Regula la aplicación de la atenuante irreprochable conducta anterior
Boletín N° 6525-07

1. En la actualidad el artículo 11, número 6 del Código Penal, beneficia con la atenuante de irreprochable conducta anterior a todos los imputados, lo que les permite bajar en un grado su condena. Consideramos que esta circunstancia modificatoria debe ser entendida como un beneficio más no un derecho para el delincuente. Se puede apreciar que el sistema lamentablemente no discrimina entre aquellos que han cometido crímenes impulsados, por ejemplo por necesidad como lo que en doctrina se conoce corno hurto famélico. Tampoco se diferencia el bien jurídico protegido, así contra la propiedad o contra las personas; simples delitos, o crímenes violentos. Al respecto, somos de la idea de que entregar un beneficio de esta magnitud, es necesario dotar al juez, de las herramientas necesarias para que pueda discernir quién se debe hacer acreedor de dicho beneficio y quién no. A modo ejemplar, no encontrarnos razón lógica para que un abusador de menores que causa un daño irreparable a la víctima y a su familia merezca tener dicho beneficio.

2. De acuerdo a un estudio realizado por Fundación Paz Ciudadana, entre 2002 y 2006, el 48% de las causas de violación que llegaron a una condena en los tribunales orales del país, tuvieron una sentencia bajo el rango legal (5 años y un día a 20 años). Es más, en un 13% de los casos, ni siquiera hubo privación de libertad. Otro dato, en 2005, el Ministerio Público de la Región de Los Lagos cerró cerca de 300 casos ce violación y en apenas el 13% de ellos logró una sentencia condenatoria. En el 41% de los casos. la Fiscal a aplicó el archivo provisional. En el caso de los homicidios, el 51% de las penas aplicadas estuvo bajo el margen legal. Es más, el 38% de las condenas estuvo en el rango de 3 a 5 años, cuando legalmente, el "piso' son 5 años de privación de libertad para este delito. En los delitos de violación, la atenuante más aplicada por los jueces, fue la "irreprochable conducta anterior', (67% de los casos); en homicidio, esta atenuante llegó al 54%; en "abusos sexuales", nuevamente fue la más utilizada (76%). Un 83% de los condenados por abusos sexuales no tenía antecedentes previos; por lo que pudo ser beneficiado con esta atenuante. En los casos de violación, llega al 74%. En el referido estudio no está definido el porcentaje de víctimas que eran menores de edad; sin embargo el beneficio se entregó a todos.

3. Respecto de las circunstancias del delito podemos aseverar siguiendo al profesor Mario Garrido Montt que son elementos accidentales, que influyen en la determinación de la pena, y con existencia marginal a la estructura del tipo penal. El objeto de las circunstancias en general, es precisar el injusto, es decir. considerar mejor las graduaciones de las valoraciones que lo componen, así como la graduación de la responsabilidad del sujeto. En Chile, la función de las circunstancias atenuantes o minorantes es determinar el quantum de la pena, específicamente, disminuir la medida de una pena. Las circunstancias atenuantes quedan explicitadas en el Art. 11 del CP, así como su naturaleza en los artículos. 11 y 13 CP. Por esto mismo, aquellas que por sí mismas conforman un delito o son cofundantes del delito, no pueden ser consideradas circunstancias, pues ya han servido para fijar el marco penal. Ahora bien, por elemento accidental entendemos que no constituyen el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Es decir, hay que diferenciarlas de aquellas que forman parte del injusto del delito, como el asesinato. Esto puede desprenderse del Art. 63 del Código Penal chileno, en cuanto a que no producen efecto alguno aquellas circunstancias que por si mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.

El artículo 11 del Código Penal establece cuales son las circunstancias atenuantes.

Art. 11. Son circunstancias atenuantes:

1ª Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren *todos los* requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.3

2[9] Derogada.4

3[8] La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito.

4ª La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o *afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales* o *ilegítimos reconocidos.*

5[8] La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación.

6ª Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.

7ª Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

8ª Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose,

se *ha denunciado y confesado el delito.*

9ª Si *del proceso no* resulta contra el procesado otro antecedente que su espontánea confesión.

10ª El haber obrado por celo de la justicia

Por otra parte, *el* artículo 13 dispone:

Art. 13. Es circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes del delito: Ser el agraviado cónyuge, pariente legítimo por consanguinidad o *afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, padre o hijo natural o ilegítimo reconocido del ofensor.*

Respecto de las circunstancias modificatorias en general, don Mario Garrido Montt hace tres distinciones:

a.- En cuanto a las consecuencias propias de las circunstancias, la amplitud de su aplicación y su naturaleza. Según la conformación de la pena, las circunstancias pueden ser agravantes, atenuantes (Art. 11 del CP) o mixtas. Estas últimas pueden, según el caso, agravan o atenúan la pena, según el Art 13 del CP.

a.- De acuerdo a la amplitud de su aplicación, distingue entre genéricas y específicas. Genéricas, aquellas que están regladas para operar en relación a todos los delitos o la mayor parte de ellos. Las circunstancias atenuantes genéricas se especifican en el Art. 11 del CP. Específica, las que están establecidas para uno o más delitos determinados. Es el caso de las enumeradas en el Art. 456 bis del CP, referido sólo a las circunstancias agravantes.

b.- Otra forma de clasificarlas es en personales y materiales también llamadas subjetivas y objetivas. Las primeras son aquéllas que sólo agravan o atenúan la responsabilidad de aquellos en quienes concurren; las segundas, están referidas tanto al hecho como a los medios, y agravan o atenúan la pena de todos los que hayan conocido al momento de la acción o de su cooperación. Esto se desprende del Art. 64 del CP, donde las circunstancias personales quedan definidas como *(Las) que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal.* Sobre las materiales, dice *Las que consistan en la ejecución material del hecho* o *en los medios empleados para realizarlo.*

Es necesario considerar que en el sistema penal chileno, las circunstancias modificatorias están expresamente descritas en cada caso. No existen normas que establezcan criterios que permitan a los tribunales crear otras circunstancias de responsabilidad o asimilar nuevas hipótesis.

