

CONMEMORACIÓN

## Aproximación al artículo 68 ter del Código Penal chileno

*Approach to article 68 ter of the Chilean Penal Code*

Martín Besio Hernández 

*Universidad Diego Portales, Chile*

**RESUMEN** El trabajo examina el artículo 68 ter del Código Penal desde la óptica de su capacidad efectiva para generar una mayor sanción para condenados reincidentes, objetivo asignado —aunque no de modo indubitable— a su reciente incorporación como precepto de determinación de la pena del sistema chileno. Para ello se analiza especialmente la regulación que provee su inciso 1 para la reincidencia criminal, ya se presente únicamente por medio de una de las agravantes que la modelan o junto a las atenuantes de eximiente incompleta o de colaboración sustancial con la investigación, abarcando asimismo un análisis general de su impacto en el sistema especial de determinación de la pena de delitos contra la propiedad mueble. Además, se exploran las posibilidades de individualización que se presentan para los escenarios de concurrencia de circunstancias modificatorias que no se encuentran regulados expresamente por dicha disposición.

**PALABRAS CLAVE** Individualización de la pena, reincidencia, colaboración sustancial, eximiente incompleta, delitos contra la propiedad.

**ABSTRACT** The paper examines article 68 ter of the Penal Code from the central perspective of its effective capacity to generate a greater penalty for convicted repeat offenders, an objective assigned —although not in an unquestionable way— to its recent incorporation as a precept for determination of punishment of the Chilean system. To this end, the regulation provided in paragraph 1 for criminal recidivism is specially analyzed, whether it is presented solely through one of the aggravating circumstances that shape it or together with the mitigating circumstances of incomplete defense or substantial collaboration, covering a general analysis of its impact on the special system for determining the sentence for crimes against property. In addition, the possibilities that arise for scenarios of the concurrence of modifying circumstances that are not expressly regulated in said provision are also explored.

**KEYWORDS** Sentencing, recidivism, substantial collaboration, incomplete defense, property crimes.

## **Estructura general del artículo 68 ter del Código Penal**

La Ley 21.694 —como su nombre lo expresa— introdujo diversas modificaciones a la legislación penal y procesal penal chilena a fin de mejorar la persecución penal en materia de reincidencia y de delitos de mayor connotación social, entre las que se encuentra el nuevo artículo 68 ter del Código Penal (en adelante CP), del siguiente contenido:

Si concurre una de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 12, numerales 14, 15 o 16, el tribunal excluirá el grado mínimo si es compuesta o el *mínimum si consta de un solo grado*, salvo que reconozca la circunstancia prevista en el artículo 11, numerales 1 o numeral 9, en cuyo caso podrá recorrer la pena en toda su extensión.

La pena será determinada del mismo modo cuando, tratándose de delitos contra las personas, concurra la circunstancia prevista en el numeral 22 del artículo 12, siempre que no concurriere alguna de las atenuantes indicadas en el inciso primero.

En el caso del inciso primero, a partir de la segunda condena en la que se reconozca al autor alguna de las agravantes previstas en el artículo 12, numerales 14, 15 o 16, la pena se aumentará en un grado, a menos que concurriere alguna de las atenuantes indicadas en el inciso primero.

En los casos previstos en el inciso tercero, cuando la ley señale al delito pena alternativa de multa, el tribunal aplicará la pena privativa de libertad determinada conforme a lo que en él se dispone.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, en caso de concurrir una cooperación eficaz, simple o calificada, la pena a imponerse al condenado podrá rebajarse conforme se dispone para ese tipo de colaboración.

Desde una óptica formal, el artículo 68 ter del CP se sitúa dentro —y como el último— de los preceptos que norman los efectos de modelación del marco penal de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, erigiéndose como una regla de aplicación preferente respecto de los artículos 65 a 68 del CP dada su especialidad o especificidad: mientras tales disposiciones comprenden en abstracto a todas las circunstancias modificatorias de eficacia ordinaria, tanto comunes como especiales, atendiendo a la naturaleza de las penas y a la clase de marco que las integra (uno o más grados de penas indivisibles y/o divisibles), el artículo 68 ter recoge los efectos de circunstancias particulares, a saber, las agravantes de reincidencia del artículo 12 numerales 14, 15 y 16 del CP y la agravante del artículo 12 numeral 22 para los delitos contra las personas, además de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 y 9 para el evento en que se presenten individualmente junto a una de tales agravantes.

Al margen de su especialidad, se trata de una regla de determinación de la pena aplicable a todos los delitos que no se sujetan a un régimen particular que la exceptúe de su regulación. Es el caso de los delitos económicos de la Ley 21.595, cuyo artículo 12 excluye expresamente a los artículos 65 a 69 del CP de su estatuto, en congruencia con la inaplicación de las circunstancias de los artículos 11 a 13, con la excepción del grupo de delitos económicos a que refiere el artículo 6 de dicha norma, perpetrados en el contexto o beneficio de una micro o pequeña empresa, en conformidad con el artículo 2 de la Ley 20.416; y también del régimen especial del artículo 17 literal B de la Ley 17.798, respecto de los delitos y bajo las circunstancias que dicha regla establece, que asimismo prescinde de los artículos 65 a 69 del CP, sin perjuicio de aquellos supuestos no incluidos en tal régimen especial. En ese ámbito, cabe destacar que la Ley 21.694 no alteró las reglas que conforman el sistema especial de individualización previsto en el artículo 196 bis de la Ley 18.290, manteniendo la exclusión única de los artículos 67, 68 y 68 bis del CP sin extenderla al artículo 68 ter, de lo que se puede derivar, en principio, al menos formalmente, que esta última disposición sería aplicable a su respecto a pesar de los problemas de compatibilidad que puede presentar con tal regulación.<sup>1</sup>

El diseño del artículo 68 ter del CP se encuentra condicionado por dos clases de agravantes. Por una parte, por cualquiera de las agravantes de reincidencia del artículo 12 numerales 14, 15 y 16 del CP<sup>2</sup> y, por otra parte, por la circunstancia del numeral 22 del mismo artículo. En razón del inciso 1, la presencia de una de las agravantes de reincidencia conlleva efectos imperativos sobre la pena aplicable —exclusión del grado inferior o del mínimo— que se suprime por su convergencia con una de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 o 9 del CP. Por su parte, el inciso 3 regula la concurrencia de cualquiera de las agravantes de reincidencia a partir de una segunda condena, asignándole el aumento preceptivo de un grado del marco a salvo que se presente alguna de tales atenuantes. Asimismo, de acuerdo con el inciso 4, la multirreincidencia o reincidencia reiterada del condenado contemplada en el inciso 3 genera adicionalmente la obligación de aplicar la pena privativa de libertad ya aumentada en un grado, en desmedro de la pena de multa si el marco abstracto asignado al delito prevé alternativamente ambas clases de sanción.

Por otra parte, la agravante del artículo 12 numeral 22 del CP se encuentra condicionada por el inciso 2 a los delitos contra las personas y al efecto sobre el marco penal que genera su concurrencia individual o conjunta con una de las atenuantes del

1. La compatibilidad de los artículos 68 ter del CP y 196 bis de la Ley 18.290 es una cuestión que, por razones de extensión, no puede ser abordada en este trabajo, sin perjuicio de destacarse el problema conceptual.

2. Respecto de tales agravantes y sus presupuestos de aplicación, véase, entre otros, Künsemüller (2021: 139-160) y Cury (2011: 504 y ss.).

artículo 11 numerales 1 o 9 en los mismos términos que las agravantes de reincidencia vía inciso 1, pero sin sujetarse a las demás consecuencias asignadas por los incisos 3 y 4 a alguna de ellas. Por último, el inciso 5 declara la procedencia acumulativa de la degradación de penalidad prevista para la cooperación eficaz simple y calificada del imputado con los efectos que las restantes reglas del artículo 68 ter del CP recogen para las agravantes del artículo 12 numerales 14, 15, 16 y 22, con la salvedad de aquellos asignados a la atenuante del artículo 11 numeral 9 del CP, dada su incompatibilidad formal —que destaca la formulación vigente de dicho precepto— con la cooperación eficaz.

### **¿Cuál es la finalidad del artículo 68 ter del Código Penal?**

Desde su génesis, uno de los objetivos explícitos asignados al proyecto de ley que dio origen a la Ley 21.694 consistió en incorporar a la legislación —en congruencia con la denominación que fue asignada a dicha normativa— un estatuto de sanción más riguroso de la reincidencia criminal, pretensión que se mantuvo inalterable durante toda su tramitación legislativa y cuya implementación se encomendó en buena medida al artículo 68 ter del CP. Así se refleja en la exposición del ministro de Justicia y Derechos Humanos (s) en el seno de la Comisión Mixta, ya en las instancias finales de su tramitación legislativa, explicando respecto del propuesto artículo 68 ter que: «a través de dicha norma se agrava de forma especial la sanción cuando concurren algunas circunstancias que dan lugar a las hipótesis de reincidencia simple o de reincidencia reiterada» (Biblioteca del Congreso Nacional, 2024: 764), en referencia a su regulación en los incisos 1 y 3.

