022). *Curso de Derecho Penal*. Tomo 2. 5.^a ed. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- CERDA, Rodrigo y Francisco Hermosilla (2008). *Código Penal: Jurisprudencia en el nuevo sistema de justicia criminal*. 3.^a ed. Santiago: Librotecnia.
- COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873). *Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno*. Santiago: Imprenta de la República de Jacinto Núñez.
- CURY, Enrique (2011). *Derecho Penal. Parte general*. 10.^a ed. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- DEL VILLAR, Waldo (1985). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Valparaíso: EDEVAL.
- ETCHEBERRY, Alfredo (2005). *El Derecho Penal en la jurisprudencia. Parte general* (sentencias 1875-1966). Tomo 1. 2.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (2010). *Derecho Penal. Parte general*. Tomo 2. 3.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- FUENSALIDA, Alejandro (1883). *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno*. Tomo 1. Lima: Imprenta Comercial Calle de Huallaga N° 139.
- GARRIDO, Mario (1976). *El homicidio y sus figuras penales*. Santiago: Jurídica Ediar-ConoSur.
- . (2005). *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. 2.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos (2002). «4 de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. Artículos 12 y 13». En Sergio Politoff y Luis Ortiz (directores), *Texto y comentario del Código Penal Chileno. Libro primero. Parte general*. Tomo 1 (pp. 187-227). Santiago: Jurídica de Chile.


- . (2021). *Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el Código chileno: Doctrina, jurisprudencia, política criminal, derecho comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LABATUT, Gustavo (1990). *Derecho Penal*. Tomo 1. 9.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2015). «El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 25 (2): 227-250. DOI: [10.4067/S0718-09502015000200011](https://doi.org/10.4067/S0718-09502015000200011).
- MATUS, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez (2024): «Ensañamiento». En Manuel Ángel González Jara (coordinador), *Circunstancias atenuantes y agravantes genéricas en el Código Penal chileno*. 2.^a ed. (pp. 193-194). Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- MERA, Jorge (2011). «Comentario del artículo 12 N° 4». En Jaime Couso Salas y Héctor Hernández Basualto (directores), *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia* (pp. 317-319). Santiago: Legal Publishing.
- MIR, Santiago (2016). *Derecho Penal. Parte general*. 10.^a ed. Barcelona: Reppertor.
- NAVAS, Iván (2024). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NOVOA, Eduardo (2021). *Curso de Derecho Penal chileno. Parte general*. Tomo 2. 3.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- ORTIZ, Luis y Javier Arévalo (2013). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Santiago: Jurídica de Chile.
- OSSANDÓN, María Magdalena (2022). «Delitos contra la vida». En Luis Rodríguez Collao (director), *Derecho Penal. Parte especial*. Volumen 1. (pp. 23-194). Valencia: Tirant Lo Blanch).
- PACHECO, Joaquín (1848). *El Código Penal. Concordado y comentado*. Tomo 1. Madrid: Imprenta de don Santiago Saunaque.
- PINTO, Andrea (2024). «Actuación con personas menores de dieciocho años». En Manuel Ángel González Jara (coordinador). *Circunstancias atenuantes y agravantes genéricas en el Código Penal chileno*. 2.^a ed. (pp. 539-553). Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- POLITOFF, Sergio, Francisco Grisolia y Juan Bustos (2001). *Derecho Penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. 2.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- POLITOFF, Sergio, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez (2008). *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*. 2.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2011). «Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 36: 397-428. DOI: [10.4067/S0718-68512011000100011](https://doi.org/10.4067/S0718-68512011000100011).

- . (2013). «Homicidio por premio o promesa remuneratoria». En Juan Pablo Mañalich Raffo (coordinador), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (pp. 353-377). Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- . (2024). «Abuso de superioridad». En Manuel Ángel González Jara (coordinador), *Circunstancias atenuantes y agravantes genéricas en el Código Penal chileno*. 2.ª ed. (pp. 201-217). Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- VAN WEEZEL, Alex (2023). *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- VARGAS, Tatiana (2010). *Manual de Derecho Penal práctico: Teoría del delito con casos*. Santiago: Abeledo Perrot.
- . (2014). *Código Penal. Concordancias, historia de la ley. Jurisprudencia, notas explicativas e índice temático*. 3.ª ed. Santiago: Legal Publishing.

Contribuciones

Los autores declaran sus contribuciones a este artículo de investigación, utilizando la taxonomía CRediT: Conceptualización: Gonzalo Agliati (50%), Angelo Rojas (50%); Administración de proyecto: Gonzalo Agliati (50%), Angelo Rojas (50%); Investigación: Gonzalo Agliati (50%), Angelo Rojas (50%); Escritura borrador: Gonzalo Agliati (50%), Angelo Rojas (50%); Revisión y edición: Gonzalo Agliati (50%), Angelo Rojas (50%).

Sobre los autores

GONZALO AGLIATI VÁSQUEZ es abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, magíster en Filosofía por la misma casa de estudios y profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Su correo electrónico es gonzalo.agliati@pucv.cl.  <https://orcid.org/0000-0002-0814-0169>.

ÁNGELO ROJAS ADASME es estudiante de quinto año de Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. También es ayudante del Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la misma Facultad. Su correo electrónico es angelo.rojas@pucv.cl.

La *Revista de Estudios de la Justicia*, fundada en 2002, fue editada inicialmente por el Centro de Estudios de la Justicia hasta 2017. A partir de 2018, su gestión y edición están a cargo del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Con el propósito de enriquecer el debate jurídico desde perspectivas teóricas y empíricas, la revista ofrece un espacio para difundir el trabajo de académicos de nuestra Facultad, así como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras. La *Revista de Estudios de la Justicia* privilegia la publicación de trabajos originales e inéditos sobre temas de interés para las ciencias jurídicas, en cualquiera de sus disciplinas y ciencias afines, con énfasis en investigaciones relacionadas con reformas a la justicia.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

rej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)