En cuanto las circunstancias atenuantes la doctrina las clasifica de la siguiente manera:

i.-Como Eximentes incompletas: Están referidas en el Art. 11 N° 1°, y se refiere a las eximentes descritas en el Art. 10 *cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.* En cuanto al alcance normativo de la palabra *requisitos,* se refiere a la gradualidad y no al número de los requisitos. Por lo tanto, el Art. 11 n° 1° admite a todas las eximentes del Art. 10, salvo las explícitamente excluidas. Además, es necesario que sea el requisito fundamental, por ejemplo, en la legítima defensa, es necesaria la agresión. Sin esta condición, no puede tenerse jurídicamente una eximente incompleta, aunque concurran las demás condiciones que la conforman. Todas las eximentes incompletas están sujetas exclusivamente a la normativa especial de los artículos. 71, 72 y 73 del CP. Además, se aplican a los delitos culposos, no sólo a los delitos dolosos.

ii.- Aquellas relacionadas con los móviles del sujeto activo: Corresponden a los N^{os} 3°, 4°. 5° y 10° del Art. 11. Se refieren al móvil que induce al sujeto a cometer el injusto. El legislador disminuye la pena atendiendo a la naturaleza del móvil con que actuó el sujeto. Dichas circunstancias no son excluyentes unas de otras, siempre que obedezcan a hechos distintos. Por ejemplo, no existe inconveniente para que el delincuente actúe en vindicación de una ofensa próxima, y, al mismo tiempo, por estímulos poderosos.

iii.- Las Vinculadas con el comportamiento posterior del delincuente: De acuerdo los N^{os} 7°, 8° y 9° del Art. 11, el legislador puede valorar la conducta del sujeto cuando tiende a reparar el mal causado o impedir sus consecuencias, y cuando facilita la acción de la justicia. Estas circunstancias están fundadas en razones de política criminal, pues es obvio que dichas conductas son elementos positivamente valorables.

iv.- Finalmente, y en lo que nos convoca, aquellas con fundamento en la personalidad del agente: En esta se encuentra el caso del número 6° irreprochable conducta anterior, que nos convoca. Aquí se menciona la conducta del procesado, anterior a la comisión del delito. Lo último es muy importante, porque diferencia al número 6° del Art. 11, con el 7°, 8° y 9° de dicho artículo, pues estos últimos corresponden a la conducta del sujeto después de cometer el delito.

4.- Respecto a que se refiere la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal "irreprochable conducta anterior", la doctrina nos ilustra de la siguiente manera: El profesor Etcheberry, lo sitúa, por ejemplo, abarcando el campo de la moral y de las buenas costumbres, pero siempre que se la visualice en un sentido social y no puramente privado. Para el profesor Cury, por su parte, si bien considera que el requisito es puramente negativo, en cuanto implica una conducta exenta de tacha,

agrega que ha de establecerse que el autor se abstuvo siempre de obrar mal, que actuó en *circunstancias extraordinarias que conmovieron su capacidad de auto determinarse.* También considera a la irreprochabilidad ligada al comportamiento ético con significación social, pero en todo caso, señala que debe juzgarse con un criterio relativo a las circunstancias personales del sujeto, para decidir quien tiene una conducta irreprochable. Es decir, no basta la pura ausencia de condenas. Garrido comparte esta postura al considerar que, un comportamiento anterior sin infracciones normativas, muestra a un sujeto que acata permanentemente al ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, además debe tenerse en cuenta, como dice Etcheberry, que el escueto texto legal deja un gran margen para el arbitrio judicial o, como critica Cury (aunque justificando este actuar bajo ciertas premisas) que en la práctica suele aceptarse con una prueba superficial de que el sujeto no ha sido condenado antes por otro delito.

Al referirse a la *conducta anterior,* el código utiliza una voz ambigua, pues no se refiere a toda la vida anterior del sujeto, y que la doctrina lo engarza al caso particular, según las circunstancias del agente. Frente al carácter irreprochable de su conducta, se refiere sólo a su comportamiento ético-social, y no a su moral personal, pues la vida privada queda al margen de dicha valoración, siempre que no afecte a los demás.

Por otra parte, del análisis casuístico podemos concluir de las diferencias que se dan entre los tribunales en casos similares obedece a que el discernimiento que utilice cada el juez depende de cómo entienda el texto del código. De esta manera se refleja que no existe un único razonamiento al respecto.

Por ello se hace necesario dotar a los jueces y magistrados de herramientas que permitan aplicar este beneficio a aquellos que no han cometido crímenes tan aberrantes como los que planteamos.

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO:

Modificase el Código Penal en el siguiente sentido:

En el artículo 11 número 6° agréguese a continuación del punto a parte el siguiente inciso segundo.

> Esta circunstancia atenuante no se aplicará en los siguientes casos: homicidio calificado, femicidio, los delitos sexuales, secuestro, tráfico de personas, asociación ilícita y los de la ley 20.000 sobre tráfico de drogas y todos aquellos crímenes y simples delitos en los cuales la victima sea un niño.