Sin embargo, no es evidente que el artículo 68 ter del CP satisfaga tal objetivo, al menos no completamente y en los términos así asignados a su diseño. Este trabajo pretende demostrar que la regulación de la reincidencia contenida en el inciso 1 del artículo 68 ter es equivalente a la ya recogida en las reglas generales de determinación de la pena de los artículos 66 a 68, sin que entonces dicha regla suponga una innovación —y, por ello, genere una mayor sanción o imprima una agravación especial— para condenados reincidentes, con la salvedad de sus incisos 3 y 4 que, por el contrario, sí prevén un nuevo estatuto que conlleva una respuesta penal más severa.

El origen mediato del artículo 68 ter del CP se encuentra en la moción presentada por un grupo de senadores (Boletín 15.661-07) que, basado en el aumento de la inseguridad ciudadana y de la actividad criminal que advertía, a la que asociaba una fuerte incidencia de reincidentes en delitos de mayor connotación social, proponía como aspectos centrales la unificación del sistema de determinación de la sanción, a fin de propender a una congruencia relativamente estricta entre marco legal y pena efectivamente aplicada, junto a la previsión normativa de penas privativas de libertad no inferiores a un año. Para ello, en su versión original, el proyecto asumía la

derogación de los artículos 65 a 69 del CP e incorporaba en su reemplazo un nuevo artículo 65 que —inspirado en el artículo 449 del CP vigente a esa época, que además suprimía— imponía al tribunal en su inciso 1 la individualización de la pena «dentro del grado o grados designados por la ley», considerando «el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como la mayor o menor extensión del mal causado» para efectos de la fijación de la cuantía precisa de pena, junto a un expreso mandato de fundamentación en la sentencia.

Adicionalmente, el inciso 2 de dicha regla disponía un efecto especial asociado a la reincidencia criminal que constituye el antecedente directo del artículo 68 ter del CP, al destacar que, tratándose de condenados en que concurriese alguna de las agravantes del artículo 12 numerales 14, 15 o 16: «El juez solo podrá imponer una pena comprendida en su grado máximo, si está compuesta de dos o más grados, o en su mitad superior, si consta de uno solo». El inciso 3 de tal disposición contemplaba, además, que solo la aceptación del imputado de los hechos y de su responsabilidad en un procedimiento abreviado o simplificado podía generar a solicitud del fiscal el reconocimiento de la atenuante del artículo 11 numeral 9 del CP como muy calificada, permitiéndose en ese caso la rebaja de pena en un grado. Por último, el diseño de dicho artículo recogía la posibilidad de que, a petición de cualquiera de los intervenientes, se reconociese la atenuante del artículo 11 numeral 1 como muy calificada, escenario en que «la pena podrá rebajarse también en un grado» (Biblioteca del Congreso Nacional, 2024: 3-11).

Esa regla —el nuevo artículo 65 que se pretendía incorporar en reemplazo de los artículos 65 a 69 del CP— instauraba un sistema de doble marco rígido. El primero con carácter general, que incluía la incidencia de todas las circunstancias modificatorias junto al baremo de extensión del mal causado por el delito para la decisión de cuantía exacta de sanción dentro de los límites del marco abstracto o concreto; y el segundo construido en su interior mediante el efecto que asignaba a las agravantes de reincidencia del artículo 12 numerales 14, 15 y 16 en caso de presentarse (imposición de la pena en su grado superior o en su *máximum*)<sup>3</sup> y dentro de cuya extensión de-

---

3. Cabe resaltar que el efecto que dicha propuesta de artículo 65 asignaba a las agravantes de reincidencia del artículo 12 numerales 14, 15 y 16 era parcialmente distinto al que incorporó finalmente el inciso 1 del artículo 68 ter, pues si bien para ambas reglas tratándose de marcos conformados por un grado tales agravantes determinaban la imposición de la pena dentro del *máximum* (a través de su fijación dentro de su «mitad superior» en el caso del inciso 2 del artículo 65, que coincide con la exclusión formal del *mínimum* que dispone el inciso 1 del artículo 68 ter), diferían para el supuesto de marcos integrados por dos o más penas. Así, mientras en el pretendido artículo 65 las agravantes de reincidencia generaban la obligación judicial de «imponer una pena comprendida en su grado máximo, si está compuesta de dos o más grados», el inciso 1 del artículo 68 ter prevé que «el tribunal excluirá el grado mínimo si es compuesta», diferentes técnicas de depuración del marco penal que para el caso de penalidades de tres grados conlleva penas disímiles: la fijación del grado superior del marco como único grado de sanción

bían operar el resto de las atenuantes y agravantes, sin posibilidad de excederlo. Las únicas posibilidades de desborde del marco en razón de circunstancias modificatorias correspondían a la reducción de un grado que podían generar las atenuantes del artículo 11 numerales 1 y 9 como atenuantes muy calificadas.

No obstante, tal diseño preliminar —el sistema de doble marco rígido de aplicación general junto a la previsión de un rango mínimo de penas privativas de libertad de un año de duración— fue tempranamente descartado en razón de un acuerdo entre integrantes de la Comisión de Seguridad Pública del Senado y el Ejecutivo, basado en el impacto que se diagnosticaba generaría en el número de personas privadas de libertad, proponiéndose, en su reemplazo, un nuevo artículo —primariamente, como artículo 69 ter— que pretendía rescatar la finalidad del proyecto original sin introducir modificaciones a nivel general del sistema de determinación de la pena, materia que se delegó a otra iniciativa, cuyo objetivo era sustituir el Código Penal.<sup>4</sup> Ese nuevo precepto, que ya no contemplaba la derogación de los artículos 65 a 69 del CP, contenía la estructura esencial del artículo 68 ter en su versión vigente, al que posteriormente, durante la tramitación legislativa, se le introdujo en su inciso 2 la regulación de la agravante del artículo 12 numeral 22, basada en el artículo 69 bis que, en consecuencia, fue suprimido, uniformándose además para los incisos 1, 2 y 3 las atenuantes del artículo 11 numerales 1 y 9 del CP, y compatibilizando en su inciso final la reducción de penalidad derivada del nuevo estatuto de cooperación eficaz que también incorporó la Ley 21.694.

Que los incisos 3 y 4 del artículo 68 ter del CP contemplan efectivamente una regulación más severa para la reincidencia se desprende sin dificultades de su contenido explícito. El inciso 3 dispone el incremento obligatorio de un grado de pena en razón de la presencia de cualquiera de las agravantes del artículo 12 numerales 14, 15 y 16 a partir de una segunda condena, junto al deber añadido para el tribunal, que recoge el inciso 4, de imponer la pena privativa de libertad así aumentada si la penalidad abstracta asignada al delito establece alternativamente una pena de multa, escenarios inéditos de mayor sanción.

Al margen, la excepción que contempla el inciso 3 para la concurrencia de una de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 o 9 del CP solo puede entenderse en clave de eliminación del efecto de incremento en grado que tal regla dispone para la multirre-

---

versus la eliminación del grado mínimo que mantiene como penalidad subsistente los dos grados superiores del marco penal.

4. Así lo expuso el ministro de Justicia y Derechos Humanos en la Comisión de Seguridad Pública del Senado: «Se tomó la decisión de buscar una redacción que tuviera por finalidad precisa satisfacer lo que buscaba el proyecto en términos originales, pero, en segundo lugar, focalizar la discusión global del sistema de penas en otra iniciativa, que persigue específicamente sustituir el Código Penal» (Biblioteca del Congreso Nacional, 2024: 158).

incidencia, recogida vía reiteración incluso heterogénea de una de las agravantes de reincidencia desde una segunda condena, pero no como anulación del efecto imperativo que manda el inciso 1 para la primera configuración de una de aquellas agravantes, y que solo en el ámbito de esa regla es inhibido por la presencia de una de tales atenuantes. En caso contrario, para que una de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 o 9 converja en una segunda o sucesiva condena en que se replique una agravante de reincidencia importaría la supresión de su efecto de exclusión del grado mínimo o del *mínimum* y la fijación consecuencial de la cuantía de pena en toda la extensión del marco; esto es, exactamente el mismo tratamiento asignado a la reincidencia en una primera condena, con lo que la mayor gravedad que el inciso 3 asigna a una reiteración de la reincidencia vía mayor sanción se desdibujaría completamente. La literalidad de tal regla abona esa lectura, en tanto la presencia de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 o 9 es recogida como excepción vinculada directamente al efecto de aumento en grado de la multirreincidencia («la pena se aumentará en un grado, a menos que concurriere alguna de las atenuantes indicadas en el inciso primero»).

De ahí que la convergencia en una segunda y sucesiva sentencia de una agravante de reincidencia y de una de las atenuantes de eximente incompleta o de colaboración sustancial —descartado por tal presencia el incremento en grado del inciso 3— conlleve la exclusión del grado mínimo o del *mínimum* conforme al inciso 1 del artículo 68 ter del CP. Asimismo, en ese escenario, el tribunal conserva la facultad de optar por la pena privativa de libertad o de multa que prevea alternativamente el delito, pues el inciso 4 supedita la obligación de aplicar la primera clase de sanción al aumento en grado generado por la multirreincidencia y que es suprimido por la presencia de una de tales atenuantes. Así se desprende de tal regla, que para «los casos previstos en el inciso tercero», esto es, para los supuestos de concurrencia de una de las agravantes de reincidencia desde una segunda condena, demanda en desmedro de la multa la imposición de la pena privativa de libertad ya aumentada en un grado («determinada conforme a lo que en él se dispone»).

Sin embargo, el inciso 1 del artículo 68 ter no prevé un estatuto más severo para las agravantes de reincidencia, dado que los efectos que asigna a estas y a las atenuantes del artículo 11 numerales 1 y 9 son equivalentes a los que ya disponen las reglas generales de los artículos 66 a 68 del CP para todas ellas y para cualquier circunstancia modificatoria de eficacia ordinaria, preceptos no inaplicados explícitamente por tal disposición. Tampoco es claro que incorporar un tratamiento más riguroso para la reincidencia haya sido una finalidad indubitable asignada a su diseño, pues es posible advertir en los antecedentes de su génesis registros que dan cuenta de esa pretensión, también se constatan otros que revelan un objetivo disímil y bastante más modesto, que resultan objetivamente consistentes con su estructura normativa formal, a saber, simplemente preservar el efecto tasado de las agravantes de reincidencia del artículo 12 numerales 14, 15 y 16 ya recogido por las reglas generales de determinación de la

pena, por distinción al aumento en grado —en tanto efecto intensificado— de la multirreincidencia prevista en el inciso 3.

Así se evidencia en los registros de la discusión del artículo 68 ter en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a propósito de una formulación de sus incisos 1 y 3 equivalente a su versión definitiva,<sup>5</sup> en que consta —en la justificación otorgada por el profesor Bascuñán— el propósito de introducir en dicha disposición «el efecto especial de las agravantes de las circunstancias 14, 15 y 16 (tal y como viene considerado en el proyecto, pero bajo la consideración de que sea la segunda vez que concurre)», en alusión al inciso 3 y a la reiteración de una de tales agravantes desde una segunda condena. De esta forma, se explicó que «concurriendo la primera vez, posee un efecto general de agravante y produce naturalmente un efecto de impedir la aplicación de las penas sustitutivas por las reglas propias de la Ley 18.216, y solo cuando, por segunda vez, concurra alguna de tales agravantes, producirá el efecto intensificado de agravación de la pena», aseverándose, en definitiva, que «tal es la idea central del artículo 68 ter».

Asimismo, a propósito de una indicación previa que recogía efectos equivalentes para las agravantes de reincidencia, el profesor Wilenmann sostuvo que «la Indicación propuesta solo contiene una regla especial de agravación para el caso de la segunda reincidencia, y no para la primera. Respecto de la primera, recalcó, operan reglas de reincidencia sin otro efecto en particular» (Biblioteca del Congreso Nacional, 2024: 223). En un sentido parcialmente equivalente, ya durante la tramitación del precepto en la Cámara de Diputados, se explicó —en lo atingente— que el artículo 68 ter «dispone una regla específica de agravación de las penas por aplicación de las reglas de reincidencia», en términos tales que «se le da un efecto adicional a la primera reincidencia, un efecto “protegido” relativo a descartar las penas más bajas dentro del marco del delito en cuestión», en referencia al inciso 1 de tal precepto; mientras que, por distinción, «en la segunda reincidencia, regulada en el inciso tercero, permite aumentar en un grado la pena que está establecida originalmente en el marco penal de modo más protegido, o sea, no es una atenuante o agravante normal», destacándose como propósito del diseño del artículo 68 ter, en síntesis, que «lo que se busca es proteger el efecto agravatorio que tiene la reincidencia como agravante, y en el caso de la segunda reincidencia, hacerlo más intensamente, haciendo que suban en un grado las penas» (Biblioteca del Congreso Nacional, 2024: 366).

---

5. Con la salvedad que en esa instancia de tramitación la regla del inciso 1 consignaba como excepciones al efecto de las agravantes de reincidencia (de exclusión del grado mínimo o del *mínimum*) a la atenuante del artículo 11 numeral 9 del CP «o que el autor hubiere cooperado eficazmente», misma expresión que en tal versión recogía el inciso 3 junto a la atenuante del artículo 11 numeral 1, en tanto el inciso 2 recogía como excepción de tal efecto solo a la atenuante del artículo 11 numeral 1 (Biblioteca del Congreso Nacional, 2024: 223).

De tales registros —que, de todos modos, solo refieren a la funcionalidad de las agravantes de reincidencia en un escenario de presencia singular, sin otras circunstancias— se evidencia como finalidad del inciso 1 preservar el efecto estandarizado o general de las agravantes de reincidencia para su configuración en una primera condena o, en una versión alternativa, el objetivo añadido de protección de su efecto agravante en el sentido específico de descartar las posibilidades de pena inferiores dentro del marco penal, y que se implementa de forma congruente mediante la exclusión del grado mínimo o del *mínimum*. Ello, en contraposición de la intensificación de tal incidencia que opera por medio del incremento en grado que impone el inciso 3 si se reitera alguna de tales agravantes desde una segunda condena.

Al margen, tomando como referencia una de tales variantes de justificación, no es evidente cuál es el sentido específico de la eventual función de protección adicional que el inciso 1 del artículo 68 ter del CP otorgaría al efecto de exclusión del grado mínimo o del *mínimum* propio de las agravantes de reincidencia y que se extendería —dada la remisión a tal regla por parte del inciso 2— a la agravante del artículo 12 numeral 22 del CP tratándose de delitos contra las personas. Una lectura posible de tal finalidad de protección consiste en entenderla como una garantía de producción de tal efecto a todo evento y que, una vez descartada una estructura de marco rígido adscrita al artículo 68 ter, supondría como alternativa funcional aislar a tales agravantes del mecanismo de compensación para el evento en que alguna de ellas concurriese con circunstancias de eficacia ordinaria distintas de aquellas del artículo 11 numerales 1 y 9 del CP (distintas, pues respecto de estas la compensación es impuesta por el artículo 68 ter). De tal alternativa interpretativa y de sus posibilidades se dará cuenta en este trabajo.<sup>6</sup>

### **El inciso 1 del artículo 68 ter del Código Penal: Supuestos reglados**

Una aproximación formal al artículo 68 ter revela dos notas significativas de la regulación que contiene. En primer lugar, el artículo 68 ter no establece expresamente la exclusión de los artículos 66 a 68 del CP, ni tampoco impone su aplicación preferente a tales reglas, de lo que se deriva que, al margen de los supuestos específicos de concurrencia de las circunstancias que prevé —esto es, para los escenarios de convergencia de circunstancias no reglados por el artículo 68 ter— las normas de los artículos 66 a 68 deben entenderse como compatibles con sus disposiciones. La forma en que tal interacción entre normas puede hacerse operativa se propone en este trabajo.

Asimismo, la ausencia de una prescindencia explícita de los artículos 66 a 68 —que regulan los efectos estandarizados de las circunstancias modificatorias de ef-

---

6. Véase la sección «Los incisos 1 y 2 del artículo 68 ter del Código Penal: Algunos supuestos no reglados».

cacia ordinaria— o de una cláusula que mandate su primacía operativa sobre ellas, debiese descartar la instauración por parte de los incisos 1 y 2 del artículo 68 ter de una estructura de marco rígido delimitado por el efecto que asigna a las agravantes de reincidencia y del artículo 12 numeral 22 del CP para el supuesto en que alguna de ellas concurra con otras circunstancias —ya agravantes o atenuantes—, distintas de aquellas del artículo 11 numerales 1 y 9. Que tampoco el inciso 1 del artículo 68 ter dilucide formalmente para tales escenarios de convergencia el ámbito de incidencia de las restantes atenuantes y agravantes (diferentes de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 y 9) abona dicha conclusión. Al menos cabe descartar un sistema de marco rígido si se entiende en los mismos términos que lo disponen sin ambigüedades el artículo 449 del CP y otros preceptos, como el artículo 17 literal B de la Ley 17.798 y el artículo 6 de la Ley 21.732. A diferencia del inciso 1 del artículo 68 ter del CP, tales disposiciones declaran su incompatibilidad formal con los artículos 65 a 69 (a salvo el artículo 68 ter en el régimen que regula el artículo 449), inhibiendo como consecuencia las reglas que dotan de efectos sobre el marco penal a las restantes atenuantes y agravantes; y, adicionalmente, algunas de tales disposiciones circunscriben explícitamente la aplicación de aquellas al ámbito de la decisión de la cuantía exacta de sanción dentro de los límites —y sin posibilidad de sobrepasarlos— del marco constituido por el efecto previo de otras reglas que además designan de forma explícita, como precisamente ocurre tratándose de las agravantes de reincidencia en el contexto del artículo 449 vía remisión directa al artículo 68 ter.

En esa línea, a diferencia del inciso 1 del artículo 68 ter, el régimen del artículo 449 incorpora indubitablemente un sistema de marco rígido por la inaplicación formal de las reglas generales de los artículos 65, 66, 67, 68 y 69 del CP («no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69») y en razón de la obligación judicial que expresa su regla primera de incluir los efectos de las circunstancias modificatorias solo dentro de los límites del marco abstracto o concreto (esto es, «dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito»), junto al baremo de extensión del mal causado para la determinación de la cuantía específica de pena como regla general. Y para el caso de la presencia singular de las agravantes de reincidencia del artículo 12 numerales 14, 15 o 16 del CP, es la aplicación del artículo 68 ter la que genera, en tanto regla que opera previamente para la conformación del marco concreto por medio de su efecto de exclusión del grado mínimo o del mímimum o vía aumento en un grado para el supuesto de multirreincidencia, que la pena exacta deba imponerse, en conformidad con el mandato que expresa la regla primera del artículo 449, con sujeción estricta a los límites de tal marco concreto.<sup>7</sup>

---

7. Al respecto, véase la sección «La incidencia del artículo 68 ter del Código Penal en el régimen del artículo 449 del Código Penal: Aspectos generales».

Que la atribución de una mayor sanción para la reincidencia pueda ser implementada efectivamente por medio de un sistema de marco rígido está fuera de toda duda, pero ello requiere de disposiciones idóneas que lo modelen y que el inciso 1 del artículo 68 ter por sí solo no contiene; descartada una aplicación de dicha estructura por vía analógica, en tanto perjudicial para el condenado, en razón de la garantía de reserva legal.<sup>8</sup>

En segundo lugar, de la literalidad de los incisos 1 y 2 del artículo 68 ter se desprende que el efecto que asignan a las agravantes de reincidencia y del artículo 12 numeral 22 del CP son equivalentes a aquellos que, para los mismos supuestos que tales disposiciones regulan, se derivan del régimen general de los artículos 66 a 68 del CP (no del artículo 65, puesto que los efectos previstos por los incisos 1 y 2 del artículo 68 ter son incompatibles con un marco penal integrado por un grado de pena indivisible, respecto del que no es posible una división en *mínimum* ni *máximo*, ni tampoco es factible la exclusión de su grado *mínimo*, al estar constituido por un solo grado de penalidad).

El inciso 1 del artículo 68 ter prevé solo dos escenarios posibles de presencia de circunstancias. Por una parte, la concurrencia singular de una de las agravantes de reincidencia del artículo 12 numerales 14, 15 o 16 del CP y, por la otra, la convergencia de una de ellas con una de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 o 9. Que el inciso 1 contemple la posibilidad de una sola de tales agravantes sin que se verifiquen otras circunstancias se deriva de su texto expreso («si concurre una de las circunstancias agravantes»), disponiendo para ese evento el efecto de exclusión del grado *mínimo* o *máximo*. También se encuentra formalmente reglada la convergencia de una de las agravantes de reincidencia con una de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 o 9, las que se recogen alternativamente a su respecto y por contraposición a su incidencia individual («salvo que reconozca la circunstancia prevista en el artículo 11, numeral 1 o numeral 9»), escenario en que la agravante de reincidencia pierde su efecto tasado y el tribunal debe decidir la cuantía de pena, en consecuencia, sin considerarlo («en cuyo caso podrá recorrer la pena en toda su extensión»). Por otra parte, el artículo 68 ter no regula la coexistencia de alguna de las agravantes de reincidencia con otras agravantes o atenuantes distintas de las previstas en el artículo 11 numerales 1 y 9.

Aunque en una redacción enrevesada, el inciso 2 replica para la agravante del artículo 12 numeral 22 del CP —circunscrita a los delitos contra las personas— la regulación que el inciso 1 dispone para las agravantes de reincidencia, normando tanto su incidencia exclusiva como su coexistencia con una de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 o 9 del CP bajo los mismos efectos previstos para la reincidencia en tal inciso. De todos modos, la incorporación de la agravante del artículo 12 numeral

---

8. Entre otros, Rettig (2017: 138 y ss.) y Cury (2011: 200 y ss).

22 en el artículo 68 ter tuvo como fundamento corregir su ubicación anterior en el —ahora derogado— artículo 69 bis (Biblioteca del Congreso Nacional, 2024: 394).

Como se desprende de la literalidad del inciso 1 del artículo 68 ter, el efecto que tal disposición asigna a las agravantes de reincidencia para el caso de su presencia única es exactamente el mismo que se deriva de la aplicación de los artículos 66 a 68, a saber, la exclusión del grado mínimo si se trata de un marco compuesto y la eliminación del minimum si el marco consta de un solo grado. Así, si concurre una circunstancia agravante respecto de delitos cuya sanción esté conformada por dos grados de penas indivisibles, el artículo 66 dispone la imposición de su grado máximo, efecto que equivale a la pena resultante de excluir su grado mínimo para el caso de una agravante de reincidencia vía inciso 1 del artículo 68 ter. Del mismo modo, tratándose de delitos cuya sanción corresponde a un grado de una pena divisible tanto el artículo 67 como el artículo 68 ter conllevan, para la presencia singular de una agravante, la fijación imperativa de su maximum resultado de la exclusión de su minimum en la formulación que recoge el inciso 1 del artículo 68 ter. Y respecto de marcos compuestos por dos o más grados, ya sea de penas divisibles o de penas indivisibles con penas divisibles, la respuesta del inciso 1 del artículo 68 ter para la presencia única de cualquiera de las agravantes de reincidencia es idéntica a aquella que demanda el artículo 68 para la concurrencia singular de cualquier agravante de eficacia ordinaria, a saber, la exclusión de su grado mínimo.

De tal constatación es obligado reconocer que para el caso de presencia singular de alguna de las agravantes del artículo 12 numerales 14, 15 o 16 del CP, el inciso 1 del artículo 68 ter no intensifica la sanción de condenados reincidentes, puesto que el efecto que atribuye a su concurrencia es equivalente al que disponen los artículos 66 a 68 del CP para las restantes agravantes del catálogo del artículo 12 y para cualquier agravante de eficacia ordinaria, a saber, la exclusión del grado mínimo o del minimum dependiendo de la conformación del marco penal (mismo efecto que replica el inciso 2 del artículo 68 ter para la presencia única de la agravante del artículo 12 numeral 22). Lo mismo ocurre para el segundo supuesto normado por el inciso 1 del artículo 68 ter, a saber, para la concurrencia de una de las agravantes de reincidencia junto a una de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 o 9, aunque tal aseveración deba ser matizada tratándose de la primera de tales atenuantes.

Si converge la atenuante del artículo 11 numeral 9 del CP junto a una de las agravantes de reincidencia, en conformidad con el inciso 1 del artículo 68 ter, se elimina el efecto imperativo asignado a la presencia singular de la agravante —la exclusión del grado inferior o del minimum— y el tribunal puede «recorrer la pena en toda su extensión». Aunque no se prevé que se trata de una compensación racional de tales circunstancias que es asumida y resuelta de antemano por el precepto, parece obliga-

do entenderlas así compensadas.<sup>9</sup> Por una parte, pues se trata de la misma expresión que contemplan los artículos 67 inciso 1 y 68 inciso 1 del CP para el caso de ausencia de atenuantes y agravantes («el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla» y «el tribunal al aplicarla podrá recorrer toda su extensión»), inexistencia de circunstancias que corresponde al resultado lógico de una anulación —compensación— que involucra solo a dos circunstancias de signo opuesto. Que el artículo 66 inciso 1 del CP contenga una formula distinta para el caso en que no se presenten circunstancias atenuantes ni agravantes, posibilitando la elección indistinta de uno de los grados de pena («puede el tribunal imponerla en cualquiera de sus grados»), es consistente con la naturaleza del marco penal que dicho precepto regula —dos grados de penas indivisibles— y funcionalmente equivalente a la aplicación de la pena en toda la extensión de dicho marco. Por otra parte, en conexión con lo anterior, en conformidad a los artículos 66 a 68 del CP, reglas no exceptuadas por el artículo 68 ter, los efectos de una agravante —como precisamente cualquiera de las agravantes de reincidencia— y de una atenuante —como la del artículo 11 numeral 9— son objetivamente equivalentes: una agravante modela el marco de la misma forma que una atenuante, aunque ambas circunstancias en sentido inverso en razón de sus demandas divergentes de mayor y menor pena (la primera excluye el grado inferior o el mínimo y la segunda elimina el grado superior o el máximo, siendo todos efectos imperativos). De ahí que sea razonable entender que el artículo 68 ter asume anticipadamente su compensación racional.

Como se advierte, tampoco para el caso de presencia de una de las agravantes de reincidencia junto a la atenuante de colaboración sustancial el artículo 68 ter inciso 1 del CP ofrece una respuesta distinta —ni más ni menos rigurosa— que aquella que conlleva la aplicación de los artículos 66 a 68. En razón de tales reglas —y del mismo

---

9. En esa línea, entre otras, aludiendo en la aplicación del artículo 68 ter a la operación de compensación racional o de compensación para el supuesto de concurrencia de una agravante de reincidencia junto a la atenuante del artículo 11 numeral 9, véanse las siguientes sentencias: Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, RIT 13-2025, de 8 de mayo de 2025, considerando 15; Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, RIT 73-2025, de 8 de mayo de 2025, considerando 15; Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, RIT 563-2024, de 5 de mayo de 2025, considerando 15; Sentencia del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 45-2025, de 2 de mayo de 2025, considerando 14; Sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 8-2025, de 17 de abril de 2025, considerando 10; Sentencia del Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 310-2024, de 27 de febrero de 2025, considerando 14; Sentencia del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 28-2025, de 26 de febrero de 2025, considerando 17; Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, RIT 333-2024, de 10 de febrero de 2025, considerando 14; Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, RIT 186-2024, de 6 de febrero de 2025, considerando 15; Sentencia del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 414-2024, de 30 de enero de 2025, considerando 10; y Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RIT 148-2024, de 21 de octubre de 2024, considerando 11.

modo que lo regula el inciso 1 del artículo 68 ter— ambas circunstancias deben ser compensadas si se presentan conjuntamente, generando la obligación del tribunal de fijar la pena en toda la extensión del marco, debido a la inexistencia de atenuantes y agravantes como resultado de su compensación. Y ese, además, es exactamente el mismo procedimiento que proveen los artículos 66 a 68 para la convergencia de cualquier agravante del artículo 12 con la atenuante de colaboración sustancial y, asimismo, con alguna otra atenuante del catálogo del artículo 11, pues todas poseen efectos simétricos. Por ejemplo, en razón del artículo 67, la agravante de abuso de confianza del artículo 12 numeral 7 debe ser compensada con la atenuante de reparación del artículo 11 numeral 7 si ambas coexisten, correspondiendo al tribunal —dada su anulación recíproca— decidir la cuantía exacta de pena en toda la extensión del grado.

El estatuto que dispensa el artículo 68 ter inciso 1 a las agravantes de reincidencia no es diferente ni, por ello, más severo, que el que otorgan las reglas generales a cualquier otra agravante de eficacia ordinaria, sea común o especial. Ello queda en evidencia al constatarse que la pena que ofrece el artículo 68 ter inciso 1 para un condenado reincidente por cualquier delito, ya sea que concurra a su respecto solo esa agravante (alguna de las circunstancias del artículo 12 numerales 14, 15 o 16 del CP) o se presente en conjunto con la atenuante de colaboración sustancial, es la misma pena que se deriva de la aplicación de los artículos 66 a 68 del CP para un condenado no reincidente por el mismo delito si le perjudica cualquier otra agravante del artículo 12 (por ejemplo, la agravante de alevosía del numeral 1), ya individualmente o junto a otra atenuante del artículo 11 (así, la atenuante de irreprochable conducta anterior del numeral 6).

Del mismo modo, por ello, se diluye el mayor incentivo a la colaboración del imputado con la investigación que se pretendía instaurar por medio del inciso 1 del artículo 68 ter, en tanto la supresión del efecto tasado de las agravantes de reincidencia que conlleva la atenuante del artículo 11 numeral 9 en razón de tal regla es el mismo efecto que produce conforme a los artículos 66 a 68 cualquier otra atenuante posdelictiva de eficacia ordinaria —como la circunstancia de reparación del artículo 11 numeral 7 para aquellos delitos en que no haya sido formalmente excluida— que concurra junto a otra agravante de la misma eficacia.

El caso de la atenuante de eximente incompleta solo sería distinto si se asume que los efectos que el artículo 68 ter compensa con la agravante de reincidencia son los previstos para aquella por el artículo 73 del CP lo que no parece plausible asumir.

Respecto de aquellas eximentes del catálogo del artículo 10 del CP que la admiten,<sup>10</sup>

10. Así, superada la restricción formal que impone la expresión «requisitos» del artículo 11 numeral 1, que importaba como consecuencia que solo las eximentes del artículo 10 descritas por medio de exigencias copulativas podían configurar una atenuante de eximente incompleta, existe un relativo consenso en la doctrina en que también aquellas cuyo presupuesto constitutivo admite solo una «gradación

la atenuante de eximente incompleta del artículo 11 numeral 1 puede operar como una circunstancia de eficacia ordinaria o por medio de los efectos extraordinarios que dispone a su respecto el artículo 73 del CP (reducción de uno a tres grados), alternativas que dependen de la concurrencia del mayor número de los requisitos de conformación de la eximente de que se trate, dispuesto como condicionante explícito de su aplicación («siempre que concurra el mayor número de ellos»), sobre la base de la presencia ineludible de su presupuesto constitutivo.<sup>11</sup> De ahí que, tratándose de eximentes que constan formalmente de requisitos la atenuante de eximente incompleta que las recoge, constituya un circunstancia de eficacia ordinaria si no se verifica la mayoría de sus requisitos —si «hay uno sobre tres, o uno o dos sobre cuatro» (Etcheberry, 1998: 16)— o puedan reconducirse sus efectos por medio de la reducción de hasta tres grados que dispone el artículo 73 si, por el contrario, estos ocurren en su mayor número (esto es, si se verifican «todos menos uno» [Matus y van Weezel, 2002: 382]).

La misma dualidad de efectos se presenta para eximentes que no se descomponen formalmente en requisitos, sino que solo admiten una graduación cualitativa de su presupuesto constitutivo, incluso único, pues a su respecto es posible y razonable entender la previsión de concurrencia del mayor número de requisitos impuesta por el artículo 73 como una exigencia de entidad o relevancia congruente con el efecto extraordinario de atenuación que dicho precepto contempla. Por ello, dependiendo de la intensidad con que se verifique el componente basal de eximentes de responsabilidad solo susceptibles de división intelectual —así, el nivel de compromiso de las facultades mentales para la eximente de imputabilidad parcial—, la atenuante del artículo 11 numeral 1 puede comportarse como una atenuante de eficacia ordinaria

---

intelectual o moral» (Mera, 2011: 285), como la eximente de inimputabilidad en tanto caso paradigmático, pueden configurarla. Al margen, las excepciones a la conformación de una atenuante de eximente incompleta del artículo 11 numeral 1 están constituidas por la eximente prevista en el artículo 10 numeral 8, en la medida que la ausencia de sus presupuestos se encuentra reglada en el artículo 71 del CP vía remisión al artículo 490; y por las eximentes del artículo 10 numerales 2 y 13, en tanto presentan una estructura binaria no susceptible de graduación cualitativa (Künsemüller, 2019: 57, respecto del artículo 10 numeral 2; también Matus y Ramírez, 2021: 615, tratándose de esta y de la eximente del numeral 13). Además se advierte que queda exceptuada del artículo 11 numeral 1 el supuesto de omisión por causa legítima de la segunda parte del artículo 10 numeral 12 (Etcheberry, 1998: 18; Cury, 2011: 477); el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo del artículo 10 numeral 10, segunda parte (Ortiz y Arévalo, 2013: 371; en contra Etcheberry, 1998: 18, aunque admitiendo de todos modos su excepcionalidad); y la fuerza física del artículo 10 numeral 9 (Matus y Ramírez, 2021: 615, solo «si se admitiera, porque es o no es irresistible, sin graduación»; y Etcheberry, 1998: 18, pero matizando que si «no llega a tan alto nivel, por lo general se transforma en fuerza moral»). Véase Besio (2021: 183).

11. Con referencias doctrinales, véase Mera (2011: 284).

o, alternativamente, en tanto circunstancia de eficacia extraordinaria mediante los efectos de reducción de pena que prevé el artículo 73, como se ha asentado progresivamente en la doctrina<sup>12</sup> y en la jurisprudencia.<sup>13</sup>

La dualidad potencial de efectos de la atenuante de eximente incompleta permite sostener que aquella incorporada al inciso 1 del artículo 68 ter es su versión como atenuante de eficacia ordinaria. Primero, porque la remisión que contiene dicha regla es solo al artículo 11 numeral 1, no extendiéndose al artículo 73, por lo que una interpretación que excluya del inciso 1 el efecto extraordinario de la atenuante de eximente incompleta adscrito a tal norma es, en principio, posible,<sup>14</sup> escenario vedado de haberse incluido explícitamente en tal precepto.

Segundo, en razón de la debida proporcionalidad entre la cuantía de sanción y la menor culpabilidad o el menor injusto que refleja la eximente incompleta del artículo 11 numeral 1 recogida vía artículo 73, que escenifica al incorporarse a dicha norma —por presentarse la mayoría de los requisitos de la eximente o una intensidad relevante de su presupuesto base— supuestos colindantes con la plena exención de responsabilidad penal y, por ello, de ausencia de toda pena. Tales supuestos no se traducirían en una reducción congruente de sanción en caso de que tal efecto extraordinario sobre el marco —disminución de uno a tres grados— se eliminase por la presencia de solo una de las agravantes de reincidencia en el ámbito del inciso 1 del artículo 68 ter (o de la agravante del artículo 12 numeral 22 en el contexto del inciso 2).

Tercero, porque precisamente para que la menor culpabilidad del responsable o la menor gravedad del hecho que revela una eximente incompleta que satisface las exigencias del artículo 73 se materialice consistentemente en una menor pena, la reducción de sanción que conlleva debe hacerse operativa con antelación a los efectos propios de la concurrencia de circunstancias modificatorias de eficacia ordinaria, que inciden con posterioridad a su aplicación,<sup>15</sup> ámbito que precisamente norma el artículo 68 ter. Que las agravantes del artículo 12 numerales 14, 15, 16 y 22 constituyen circunstancias de esa clase en los incisos 1 y 2 del artículo 68 ter es evidente, en tanto

12. Entre otros, Mera (2011: 286 y ss.); Matus y van Weezel (2002: 381); y Besio (2021: 192 y ss.).

13. Al margen de las sentencias citadas en Besio (2021: 199-201) con respecto a la eximente incompleta de imputabilidad parcial, véase la Sentencia de la Corte Suprema de 22 de diciembre de 2023, rol 210.274-2023.

14. En ese sentido, la posición del representante de la Defensoría Penal Pública a propósito de la inclusión de la atenuante del artículo 11 numeral 1 en el inciso 1 del artículo 68 ter: «el artículo 73 quedaría fuera, porque serían casos especiales, ya que se menciona solo el artículo 11 número 1, y no el artículo 73, que en su totalidad contempla casos de dos eximentes incompletas, cuando falta un requisito y cuando faltan dos requisitos, lo que le parece positivo, porque, sino, se le daría una aplicación muy extensiva al tribunal» (Biblioteca del Congreso Nacional, 2024: 395).

15. Al respecto, Couso (2011: 540-541), Besio (2021: 203-207), Malpu (2022: 77-78), y Quintana y Rojas (2025: 124).

al alero de tales reglas mantienen el mismo efecto que los artículos 66 a 68 del CP prevén para cualquier agravante del artículo 12. De ahí que la atenuante de eximente incompleta adscrita al artículo 73 opere antes de tales circunstancias y, en consecuencia, solo deba incluirse en los incisos 1 y 2 del artículo 68 ter a su versión como atenuante de eficacia ordinaria.

Por último, razones de coherencia interna avalan esa idea: la supresión del efecto de las agravantes de reincidencia y del artículo 12 numeral 22 del CP en los incisos 1 y 2 se genera, además, por la presencia de la atenuante de colaboración sustancial, que en razón de las —no excluidas— reglas generales posee la misma incidencia sobre el marco que dichos incisos recogen para tales agravantes, aunque en sentido inverso en función de su condición de atenuante (suprime el grado superior o el máximo). En comparativa, solo la atenuante de eximente incompleta como circunstancia de eficacia ordinaria es equivalente a la atenuante de colaboración sustancial y permite dotar de sentido al tratamiento uniforme que los incisos 1 y 2 del artículo 68 ter disponen para ambas atenuantes, a saber, la eliminación del efecto —también equivalente— de la agravante correspondiente y la fijación consecuencial de la pena en toda la extensión del marco en tanto escenario de ausencia de circunstancias. Al margen, también en el inciso 3 se presenta tal equivalencia toda vez que ambas atenuantes individualmente inhiben el aumento en grado dispuesto para la reincidencia reiterada, gatillando en consecuencia el efecto del inciso 1 previsto para una de las agravantes de reincidencia.<sup>16</sup>

### **Los incisos 1 y 2 del artículo 68 ter del Código Penal: Algunos supuestos no reglados**

Existen algunos supuestos de convergencia de circunstancias modificatorias que se sitúan al margen de la regulación de los incisos 1 y 2 del artículo 68 ter, que solo incluyen la presencia singular de las agravantes de reincidencia y del artículo 12 numeral 22 del CP y, en su caso, su coexistencia alternativa con las atenuantes del artículo 11 numerales 1 y 9 del CP. En el análisis de tales supuestos no formalmente regulados adquieren especial relevancia los artículos 66 a 68 del CP, en tanto preceptos no excluidos por el artículo 68 ter —y, por ello, aplicables en el proceso de determinación de la sanción— que norman bajo una estructura relativamente homogénea —articulada a partir de la conformación del marco y de la naturaleza de las penas que lo integran— los efectos asignados a la ausencia y presencia unitaria o plural de atenuantes y/o agravantes de eficacia ordinaria. Tal aplicación se encuentra reforzada por los efectos simétricos que los incisos 1 y 2 del artículo 68 ter y tales disposiciones generales

---

16. Véase la sección «¿Cuál es la finalidad del artículo 68 ter del Código Penal?».

asignan a las agravantes del artículo 12 numerales 14, 15, 16 y 22, y a las atenuantes del artículo 11 numerales 1 y 9 reguladas de modo particular en tales incisos.

Un primer grupo de casos está constituido por la concurrencia de alguna de las agravantes que recogen los incisos 1 y 2 del artículo 68 ter con una o dos agravantes distintas del artículo 12 o con agravantes especiales de eficacia ordinaria, en tanto sea admisible su presencia conjunta; del mismo modo que si converge una agravante de reincidencia del artículo 12 numerales 14, 15 o 16, junto a la agravante del numeral 22 del mismo artículo en los delitos contra las personas. En tales supuestos, el único tratamiento plausible es la aplicación de las reglas generales de los artículos 67 y 68 que conllevan la facultad —y no la obligación— de incremento en un grado del marco.<sup>17</sup> En caso contrario, se generaría el contrasentido de admitir que dos o más agravantes —cualquiera de las circunstancias que designan los incisos 1 y 2 junto a otra u otras de eficacia ordinaria— conllevarían vía artículo 68 ter un efecto menor —el asignado explícitamente a solo una de tales agravantes en dicho precepto en tanto único supuesto normado— que el adscrito potencialmente a una pluralidad de ellas.

La convergencia de alguna de las agravantes del artículo 68 ter junto a las atenuantes del artículo 11 numerales 1 y 9, ambas copulativamente, tampoco se encuentra formalmente regulada por tal precepto. En ese escenario resulta factible la compensación de la agravante con una de las atenuantes y la pervivencia de la atenuante no compensada que determina la exclusión del máximo o del grado superior, en tanto constituyen circunstancias de efectos objetivamente equivalentes, si se incluye a la atenuante de eximente incompleta en tanto circunstancia de eficacia ordinaria. El mismo modo de individualización de la pena procede también, en tanto escenario no reglado análogo, si concurre alguna de tales agravantes con dos atenuantes de eficacia ordinaria distintas de las atenuantes de eximente incompleta y de colaboración sustancial. Por ejemplo, la agravante del artículo 12 numeral 22 en los delitos contra las personas junto a las atenuantes del artículo 11 numerales 6 y 7 del CP, en tanto procedentes; o alguna agravante de reincidencia con las atenuantes del artículo 11 numerales 5 y 7 o en una combinación admisible normativamente.

En tanto casos no reglados, debiesen regir subsidiariamente las reglas generales de los artículos 66 a 68 que, además, asignan el mismo efecto para todas las circunstancias concurrentes: tanto las agravantes de reincidencia y la agravante del artículo

---

17. En esa línea se pronunció el representante del Ministerio Público durante la tramitación legislativa a propósito de su diseño como artículo 69 ter, de contenido esencialmente equivalente al artículo 68 ter definitivo: «Solamente para efectos de la historia de la ley pidió dejar constancia de su opinión en el sentido de que en los casos en que existan dos o más agravantes, habrá de aplicarse la regla general, es decir, que en ese caso la pena puede aumentarse en los grados necesarios» (Biblioteca del Congreso Nacional, 2024: 159), no obstante el uso del plural adscrito al incremento sea incorrecto puesto que las reglas generales aplicables (artículos 67 y 68 del CP) solo admiten el aumento —siempre facultativo— de solo un grado para el supuesto de pluralidad de agravantes.

12 numeral 22 como las atenuantes del artículo 11 numerales 1 y 9, y las restantes del catálogo del artículo 11, poseen la misma incidencia objetiva en la modelación o ajuste del marco penal, aunque en sentido opuesto. Así, por ejemplo, de concurrir una agravante de reincidencia —o, alternativamente, la agravante del artículo 12 numeral 22— junto a dos atenuantes del artículo 11 procedentes (esto es, junto a dos atenuantes de eficacia ordinaria admisibles) respecto de un delito cuya penalidad sea presidio menor en su grado medio, la compensación de la agravante con una de dichas atenuantes y la aplicación posterior de la minorante subsistente conlleva como marco concreto la sanción de presidio menor en su grado medio en su *mínimum*.

Para el caso de las agravantes de reincidencia, una estrategia que preserve el efecto que le asigna el inciso 1 del artículo 68 ter —si se asume de modo absoluto un objetivo de protección del efecto tasado de exclusión del *mínimum* o del grado inferior, y que supondría, como alternativa, eludir su compensación si coexiste con circunstancias de signo contrario distintas de las del artículo 11 numerales 1 y 9— podría generar una sanción menor que su anulación recíproca e incidencia ulterior de la atenuante residual, con el consiguiente contrasentido valorativo y la inhibición de la eventual protección de su efecto agravante. Así ocurre para marcos de un grado de pena, respecto de los que una secuencia al margen de la compensación debiese dar aplicación primaria a la pluralidad de atenuantes, reduciendo el marco en su virtud al menos un grado conforme al artículo 67 del CP, para luego fijar el *máximo* del grado ya reducido por la agravante (un orden inverso eliminaría la exclusión inicial del *mínimum* generada por la reincidencia en razón de la rebaja posterior en grado de las atenuantes), por contraposición a la fijación del *mínimum* de la pena original que conlleva la compensación entre agravante y atenuante, y la incidencia posterior de la atenuante subsistente. Así, tratándose de una pena de presidio menor en su grado medio, la primera alternativa conlleva como resultado la pena de presidio menor en su grado *mínimo* en su *máximo*, versus la sanción de presidio menor en su grado medio en su *mínimum* que se deriva de la segunda secuencia. Al margen, la compensación de la agravante de reincidencia preserva de todos modos el efecto que le asigna el inciso 1 del artículo 68 ter en la medida que tal efecto es incluido necesariamente en la operación de compensación, al eliminarse por su intermedio la atenuante con la que se suprime, ambas circunstancias de efectos equivalentes.

El supuesto de presencia conjunta de alguna de las agravantes del artículo 12 numerales 14, 15, 16 o 22 con un atenuante común o especial de eficacia ordinaria distinta de las previstas en el artículo 11 numerales 1 y 9, debiera ser resuelto mediante su compensación racional, imponiéndose la cuantía específica de sanción dentro de la extensión del marco precedente conforme a las reglas generales. Es la misma fórmula que recoge el inciso 1 del artículo 68 ter para la convergencia de alguna de las agravantes de reincidencia con una de las atenuantes de colaboración sustancial o de eximente incompleta, precepto que —como se expuso— confiere a tales circunstan-

cias los mismos efectos que las reglas generales de los artículos 66 a 68, simetría que refuerza adicionalmente el mismo tratamiento.

Asimismo, no es posible para todos los casos marginar el efecto de la agravante de reincidencia de su compensación con la atenuante si se entiende en tales términos la finalidad material de protección de tal efecto que ofrecería el inciso 1 del artículo 68 ter. Así, si se trata de marcos integrados por un grado, la exclusión del maximum derivado de la reincidencia hace inviable el efecto posterior de la atenuante (no es factible una división ulterior del maximum en mitades, para generar un teórico minimum respecto de este, puesto que tal división es propia de grados de penalidad); y viceversa. En el caso de marcos de dos o más grados es plausible formalmente escindir sus efectos sin compensarlas, aunque no es evidente el orden que debe guiar la secuencia de su aplicación en tanto se generan penas diferentes. Por ejemplo, si se trata de un marco de presidio menor en sus grados mínimo a medio, la aplicación primera de la agravante sitúa el marco provisional en su grado superior, que luego por la atenuante queda concretado en su minimum (presidio menor en su grado medio en su minimum), versus la alineación opuesta que conlleva la sanción de presidio menor en su grado mínimo en su maximum. Ello, en comparación con la pena resultante de su compensación que se corresponde con su extensión original (presidio menor en sus grados mínimo a medio). Al margen, como ya se expuso, la compensación de circunstancias preserva el efecto tasado de la agravante que dispone el artículo 68 ter como resultado de su anulación recíproca con la atenuante, en tanto ambas poseen un efecto equivalente de modelación del marco.

Por último, aunque el inciso 1 del artículo 68 ter no lo prevea formalmente, se encuentra vedada la posibilidad de estimar como muy calificada conforme al artículo 68 bis del CP a las atenuantes del artículo 11 numerales 1 y 9 para el supuesto en que alguna de ellas concurra junto a una de las agravantes de reincidencia o del artículo 12 numeral 22. Por una parte, porque en ese escenario de concurrencia el inciso 1 del artículo 68 ter dispone la compensación de tales circunstancias; por la otra, dado que el artículo 68 bis condiciona su aplicación al ámbito de los artículos 65 a 68 del CP («sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores»), esto es, en tanto regla de excepción al efecto que tales preceptos —excluido el artículo 68 ter— confieren a la presencia de una atenuante.

### **La incidencia del artículo 68 ter del Código Penal en el régimen del artículo 449 del Código Penal: Aspectos generales**

La Ley 21.694 introdujo variaciones formales en el régimen de individualización de la pena previsto en el artículo 449, aunque sin alterar sustancialmente su estructura de aplicación como sistema de marco rígido. En lo esencial, derogó la regla segunda del artículo 449 que generaba para el evento de convergencia de alguna de las agravan-

tes de reincidencia del artículo 12 numerales 15 y 16 el marco rígido dentro de cuya extensión, en conformidad a la regla primera, el tribunal decidía la cuantía de sanción (considerando la extensión del mal causado y, en su caso, otras circunstancias de eficacia ordinaria que concurriesen) e incorporó en su reemplazo la aplicación del artículo 68 ter, manteniendo la exclusión de las restantes reglas que norman la incidencia de las circunstancias de eficacia ordinaria (artículos 65, 66, 67 y 68 del CP, además del artículo 68 bis).

Al margen, por un yerro legislativo, el supuesto agravante de saqueo del inciso 1 del artículo 449 quáter del CP sigue remitiéndose a la —inexistente— regla segunda del artículo 449. Como consecuencia de su derogación, los delitos adscritos al ámbito de este artículo han quedado desprovistos de la mayor sanción que el artículo 449 quáter generaba vía exclusión del grado inferior o del mínimo, en su caso. Por otra parte, de forma indirecta, también ha quedado sin aplicación la agravación facultativa de pena dispuesta por el inciso 2 del artículo 449 quáter para los supuestos de saqueo en que, además, el responsable sea reincidente (en razón de las agravantes del artículo 12 numerales 15 y 16, sin incluir a la del artículo 12 numeral 14), en tanto tal agravación consistente en la imposición «del máximo de la pena resultante» operaba a partir del efecto previo sobre el marco de la suprimida regla segunda del artículo 449 al que sigue refiriendo el inciso 1 del artículo 449 quáter (Besio, 2023: 189-190, nota 6).

El efecto que el inciso 1 del artículo 68 ter prevé para la presencia singular de las agravantes de reincidencia es el mismo que el consignado por la derogada regla segunda, a saber, la exclusión del grado mínimo o del mínimo. La diferencia radica en el contenido y particularidades del artículo 68 ter, que incluye a la agravante del artículo 12 numeral 14 del CP —no recogida en la derogada regla segunda— y dispone la obligación judicial de aumento en grado a partir de la segunda sentencia en que se reconozca alguna de las agravantes de reincidencia (inciso 3).

Además, a diferencia de la derogada regla segunda del artículo 449, el inciso 1 del artículo 68 ter suprime el efecto tasado de las agravantes de reincidencia si alguna de ellas converge con una de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 o 9 del CP, situando, en consecuencia, a toda la extensión del marco —pero sin sobrepasar sus límites por aplicación de la regla primera del artículo 449— como escenario infranqueable para la determinación de la cuantía de sanción. Ello supone un estatuto menos riguroso para reincidentes de delitos adscritos al artículo 449, en tanto en su versión anterior a la Ley 21.694 las atenuantes de eximente incompleta —en tanto circunstancia de eficacia ordinaria— y de colaboración sustancial que concurrían junto a una de las agravantes de reincidencia del artículo 12 numerales 15 o 16 del CP incidían dentro del marco concreto delimitado por el efecto previo de tales agravantes, esto es, dentro del máximo o del marco resultante de la exclusión de su grado mínimo. Al margen, la agravante del artículo 12 numeral 22, normada en el inciso 2 del artículo 68 ter, no

incide en el ámbito del artículo 449 en tanto se encuentra subordinada a los delitos contra las personas, sin perjuicio de la aplicación de la circunstancia del artículo 456 bis numeral 2 del CP que recoge buena parte de su contenido, pero que en tanto agravante de eficacia ordinaria opera al interior del marco rígido para efectos de la decisión de cuantía exacta de sanción en conformidad a la regla primera del artículo 449.

En el ámbito del artículo 449, de no concurrir algunas de las agravantes del artículo 12 numerales 14, 15 y 16, el sistema de marco rígido se mantiene en los mismos términos que antes de la Ley 21.694. Dada la inaplicación formal de los artículos 65 a 69 del CP y en razón de la regla primera del artículo 449, todas las circunstancias modificatorias de eficacia ordinaria inciden en la decisión de cuantía exacta «dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito», esto es, dentro de la extensión del marco abstracto o, en su caso, de tal marco depurado por otros factores de individualización admisibles, como, por ejemplo, tratándose de la degradación inherente a las formas de realización incompleta al margen del artículo 450 del CP, de participación delictiva incluso para aquellos delitos adscritos al artículo 450 y de las modificaciones derivadas de circunstancias de eficacia extraordinaria (así, por ejemplo, la atenuante especial del artículo 456 del CP).<sup>18</sup>

Desde la óptica de su incidencia, el artículo 68 ter en el contexto del artículo 449 se aplica con antelación a la decisión cuantitativa de pena en tanto constituye una regla de modelación del marco penal. Ello supone que por su intermedio se conforma el marco rígido que impone la regla primera y en cuya extensión operan —conforme a su número y entidad— las restantes circunstancias de eficacia ordinaria junto al baremo de extensión del mal causado para la individualización específica de sanción. Así, de presentarse una de las agravantes de reincidencia del artículo 12 numerales 14, 15 o 16, su efecto de exclusión del mínimo o del grado mínimo en conformidad con el inciso 1 del artículo 68 ter delimita el marco rígido en cuya extensión se define la pena exacta de acuerdo a la regla primera del artículo 449. De converger con una de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 o 9, como dispone el inciso 1 del artículo 68 ter, se elimina tal efecto tasado y es el marco abstracto o el marco concreto, en su caso, el que delimita en toda su extensión el marco rígido adscrito a la regla primera. Por otra parte, si se replica alguna de las agravantes de reincidencia desde una segunda condena en adelante, el marco rígido en cuyo ámbito se adopta la decisión cuantitativa de sanción es el resultante del incremento en un grado del marco precedente en conformidad al inciso 3 del artículo 68 ter.

Por último, y a diferencia del régimen general de aplicación del artículo 68 ter cualquier otra circunstancia agravante o atenuante admisible de eficacia ordinaria distinta de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 y 9, que coexiste con una de las

18. Respecto de las reglas que inciden en la conformación del marco rígido del artículo 449, véase Oliver (2022: 217 y ss.), Oliver (2021: 140 y ss.) y Besio (2023: 203 y ss.).

agravantes de reincidencia, incide —dada la inaplicación de los artículos 65, 66, 67 y 68 del CP y por mandato de la regla primera del artículo 449— junto al criterio de extensión del mal causado por el delito para la determinación de la pena exacta, siempre dentro de los límites del marco rígido constituido por el efecto previo de tales agravantes de reincidencia. En razón de tales reglas ese es el mismo tratamiento aplicable a la concurrencia conjunta de las atenuantes del artículo 11 numerales 1 y 9 con una de las agravantes de reincidencia que recoge el inciso 1 del artículo 68 ter, a saber, la anulación de una de tales atenuantes con la agravante y la aplicación de la atenuante subsistente al interior de los límites del marco precedente —en tanto marco rígido— para la determinación de la cuantía de pena, junto a otras circunstancias de eficacia ordinaria que pudieren verificarse y a la extensión del mal causado por el delito.

## Referencias

- BESIO, Martín (2021). «Eximentes incompletas y artículo 73 del Código Penal». En Jaime Couso, Héctor Hernández y Fernando Londoño (editores), *Justicia Criminal y Dogmática Penal en la era de los Derechos Humanos* (pp. 179-209). Santiago: Thomson Reuters.
- . (2023). «Ámbito y estructura general de aplicación del artículo 449 del Código Penal chileno». *Política Criminal*, 18 (35): 187-203. DOI: [10.4067/S0718-33992023000100187](https://doi.org/10.4067/S0718-33992023000100187).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2024). *Historia de la Ley 21.694*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en <https://n9.cl/pzb3u>.
- COUZO, Jaime (2011). «Artículo 50». En Jaime Couso y Héctor Hernández (directores), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia* (pp. 524-544). Santiago: Abeledo Perrot.
- CURY, Enrique (2011). *Derecho Penal. Parte General*. 10.<sup>a</sup> ed. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo 2. 3.<sup>a</sup> ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos (2019). *Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal en el Código chileno*. Santiago: Tirant lo Blanch.
- . (2021). *Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el Código chileno*. Santiago: Tirant lo Blanch.
- MALPU, Fabián (2022). «El orden de aplicación de las circunstancias modificativas de responsabilidad de eficacia extraordinaria: Especial referencia al art. 73 del Código Penal». *Revista de Ciencias Penales*, sexta época, XLVIII (3): 45-89.

- MATUS, Jean Pierre y Alex van Weezel (2002). «Artículos 50 a 73». En Sergio Politoff y Luis Ortiz (directores), *Texto y Comentario del Código Penal chileno*. Tomo 1 (pp. 323-382). Santiago: Jurídica de Chile.
- MATUS, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez (2021). *Manual de Derecho Penal chileno. Parte General*. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MERA, Jorge (2011). «Artículo 11.1a». En Jaime Couso y Héctor Hernández (directores), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia* (pp. 282-287). Santiago: Abeledo Perrot.
- OLIVER, Guillermo (2021). «Algunos problemas del nuevo sistema de determinación de pena de los delitos de hurto y robo». En Jaime Couso, Héctor Hernández y Fernando Londoño (editores), *Justicia Criminal y Dogmática Penal en la era de los Derechos Humanos* (pp. 133-153). Santiago: Thomson Reuters.
- . (2022). «Sobre la (im)procedencia de aplicar circunstancias modificatorias de responsabilidad penal de efecto extraordinario a los delitos de hurto, robo y receptación». En Guillermo Oliver (director), *Problemas actuales de determinación de la pena en el Derecho penal chileno* (pp. 209-225). Santiago: Tirant lo blanch.
- ORTIZ, Luis y Javier Arévalo (2013). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Santiago: Jurídica de Chile.
- QUINTANA, Claudio y Luis Rojas (2025). *Derecho penal: Aspectos esenciales de la parte general para la práctica y la labor jurisdiccional*. Santiago: Der.
- RETTIG, Mauricio (2017). *Derecho Penal, parte general*. Tomo 1. Santiago: Der.

## Agradecimientos

El autor agradece a los profesores Mauricio Rettig y Cristián Irarrázaval por sus valiosos comentarios y sugerencias formulados a una versión preliminar de este trabajo.

## Sobre el autor

MARTÍN BESIO HERNÁNDEZ es abogado, doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales por las Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra; y profesor de la Universidad Diego Portales, Chile. Su correo electrónico es [martin.besio@mail\\_udp.cl](mailto:martin.besio@mail_udp.cl).  <https://orcid.org/0009-0000-4076-0125>.

## REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

---

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](mailto:acastro@derecho.uchile.cl))

SITIO WEB

[rej.uchile.cl](http://rej.uchile.cl)

CORREO ELECTRÓNICO

[rej@derecho.uchile.cl](mailto: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 Tipográfica  
([www.tipografica.io](http://www.tipografica.io))